

Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades

**El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio
romano (pignus in causa iudicati captum)**

Prólogo de Ricardo Panero Gutiérrez

Marcial Pons

Madrid, 2013

ISBN: 9788415664338

ABREVIATURAS

<i>AG</i>	Archivo Giuridico «Filippo Serafini», Bolonia, Pisa, Módena.
<i>AHDE</i>	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i> (Madrid)
<i>BIDR</i>	<i>Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano</i> (Roma)
<i>BREV.</i>	Constituciones del Código Teodosiano insertadas en el Breviario de Alarico II (<i>Lex Romana Wisigothorum</i>)
C.	<i>Codex Justinianus (Codex Repetitae Praelectionis)</i> , ed. P. Krüger, Berlin, 1954.
CC	Código Civil español.
C. Th.	<i>Codex Theodosianus</i> , ed. Th. Mommsen y P. M. Meyer, Berlin, 1962.
D.	Digesta, ed. de Th. Mommsen y P. Krüger, Berlin, 1954.
<i>DPR</i>	D'Ors, A., <i>Derecho Privado Romano</i> , 7. ^a ed., Pamplona, 1989.
<i>EP.</i>	Otto Lenel, <i>Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung</i> , 1883, reed. Aalen, 1956.
<i>Ed. Theod.</i>	«Edictum Theoderici Regis», VISMARA, G., en <i>Ius Romanum Medii Aevi</i> , Milano, 1967.
<i>FV</i>	<i>Fragmenta Vaticana, FIRA II.</i>
<i>Gai.</i>	<i>Gai Institutionum Commentarii IV. Fontes iuris romani anteiustiniani</i> (FIRA), II, 2. ^a ed., Firenze, 1940-1943).
<i>Index</i>	<i>Index, Quaderni camerti di studi romanistici</i> , Napoli.
<i>Inst.</i>	<i>Institutiones Iustiniani</i> , ed. de P. Krüger, Berlin, 1954.
<i>IVRA</i>	<i>IVRA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico</i> , Napoli.
<i>Labeo</i>	<i>Labeo. Rasegna di diritto romano</i> , Napoli.
LEC	Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.
LH	Ley Hipotecaria.
<i>Nov. Iust.</i>	<i>Novellae Iustiniani</i> , ed. de R. Schoell y G. Kroll, Berlin, 1954.
<i>NNDI</i>	<i>Novissimo Digesto Italiano</i> , Torino, desde 1957.
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale des Droits de l'Antiquité</i> , Bruxelles.
<i>RPR 1</i>	KASER, M., <i>Das römische Privatrecht, erster Abschnitt</i> , München, 1971.
<i>RPR 2</i>	KASER, M., <i>Das römische Privatrecht, zweiter Abschnitt</i> , München, 1975.
<i>SDHI</i>	<i>Studia et documenta historiae et iuris</i> , Roma.

<i>Sodalitas</i>	<i>Sodalitas</i> . Napoli.
<i>SZ</i>	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung</i> , Weimar.
<i>TR.</i>	<i>Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit</i> , Harlem – Grningen.
<i>ZPR</i>	KASER, M., <i>Das römische Zivilprozessrecht</i> , München, 1996.

PRÓLOGO

Es difícil prologar un libro, sin que, al menos en la forma, se incida en lo tópico, manido o estereotipado y que, además, resulta exigido por unos usos y cortesía académica asumidos por todos. Así, bajo un prisma objetivo, es obligado destacar la originalidad, el interés y la bondad del trabajo prologado, y bajo otro subjetivo, la labor seria, destacada crítica, conocimiento idiomático y bibliográfico, rigor y minuciosidad en los aspectos metodológicos de que hace gala su autor. En todo caso, se deben reflejar los vínculos afectivos existentes entre quien prologa (mandatario) y quien lo solicita (mandante) pues, como recuerda PAULO (XXII ad Edictum) D. 17.1.1.4, todo «mandatum [...] originem ex officio atque amicitia trahit». Paso a observar, procurando transmitir, al que leyere, la inexistencia de divorcio entre el texto prologado y los comentarios de quien prologa, asumiendo así, el correspondiente onus probandi pues, continuando con PAULO (LIXad Edictum) D. 22.3.2: ei incumbit probatio qui dicit.

Proclamo, hic et nunc et coram populo, mi afecto por el autor de lo prologado, partiendo de su propia filiación. Si como decía ARISTÓTELES, actualizado por GROCIO y convertida, su idea, en locus communis por HEINECIO, «el cariño primero descende, después asciende y luego se extiende», profeso una antigua y estrecha amistad, con quienes más quieren al autor, sus progenitores, ambos docentes en la Universitas Studiorum Murciana, en la que participé, como miembro componente del tribunal juzgador, en el acto solemne de la lectura y defensa de su tesis doctoral (junio, 2012), que mereció la máxima nota de sobresaliente cum laude.

Tras este obligado y sentido exordio, paso a lo que podría, tal vez, calificarse como: «las generales de la ley» y que, respecto a su trabajo, cabe concretar, bajo un prisma que intenta ser objetivo en los aspectos de: A) originalidad; B) interés y C) bondad.

A) Su originalidad, se manifiesta ante el hecho, constatable, e inusual en Derecho romano, de la escasa producción científica concerniente al pignus in causa iudicati captum y se resume en las tres observaciones bibliográficas siguientes. La primera, es que en la doctrina española no hay monografía alguna y sí un breve «Bosquejo (17 páginas) poco conocido y jamás citado», como señala el autor; debido al profesor de Sevilla Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ, del año 1949. La segunda observación anunciada es que, desde finales del siglo XIX y durante el siglo XX, en el resto de la romanística europea sólo hay dos trabajos que tratan, en concreto, del tema: uno publicado en 1896 y 102 páginas del discípulo de WŁASSAK, Max FLEISCHMANN (Pignus in causa iudicati captum. Eine civilistische Studie), y otro de Wiesław LITEWSKI, de 1975, de 97 páginas de extensión, que reproduce, como título, la denominación latina supradicha. En fin, la última aportación conocida se presenta en formato electrónico (diez páginas); su autoría es de Alexey RUDAKOV (Berkeley, 2011), estudio elementalísimo y puramente divulgativo, que, tras la obligada referencia de Pignus in causa iudicati captum, añade como subtítulo: And Execution of Judgement according to postclassical Roman Law.

B) Esta constatada originalidad no implica que el tema que afronta el autor carezca de interés. Lo tiene y no sólo para la propia historia de las estructuras dogmáticas en Derecho romano, sino también para las del Derecho actual, evitándose, así, una disociación, con frecuencia denunciada y cada vez más sentida, entre los estudiosos. Se podría resumir diciendo que el autor hace un esfuerzo por hermanar, como hacía el praetor, en su Edicto, «Tradición y progreso». Dentro de este enfoque, si descendemos un peldaño más, cabe recordar algo, de sobra sabido pero que, con frecuencia olvidado, debe, ahora, tenerse muy presente. A saber: 1) que la investigación romanista, siempre se ha interesado por el proceso, pues no en vano el Derecho romano (así lo etiquetó, con acierto, RABEL en 1915) es un «sistema de acciones», y éstas, materialmente, no otra cosa que la defensa de nuestro derecho, hoy diríamos subjetivo, facultas agendi, cuando es desconocido por alguien; y 2) que es notorio que dicha investigación ha estado más atenta a lo clásico que a lo posclásico o justiniano, cuando, a riesgo de reiterar lo obvio, ha sido esto y no aquello lo que más ha influido en el actual derecho sustantivo y procesal. En conclusión: no sólo se considera convincente el interés del tema para el estudio del Derecho procesal de hoy, como recurso jurídico similar al embargo definitivo en ejecución de sentencia, sino igualmente la razón esgrimida, en este sentido, por el autor, o sea, la propia utilidad práctica para la abogacía (utilitas iuris prudentium), que se destaca en su Introducción («Propósito de este estudio»). Otro ítem sería: las muy frecuentes citas, consignadas en no menos de 40 notas, alusivas a distintos preceptos del CC, LEC, LH, RH e incluso al Derecho autonómico (catalán y navarro). Estas referencias, de por sí, son pruebas más que suficientes, a nuestro juicio, que avalan un interés jurídico actual

del trabajo en lo sustantivo y en lo adjetivo, y que nos liberan de un mayor abundar en este aspecto, sin preterir lo atractivo que resulta en las fuentes como señala el autor, en su Introducción («Terminología») la distinción entre el embargo y la prenda convencional.

C) En cuanto a la bondad de la monografía los adjetivos sólida, perfecta y válida, son los que, a nuestro juicio, mejor la resumen y califican.

a) Solidez de la obra. «Sólida», en el sentido del solidum latino, con su significado de compacto, macizo, sin fisura, como, parafraseando a BIONDI (Arte y Ciencia del Derecho), produce el uti frui, en la nuda proprietas (I.2.4.1) a través de la consolidatio (I.2.4.3) convirtiéndola, y así la designa PAULO, en plena. El trabajo elaborado por el autor se presenta, a juicio de quien esto suscribe, plenamente consolidado.

b) Perfección. Muy ligado a lo anterior y siguiendo sus mismas pautas terminológicas, «perfecta» es el segundo calificativo que sugiere la lectura de esta obra. «Perfecta», obviamente, no en un sentido vulgar e inadecuado, que conduciría al absurdo de que algo no es susceptible de mejora, sino con un significado más técnico y acorde con su origen en el que, séame permitido detenerme, mínimamente. Construido, como es en nuestro caso, con «Ser»..., perfecto, dicitur de lo que tiene, en general, todas las cualidades deseables, aplicándose gramaticalmente, a un tiempo verbal que expresa una acción terminada. Estas dos vías, actuales, son las que interesan y nos permiten recordar que su procedencia se anuda al significante verbal latino perficio, convertido, en su conjugación participial o forma adjetivada en sus tres terminaciones perfectus, a, um, y resultando significante, dentro de su polisemia, apto para representar los valores de terminado, completo o acabado. En efecto, así puede considerarse, en nuestra opinión, el trabajo que se me ha encomendado prologar, lo que trae argumento, no sólo de una lectura, que a nuestro juicio posibilita tal afirmación, sino teniendo muy presente un proceso de gestación adecuado, antes del alumbramiento, a lo largo del cual ha alcanzado madurez. En síntesis, siguiendo con las comparaciones, se trata de partus perfectus, parafraseando a PAULO (XIX Responsorum) en D. 1.5.12, o sea, acaecido pleni temporis.

c) Validez. Lo compacto y acabado se convierte en válido, si a lo expuesto se recuerda haber sufrido y superado una serie de filtros sucesivos de reconocidos investigadores. Primum, de los codirectores, los profesores Antonio DÍAZ BAUTISTA y Juan Ramón ROBLES REYES, de lo que, ab initio, fue embrión de tesis doctoral, partus nondum editus en palabras de PAPINIANO (XIX Quaestionum) D. 35.2.9.1, y de inde, al de otros especialistas de Derecho romano y Derecho procesal (caso de los profesores Armando TORRENT RUIZ, de la Universidad Rey Juan Carlos; Esteban VARELA MATEOS, de la Universidad Autónoma de Madrid; Consuelo CARRASCO GARCÍA, de la Universidad Carlos III y Mónica-Galdana PÉREZ MORALES, de la Universi-

dad de Murcia) que, por nombramiento de la Comisión General de Doctorado de la propia Universidad de Murcia, junto a quien esto firma, con sus observaciones, sugerencias y reflexiones críticas habilitaron aquel trabajo, al considerar que había tomado la forma necesaria, posibilitando, así, que lo concebido por el doctorando como tesis doctoral, y tras la correspondiente revisión, pudiera a través de este librum edere, tenerse como monografía (GAYO 2,203) in rerum natura o (ULPIANO, XLI Ad Edictum, D. 37.9.1) in rebus humanis.

Acabadas las consideraciones objetivas, a nuestro juicio, exigibles en un prologo de corte tradicional, es obligado realzar, respecto al autor, su labor seria y responsable que se asienta en unos muy destacados conocimientos idiomáticos, un soporte bibliográfico adecuado, unos presupuestos metodológicos asumibles, en nuestro caso, por ser de Derecho romano y una, familiarización con los recursos e instrumentos lingüísticos y latinos imprescindibles, que demuestran, con suficiencia, un rigor y minuciosidad crítica que juzgo sobresaliente. A todo ello paso a referirme.

Un aspecto encomiable en este libro es el conocimiento y familiarización de que hace gala su autor de las lenguas modernas fundamentales en el quehacer romanístico (castellano, italiano, francés, inglés y alemán) para lo que basta un simple ojear y hojear sus notas y aparato bibliográfico. Permítasenos dos matices con relación a la última y la primera de las lenguas citadas. En el concreto caso del alemán, su conocimiento cabe calificarlo, con plena propiedad, de dominio. Basta para justificarlo dos observaciones. La primera es general, y está representada no sólo por las cerca de doscientas referencias en este idioma transcritas en sus notas, sino de sus más que frecuentes tomas de postura, a favor o en contra de doctrina, en los distintos puntos a debate, amén de los correspondientes comentarios críticos, en castellano, en la mayoría de aquéllas (sirvan de ejemplo las notas 26 y 27 del capítulo VI, dedicadas a VON DER FECHT y LITEWSKI, respectivamente). En cuanto a la segunda observación, en particular, me remito, por su sencillez y la carga terminológica que comporta a la nota 44 del capítulo V, en donde el autor polemiza con BETHMANN-HOLLWEG sobre el uso del significante verbal deponieren y su más correcto significado jurídico en el particular contexto en el que figura, bien como depósito, depósito irregular o mutuo.

Respecto al castellano, puede sorprender que se destaque el que alguien hable con corrección su propia lengua. Sirva de lenitivo, o atenuante, que quien esto suscribe pertenece a una universidad, mi muy querida Universidad de Barcelona, en la que por culpa de un bilingüismo malentendido y políticamente peor intencionado, el verbo «hacer» se convierte, con frecuencia, en factotum y, por una pésima traducción, se destroza la lengua común de todos los españoles y se llega, en el colmo de lo absurdo, a «hacer un pensamiento», como sinónimo de considerar algo con seriedad,

razonar, meditar o tomar una decisión reflexionada. Esto hace que valore las «letras» del autor en lo mucho que se merecen, e invoque y recuerde que, pese a que el mundo en que se mueve nuestra sociedad sea el de los números, son las palabras escritas, y no éstos, guarismos grafiados, las que siguen siendo, como diría LATORRE, «las armas del jurista». En definitiva, a lo largo de toda la obra se aprecia un uso, destacado y destacable, variado y preciso, de los verbos de entendimiento, lengua y sentido, y así, por caso, también, incluso en un mismo punto (p. 72) al tratar de la opinión de BETHMANN-HOLLWEG y las condenas que, apartándose del carácter pecuniario, impusieran un facere, en tres líneas usa, con propiedad, los verbos: «descartar»; «argumentar», «concluir» y «afirmar», en su modo indicativo y la tercera persona de su presente.

Pasemos al aparato bibliográfico. En él, amén de las monografías de FLEISSCHMANN y LITEWSKY, únicas que tratan en profundidad el tema, la de VON DER FECHT, que lo hace incidentalmente y las aportaciones de GUTIÉRREZ DE ALVIZ y RUDAKOV, que lo tratan de manera muy sumaria, de todo lo que, no sólo da noticia, sino enjuicia críticamente el autor, en Introducción. («Bibliografía»), otro aspecto que creemos destacable es el concierne a las obras de Instituciones, que le sirven de base y guían el desarrollo de su obra. Permitásenos precisar algo este vocablo, pues pretendo referirme a las obras fundamentales de Derecho romano, Institutiones, según terminología justiniana en Constitutiones: Imperatoriam maiestatem 3 y 4; Tanta 11 y Omnem rei publicae pr. Por simplificar, los Manuales de Derecho romano que suele adoptar el autor como punto de partida, denotan la escrupulosa elección de sus auctores, en uno de los tres sentidos latinos, del término: en concreto, en el utilizado por ULPIANO (XXV ad Edictum) y que se refleja en D. 50.17.137 facultando su uso para designar a las personas cuya intervención da validez a un acto o negocio. En este aspecto merece destacarse: por los españoles, Alvaro D'ORS (y su Derecho Privado Romano); por los alemanes, Max KASER (y sus Das römische Privatrecht y Das römische Zivilprozessrecht) y entre los italianos, Edoardo VOLTERRA (y sus Istituzioni).

En cuanto a los aspectos metodológicos, si método, decía Ángel LATORRE, es «camino»; éste, me permito apostillar a mi maestro, debe conducir a algún sitio; obedecer a un plan y revestir un interés. Sobre tales premisas, resumiré diciendo que me parece correcto el plan de trabajo que desarrolla el autor; y, a tenor de lo expuesto, séame permitida una triple puntualización: 1) Nada que objetar, metodológicamente, a un trabajo procesal de corte dogmático y al empleo en él de un método histórico crítico, que resulta obligado, pues lo primero descansa en su base (Ius Romanum) y lo segundo acompaña a todo tipo de investigación y es consustancial a una rigurosa exégesis de las fuentes. 2) En este punto, en concreto en materia de alteraciones textuales, el autor huye, ab initio, y así lo explica en su Introducción («Fuentes»), del hipercriticismo superado y, a contrario, parte, en

términos de KASER, de un marcado Konservativismus. Por último, como 3), se debe advertir que estando, sin duda, ante un trabajo de investigación y tendiendo a lo jurídico actual, sin pretender, sensu strictu, una Dogmengeschichte bajo los presupuestos formulados por ROSSHIRT, en 1853, en modo alguno hace dogmática retrospectiva, lo que debería descartarse en trabajos de la naturaleza del que nos ocupa. Para fundamentar, aún más, lo expuesto me limitaré a recordar ad exemplum la polémica de la que da noticia, en el cap. VIII, apdo. I, entre BORTOLUCCI, SANFILIPPO y TALAMANCA, a propósito de D. 42.1.15.7.

A lo largo de esta monografía, a cuya lectura se ha dedicado toda la atención y empleado el mayor detenimiento de que hemos sido capaz, si se permite el símil, analizándola, como los viejos glosadores: letra por letra; palabra por palabra; línea por línea y frase por frase, tres aspectos se ponen de relieve, de cuya particular noticia y pormenorizada justificación, a través de algunos ejemplos pasamos a dar noticia y conducen a la conclusión de que se está ante una obra seria y rigurosa. El rigor y minuciosidad de que hace gala el autor se desprende, entre otras muchas, de las siguientes referencias: a) en la nota 20 del capítulo II, cuando trata de C. 8.15.2, advierte que la lectura que acepta KRUEGER, basada en el manuscrito Casinas, dice praesidi pero que el propio KRUEGER recuerda, en el aparato crítico, que en el berolinense se sustituye por praedia vel; b) en la nota 10 del capítulo III, al analizar «el embargo preventivo sin sentencia de los bienes del ausente, Nov. 53.4.1», precisa que sigue la traducción latina del texto griego de SCHÖLL y KROLL, y que la del Authenticum, y, por tanto, la española de GARCÍA DEL CORRAL presenta alguna diferencia de matiz; c) en la nota 74 del capítulo VII, al examinar C. Th. 3.2.1 = C. 8.34.3.pr. expone la discrepancia entre la Edición de KRUEGER del Codex, que considera la constitución del año 326 y la de GARCÍA DEL CORRAL, que la sitúa en el 320; d) en la nota 62 del capítulo VIII, donde alude a las dos notas precedentes que reproducen, respectivamente, C. Th. 11.9.2 y C. 4.46.3, pone de relieve que se observan ciertas variantes sobre la Constitución que, dirigida a Egnacio Faustino, datada en el año 337, pri. id. Dec (= día antes de los Idus = 12 de diciembre) se atribuye a Constantino, cuando éste había muerto siete meses antes (22 de mayo de 337) y explica, acto seguido, la procedencia de los datos que utiliza, manifestando que así se indica tanto en la transcripción del Theodosianus que da la base de datos Bibliotheca Iuris Antiqui (BIA); como en la edición de KRUEGER del Codex Iustiniani y también en la edición española de GARCÍA DEL CORRAL; e) el tomar como base el curriculum vitae de Triboniano (p.189), centrado en el desempeño de sus cargos de magister officiorum (528) y quaestor sacri palatii (desde fines del 529).

Sin abandonar las fuentes, me centraré, lógicamente, en las latinas y en algunos aspectos relativos a la lingüística en general. La pluralidad de significados de un mismo significante, polisemia que ya puso de relieve el

padre del moderno estructuralismo, Ferdinand SAUSSURE, la distinción metodológica entre estado actual de una lengua (sincronía) y descripción de su evolución histórica (diacronía), que conduce a la contraposición entre paradigma valores in absentia, metáforas y sintagma (valores in praesentia) y metonimias, resultan conocidas y advertidas por el autor, en sus consideraciones terminológicas y aplicadas a lo largo de su obra. Sirvan, sin carácter exhaustivo, ad exempla, algunas aplicaciones puntuales en materia de: a) traducciones e interpretaciones; b) algunas correcciones, obviamente mínimas, que exige la fijación del texto, y c) no pocas matizaciones.

A) En cuanto a las traducciones e interpretaciones, sirva de mero recuerdo, las de: a) confessio (nota 11, cap. III) por confesión, pese a su falta de total equivalencia en nuestro Derecho procesal moderno; b) possessio (nota 11, cap. V) en C. 7.65.5.2, por el de su objeto, o sea, «la cosa poseída», sentido más vulgar que técnico como sería el ejercicio de hecho de un derecho; c) sententia (nota 29, cap. V) por providencia, a tenor de una interpretación sistemática, con la conclusión de que no se alude a un mero trámite procesal, que pusiera incluso fin a un litigio, sino al de la ejecución de una sentencia recaída en un procedimiento civil; d) habere (nota 20, cap. VI) en D. 42.1.15.4, para, a contrario, señalar que ésa no era la posición jurídica del tercerista triunfante, abandonando pues su sentido habitual («tener en propiedad = habere rem»); e) cognoscere (también en D. 42.1.15.4) considerado como función procesal, en el procedimiento cognitorio, más propia del magistrado-juez que de un exsecutor, con quien podría concordar también morfológicamente en el texto latino, pero cuyos cometidos, como ejecutor, podrían ser de carácter más auxiliar y su aplicación más forzada; f) proiecerunt (nota 32, cap. VII) que, tras unas oportunas consideraciones iniciales sobre su campo semántico, proyecta hasta las versiones castellanas más difundidas, algo decimonónicas si se me permite la apostilla, de «malbaratar» y «malvender»; g) en fin, por no hacer la historia interminable, el necesario análisis morfológico para la correcta traducción de pigeraverit (p. 189) en C. 8.33.3.1 (De iure domini impetrando) como pretérito perfecto de subjuntivo; futuro perfecto (o futuro II), pues no es lo mismo que alguien empeñe una cosa, la empeñen sin concurso de su voluntad o, incluso, se postule una voluntaria indefinición (si alguno tuviera una cosa empeñada) que abarcaría las dos situaciones anteriores.

B) Por lo que respecta a las correcciones, baste traer a colación las: a) de exercitor por exsecutordatus (nota 17, cap. IV); b) de mandatorum (nota 31, cap. V) por la exigencia, ad sensum, de un significado que evoque la representación mental de fiadores o mandantes de crédito y no de mandatarios y c) de Marcelo por Marciano (nota 33, cap. VI) a quien corresponde la obra liber singularis de delatoribus, que aparece en la inscriptio del fragmento: D. 49.14.22.1 (Rúbrica de iure fisci). A caballo entre traducción y corrección y en plena sintonía con las distinciones postuladas

por SAUSSURE [Ulpiano III de officio consularis, en D. 42.1.15.2 (p. 120)], relativo al orden de proceder al embargo de los distintos bienes, el autor postula una evolución diacrónica de moventia, respecto a mobiles et animales (sólo restringido a éstos) y adopta una prudente postura sobre si deben considerarse indicio, o no, de alteración textual.

C) Particular interés revisten, por último, las constantes matizaciones, por ejemplo, sobre: a) infititari, en C. 4.15.3 y negare en D. 42.1.15.9 (Ulpiano III de officio consulis) que puede ser tanto negación, como oposición procesal; b) capere, en D. 9.2.29.7 (Ulpiano XVIII ad Edictum, colocado por los compiladores en sede de lex Aquilia) en materia de la conservación de los bienes embargados y que pudieran quedar en poder del ejecutado, y c) de la adversativa tamen en C. 8.22.3) y la realización de los bienes embargados; o, en fin, d) de porrigere manus (en D. 42.1.15.7) para designar que no era la situación del tercerista triunfante (dominical), sino la del comprador a quien se le habían adjudicado las cosas tomadas en prenda por el juez ejecutante, cuando no pagaba el precio de venta en pública subasta (VIII.1.pr).

Se observa, sin más, una solidez metodológico-crítica destacable en la monografía que se acredita en los cuatro siguientes puntos.

A) En la nota 2 del capítulo VIII, la digresión y sensata toma de postura, al tratar de un exequente iudice y el debate sobre su configuración morfológica como ablativo absoluto (mientras el juez ejecuta la sentencia) o ablativo agente sunt addicta (por el juez ejecutante o encargado de la ejecución)... y, todo ello, como consecuencia de la falta de una coma entre las palabras addicta y exequente que no aparece en la edición de MOMMSEN al transcribir Ulpiano III de officio consulis D 42.1.15.7. B) Otro tanto cabría decir (nota 1, cap. VIII) sobre la inscriptio del fragmento referido y su prudente actitud cuando, sin rebatir la posición de LENEL y MOMMSEN y el sentir de ambos según el cual debe restituirse consul y consules cada vez que se haga referencia a iudex o iudices, mantiene que ULPIANO, a lo largo del fragmento no está pensando en el cónsul de la república y sí en los jueces funcionarios (me permitiría apostillar magistrados-jueces) de la cognitio. Matiza el autor que el fragmento procede de uno de los libros de officio consulis de ULPIANO, pero que quizá éste alude a la magistratura consular; reverentia antiquitatis. C) O, en fin, siguiendo con el kronos (notas 35, cap. II, y 94, cap. V) al tratar de un rescripto referido en Ulpiano (III de officio Consulis) en D. 42.1.15.1, por el que los gobernadores provinciales podían también ejecutar en su territorio las sentencias dictadas en Roma, si así se les hubiese mandado, sus consideraciones sobre la fecha (198-209) de su publicación a) por el imperator noster cum patre...; b) las referencias cronológicas a Septimio Severo, Geta y Caracalla; c) por qué Ulpiano no se refiere a Severo como divus pater al ser divinizado por su muerte; d) por qué tampoco existe en la alusión Ulpiniana la referencia

a frater y la posible incidencia moral por el fratricidio de Geta: (Non tan facile parricidium excusari potest quam fieri que se atribuye a PAPINIANO)... son aspectos, ya no sólo críticos y que acreditan a un investigador, sino que denotan la solidez de unos conocimientos a los que ya nos hemos referido.

Dice nuestro CC (1718) que el mandatario, por la aceptación, quedará obligado a cumplir el mandato (así lo he hecho) y que en este cumplimiento debe exigirse: no traspasar los límites del mandato, aunque no se considerarán traspasados si el mandato es cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste (1715) (no es el caso) y que debe arreglarse a las instrucciones del mandante, haciendo, a falta de ellas (no las he recibido) todo lo que según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia (1719). A los tres preceptos he intentado dar cumplimiento a través de las líneas precedentes, intentando eludir un egre ditur mandatum y observar, con el mayor escrúpulo, el officium, la fides y la amicitia que, en Roma, el mandato comporta y se exige en una obra sobre este Derecho.

Ricardo PANERO GUTIÉRREZ
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Barcelona

INTRODUCCIÓN

I. PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO

El *pignus in causa iudicati captum* fue el mecanismo elegido para la ejecución de sentencias de condena dineraria durante un largo periodo temporal: al menos desde los tiempos de Antonino Pío hasta la época de Justiniano. Pero este procedimiento ejecutivo perduró en el tiempo, llegando a configurar el sistema habitual de ejecución en los ordenamientos de nuestros días y, por supuesto, en el Derecho procesal español. Fue, precisamente, nuestra experiencia profesional en el ejercicio de la abogacía durante más de una década la que nos inclinó hacia el estudio de esta institución romana; no solamente porque la vigente legislación procesal reproduce, con gran fidelidad, la estructura del *pignus* judicial romano, sino, más aún, porque las fuentes jurídicas de Roma todavía nos aclaran muchos aspectos sobre problemas de la práctica cotidiana¹.

En la actualidad el procedimiento para el embargo y enajenación de bienes del ejecutado encuentra, con demasiada frecuencia, obstáculos y disfunciones que frustran su efectividad, perjudicando tanto los intereses del ejecutado como los del ejecutante. En bastantes casos, derivan tales inconvenientes de interpretaciones judiciales que se apartan de la tradición romana².

¹ En este tema, como en casi todos los que componen el vasto panorama de la Ciencia jurídica, resultan plenamente aplicables las palabras de PANERO: «Conocer el derecho vigente es sólo hacerlo de una etapa de la formación jurídica en constante evolución; [...] prescindir de los momentos anteriores de aquél implica no sólo desconocer las causas del actual derecho positivo [...] sino lo que es más importante desde el prisma que nos ocupa, no «comprender» su esencia». PANERO GUTIÉRREZ, R., *El Derecho romano y la formación del jurista*, Barcelona, PPU, 1998, p. 56.

² Como afirma TORRENT, «[...]se presenta la exigencia de reformular las relaciones entre historia y dogmática volviendo los ojos a la ciencia del derecho fatigosamente elaborada durante tantos siglos, y por ello tengo la convicción de que la utilidad de nuestros saberes romanísticos

Estamos convencidos de que la drástica reducción que ha sufrido la enseñanza del Derecho romano en los últimos años³ traerá aparejado un descenso en la formación general del jurista profesional, cuyas consecuencias pronto comenzarán a advertirse en la práctica jurídica.

II. PROCESO FORMULARIO Y PROCESO COGNITORIO. DIFERENCIAS EN ORDEN A LA EJECUCIÓN. EL *PIGNUS* *IN CAUSA IUDICATI CAPTUM*

La larga peripecia histórica del Derecho procesal romano conoció tres periodos: el primitivo de las *legis actiones*, el proceso *per formulas* y la *extraordinaria cognitio* o *cognitio extra ordinem* propia de la época imperial, que prefigura el desarrollo del proceso en los ordenamientos modernos. El tránsito de uno a otro sistema no se produjo de modo súbito, ni debemos identificarlos, de manera rotunda, con los tres periodos en que, de modo habitual, acotamos el estudio del Derecho romano: arcaico, clásico y pos-clásico⁴. Del mismo modo que durante un largo periodo⁵ coexistieron las *legis actiones* y las *formulae*⁶, en plena época clásica se produjo la aplicación simultánea del sistema formulario y el cognitorio⁷.

puede encontrar consistencia no en una despotenciación de su dimensión histórica en función del soporte para el análisis de institutos y categorías del derecho positivo, sino a través de la acentuación de tal dimensión, o como dijo Orestano, tomando la experiencia jurídica romana y la subsiguiente tradición romanística intermedia y moderna como elemento concreto y operante de la experiencia del presente». TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*. Ciencia del derecho: *derecho romano-ius commune europeo*, Madrid, Edisofer, 2007, p. 297.

³ Vid. CARRASCO, C., «Universidad y sociedad: el Derecho romano ante el espacio europeo de educación superior», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 11 (2007), pp. 95-106.

⁴ El tema de la periodificación ha sido muy debatido en la romanística, sin que podamos en este lugar agotar la exposición de las diferentes posiciones. Todos coinciden en distinguir, con un símil biológico, entre una primera fase germinal o embrionaria, una segunda de madurez y una tercera de decadencia, a la que se añadiría el periodo justiniano. Las divergencias suelen recaer sobre los dos momentos «crepusculares» de la época clásica. Su comienzo suele referirse al inicio del Principado de Augusto, aunque otros lo adelantan a la aparición del proceso formulario, con la *lex Aebutia* hacia el 130 a.C. En cuanto al final, es habitual situarlo con Constantino, pero hay quien lo adelanta al comienzo de la Tetrarquía. Un estudio en profundidad puede encontrarse en BERNAL GÓMEZ, B., «Los períodos en la historia del Derecho romano», en ROSET ESTEVE, J. (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, vol. 2, 1988.

⁵ Según un amplio sector doctrinal, desde la *lex Aebutia* del 130 a.C. que sustituyó la fórmula oral de la *condictio* por una escrita, hasta la *lex Iulia de iudiciis privatis*, del 17 a.C. en que Augusto dio carácter legítimo al sistema formulario. Vid. *Gai.* 4.30: «*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigemus*».

⁶ Este periodo de algo más de un siglo es considerado por unos como todavía arcaico, por otros como clásico temprano y por otros como «preclásico».

⁷ La intervención imperial en las funciones jurisdiccionales pudo comenzar con la propia instauración del Principado por Augusto; es significativo el testimonio que proporciona *Suet.* 5.12.1 cuando, recordando el buen gobierno de Claudio, afirma que «consiguió con ruegos»

Como señala WENGER, el tránsito se realizó lentamente y conservando los formalismos del Derecho antiguo, como correspondía al espíritu conservador romano. Lo fundamental de la *cognitio*, no está, para estos autores, en la forma como el juez conocía el contenido del litigio (*formulas*), sino en la intervención de jueces con jurisdicción pública, titulares del *imperium*, o poder soberano del Estado, que tenían la facultad de conocer de todo el proceso hasta la sentencia⁸.

Tradicionalmente la doctrina retrasaba la aparición de la *cognitio* a los últimos tiempos del Principado, pero este surgimiento fue mucho más temprano de lo que se pensaba, puesto que, desde la época de Augusto, se aplicaba excepcionalmente a ciertos casos⁹, sustanciándose ante funcionarios imperiales o magistrados especializados. En tiempos de Adriano, es decir, en el siglo II d.C., era ya la *cognitio* el procedimiento habitual¹⁰ y, si bien los jurisconsultos seguían utilizando la plantilla del proceso formulario para sus *responsa*, se advierte en sus textos la presencia del nuevo sistema procesal, especialmente cuando comentan los rescriptos imperiales, que, no lo olvidemos, estaban inspirados por ellos mismos¹¹.

En el procedimiento formulario existía una fase, *in iure*, en la que hacía el magistrado un análisis formal del litigio, examinando los presupuestos

(*precario exegit*) que fuesen válidas las decisiones que establecieran sus procuradores al juzgar, es decir, al pronunciar las sentencias («[...] utque rata rata essent quae procuratores sui in iudicando staterent, [...]») y, a continuación (5.12.2) dice que «con frecuencia intervenía en el conocimiento de las causas de los magistrados, como si fuese uno de sus consejeros» (*Cognitionibus magistratum ut unus e consiliariis frequenter interfuit*). Por una parte, habla de sentencias pronunciadas por sus *procuratores*, es decir, de una evidente *cognitio extra ordinem*, y, por otra, de una intervención imperial en las *cognitiones* de los magistrados, lo que se refiere al procedimiento formulario. Pero, en este último caso parece que el emperador se mostraba formalmente respetuoso con la magistratura, actuando como simple *consiliarius*.

⁸ JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, 2.ª ed., PRIETO CASTRO, L. (trad.), Barcelona, Labor, 1937, p. 537.

⁹ VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1974, p. 251, después de haber mantenido el origen provincial de la *cognitio extra ordinem*, afirma: «Anche in Roma e in Italia, sin dal primo secolo, si applicava la procedura extra ordinem nelle controversi fra privati, dapprima in via eccezionale in materie espressamente contemplate dalla legge [...]». Entre estas materias estaban las reclamaciones de fideicomisos, de *bona caduca*, de alimentos entre cónyuges, honorarios de profesiones liberales, promesas públicas (*pollicitationes*), cuestiones de tutela, procesos sobre estado civil, o *querella inofficiosi testamenti*.

¹⁰ KASER, M., *ZPR*, par. 66, I, p. 436, señala que el proceso formulario fue formalmente abolido en el siglo IV, aunque, en la práctica, finalizó con Diocleciano, aplicándose en solitario el procedimiento cognitorio. Poco antes, afirma que este procedimiento «funcionario» tenía todavía en el Principado carácter extraordinario y complementaba al procedimiento formulario «ordinario»: «Diese, amtlichen Verfahren haben noch unter dem Prinzipat noch ausserordentlichen Charakter; soweit sie nur ergänzend neben den ordentlichen Formularprozess treten»; D'ORS, *DPR*, par. 123, afirma que, desde la época de Adriano la concurrencia de la *cognitio* con el *ordo* fue creciente y acabó por desplazarlo, precisamente, en el momento del tránsito a la época posclásica.

¹¹ Vid. LUZZATTO, G. I., *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, Patròn, 1965, «In tema di origine nel processo "extra ordinem" (Lineamenti critici e ricostruttivi)», en *Studi Volterra* 2, Milano, 1971, pp. 665-757.

de procedibilidad¹² para conceder o denegar la acción, sin entrar en el fondo del asunto, y otra, *apud iudicem* en que el juez, los *recuperatores*¹³, o el *arbiter datus*¹⁴, ciudadanos particulares designados al efecto, entraban en el fondo, escuchando a las partes y recibiendo las pruebas para dictar una sentencia, que siempre debía constreñirse al contenido de la fórmula redactada por el magistrado con intervención de las partes (*litis contestatio*) y escrita en una tablilla¹⁵. Uno de los mayores legados del proceso romano es precisamente la distinción entre aspectos formales y sustantivos del proceso, que perduraría, a través de la *cognitio*, hasta nuestros días, como viene a subrayar la LEC de 2000, al separar, para el juicio ordinario, la audiencia previa y el juicio propiamente dicho¹⁶.

La bipartición desapareció en la *cognitio*, y, aunque los aspectos procedimentales y de fondo siguieran distinguiéndose, todo el proceso era conocido, desde su inicio hasta la sentencia, por un funcionario administrativo con autoridad judicial delegada del Emperador. Por ello era posible un recurso de apelación contra la sentencia ante el superior jerárquico del juzgador, lo que no había sido posible contra el *iudicatum* del juez privado de las fórmulas¹⁷.

Lo que más nos interesa, a los efectos del presente estudio, es apuntar las diferencias entre ambos sistemas procesales en orden a la ejecución de la sentencia¹⁸.

¹² Tales como capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación de los litigantes, su propia competencia, existencia en el elenco del Edicto de la fórmula solicitada y adecuación de los hechos alegados a la fórmula pedida.

¹³ Grupo de jueces, en número impar, que actuaban en ciertas causas de especial relevancia, previstas en el Edicto.

¹⁴ Al que se nombraba cuando la resolución del litigio requería conocimientos técnicos especiales, como sucedía en las acciones divisorias.

¹⁵ Vid. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, Bonn, Adolph Marcus, 1865, reimpr. facsímil, Scientia Aalen, 1959, t. I, *Formulae*; KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht (ZPR)*, 2.^a ed. revisada por HACKL, K., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, pp. 151-427; LUZZATTO, G. I., *Procedura civile romana I* (1945), *II* (1947/48), Bologna; PUGLIESE, G., *Il processo formulare. II*, Torino, 1950; ARANGIO-RUIZ, V., *Corso di diritto romano (Il processo privato)*, Roma, 1951; MURGA, J. L., *Derecho romano clásico*, vol. II: *El proceso*, Univ. de Zaragoza, 1980.

¹⁶ Vid. LEC española del 2000, art. 414. *Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia*.

¹⁷ BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, t. III, Bonn, 1866, *Cognitiones*; KASER, *ZPR, op. cit.*, pp. 435-510. Al tener el funcionario una jurisdicción «delegada» se trataba de un recurso «devolutivo». Vid. RICHARD GONZÁLEZ, M., *La segunda instancia en el proceso civil*, Cedecs, 1998. DÍAZ BAUTISTA, A., «La apelación en las constituciones de Diocleciano», en *Estudios sobre Diocleciano*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 15-42.

¹⁸ BETTI, E. v. «Condanna (diritto romano)», en *NNDI*, pp. 1081-1084, Torino, 1959; LONGO, G. E., v. «Esecuzione forzata (diritto romano)», *ibid.* t. VI, pp. 713-722, Torino, 1960; VOCI P., v. «Esecuzione forzata (Diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto*, t. XV, pp. 422-430, Milano, 1966. ABELLÁN, M., «“Sententia” y “res iudicata”». Conceptos romanos y evolución posterior», en *Estudios J. Iglesias*, t. I, pp. 1-11, Madrid, 1988.

Si el demandado no satisfacía, en el proceso formulario, la condena, que era siempre pecuniaria, en el plazo decenviral de treinta días¹⁹, podía el actor triunfante pedir la ejecución mediante la *actio iudicati*, derivada de la antigua *manus iniectio*²⁰ que, si bien era normalmente patrimonial, no excluía la ejecución personal que jamás parece haber sido abolida formalmente en Roma²¹.

En la *actio iudicati* no cabía discutir más que el montante de la condena y la procedencia de la ejecución, pero en todo caso suponía un nuevo proceso²², encomendado a un nuevo juez, que dictaba la orden de embargar el patrimonio del ejecutado para venderlo en subasta y pagar al actor la condena pecuniaria. Esta ejecución patrimonial era casi siempre universal, es decir, sobre la totalidad del patrimonio²³.

En cambio, en el procedimiento de la *cognitio* correspondía la ejecución de la condena al mismo funcionario judicial que había dictado la sentencia, una vez que aquella fuese firme. Aunque, seguramente, resurgiría la ejecución personal, en momentos de crisis económica, normalmente recaía sobre el patrimonio del condenado; la ejecución cognitoria se limitaba siempre a los bienes concretos necesarios para satisfacer la pretensión del actor y las costas procesales.

La coexistencia entre el proceso formulario y la *extraordinaria cognitio*, pudo ser larga, y su trascendencia práctica no ha sido suficientemente investigada por la romanística, quizá porque los textos no son muy expresivos en este punto. Por lo que se refiere a la ejecución, es posible que existiese, durante el Principado, la posibilidad de utilizar la *actio iudicati* formularia para la ejecución de las sentencias cognitorias, con lo que quizá podría el acreedor elegir entre la ejecución general del sistema ordinario y la especial de la *cognitio*²⁴. La primera, ante el pretor urbano o el peregrino, o, en su

¹⁹ El plazo de cumplimiento voluntario previo a la ejecución de condena ha reaparecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, art. 548 frente a la antigua LEC de 1881 que preveía la inmediata ejecutividad de toda resolución firme.

²⁰ La *actio iudicati* conservaba de su antiguo origen la litiscrescencia por *infittatio*, con lo que crecía al doble contra el que se oponía indebidamente

²¹ Pese a la famosa *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C.

²² Curiosamente, frente a la antigua LEC 1881, que contemplaba la ejecución como un apéndice del proceso declarativo (arts. 919 y ss.), la LEC de 2000 establece la ejecución de sentencias como un nuevo proceso (art. 549) queriéndolo refundir con el antiguo «juicio ejecutivo», lo cual la acerca a la concepción romana del proceso formulario.

²³ Aunque paulatinamente se fueron introduciendo excepciones al principio de la venta de la totalidad del patrimonio del deudor, permitiendo el embargo de bienes singulares (*distractio bonorum*) en los casos de ejecución contra personas de la clase senatorial (*clarae personae*), y contra personas necesitadas de protección, tales como los incapaces sin tutor ni curador que heredaban al deudor concursado, según interpretó la jurisprudencia basándose en el Edicto.

²⁴ Así lo afirma KASER, *ZPR*, *op. cit.*, par. 76, p. 510: «Für die Vollstreckung der im Kognitionsverfahren ergangene Leistungsurteile kann der Gläubiger regelmässig wählen zwischen den allgemeinen Vollstreckungsmitteln der ordentlichen Gerichtbarkeit und einer besonderer Vollstreckung, die den im Kognitionsverfahren festgestellten Leistungsansprüchen vorbehalten ist».

caso ante el Gobernador provincial, sólo sería posible cuando se tratase de una condena pecuniaria, pues, como es sabido, no existía en el procedimiento formulario una ejecución específica de las condenas no pecuniarias, como en la *cognitio*. Por el contrario, las sentencias condenatorias²⁵, pronunciadas en el procedimiento de la *cognitio*, que obligaban a la entrega de bienes determinados²⁶, sólo se podrían ejecutar por la vía cognitoria, que preveía una ejecución específica (*manu militari*), por la que el poder imperial de manera coactiva ponía al actor en posesión de la cosa o la restituía al estado preciso para poder ejercitar el derecho pretendido²⁷.

Cuando la condena consistía en el pago de una suma en metálico, bien porque fuese éste el contenido de la deuda reclamada, bien porque se había hecho una valoración dineraria de un hacer no personalísimo, o de la entrega de una cosa genérica, y era preciso llegar a la ejecución forzosa, se tomaban en prenda bienes del deudor para, con su producto, satisfacer al demandante. Es el *pignus in causa iudicati captum*²⁸, origen del moderno sistema de embargos y a cuyo análisis dedicamos este trabajo²⁹.

²⁵ La moderna doctrina procesalista distingue entre sentencias declarativas y constitutivas (las que crean, modifican o extinguen una situación jurídica). De entre las primeras, encontramos las meramente declarativas (se agotan con una simple declaración de la existencia, inexistencia o circunstancias de un hecho jurídico) y las declarativas de condena. Estas últimas son las únicas susceptibles de ejecución (art. 517.2.1 LEC). La forma de la ejecución de las sentencias de condena variará según el contenido de la misma, y así se distingue la ejecución dineraria (Título IV del Libro III de la LEC) de la no dineraria (Título V), reconduciéndose a la ejecución dineraria las condenas de hacer no personalísimo (art. 706 LEC), bien por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, bien por la del cumplimiento subsidiario de la condena. Incluso la condena de hacer personalísimo, cuando el ejecutado omite la actuación que se le exige, puede acabar reconduciéndose a la ejecución dineraria por la vía de la indemnización. *Vid.* SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Práctica del proceso civil, vol. III, La ejecución forzosa*, Madrid, Civitas, 2005; OLIVA SANTOS, A. DE LA Y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil: ejecución forzosa: procesos especiales* (2.ª ed.), Madrid, Ramón Areces, 2002.

²⁶ Así, para el cumplimiento de los fideicomisos *Ulp. 2 fideic. D. 32.11.17: «Ex his apparet, cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum quod relictum est: cum vero ipsum praestari non potest, aestimationem esse praestandum»*. Respecto a la rescisión de la venta de un fundo y su restitución *Scaev. 4 dig. D. 18.5.9: «Fundus qui Lucii Titii erat ob vectigale rei publicae veniit: sed cum Lucius Titius debitor professus esset paratum se esse vectigal exsolvere solidum, cum minore venisset fundus, quam debita summa esset, praeses provinciae rescindit venditionem eumque restitui iussit Lucio Titio: quaesitum est, an post sententiam praesidis, antequam restitueretur, in bonis Lucii Titii fundus emptus esset. respondit non prius, quam emptori pretium esset illatum vel, si pretium nondum esset ab emptore solutum, in vectigal satisfactum esset»*.

²⁷ Así, para la restitución de la servidumbre alterada por obras realizadas por el propietario del fundo sirviente *C. 3.34.5 (Philipp. 246): «Si quid pars diversa contra servitutum aedibus tuis debitam iniuriose extruxit, praeses provinciae revocare ad pristinam formam, damni etiam ratione habita, pro sua gravitate curabit»*. *Vid.* ROMANO, A. «Condanna “in ipsam rem” e condanna pecuniaria nella storia del processo romano», en *Labeo* 28 (1982), pp. 131-149; VISKY, K. «Quelques remarques sur la thèse “ipsam rem condemnare” et ses rapports économiques», en *RIDA* 19 (1972), pp. 469-494.

²⁸ LITEWSKI, W., «Pignus in causa iudicati captum», *SDHI* 40 (1974), pp. 205-302.

²⁹ En el sistema actual debe distinguirse el embargo preventivo (regulado en los arts. 727 y concordantes LEC) y el embargo definitivo, del que es precedente el *pignus in causa iudicati*

III. TERMINOLOGÍA

En la romanística se ha consolidado la denominación *pignus in causa iudicati captum* como un recurso jurídico similar al embargo definitivo en ejecución de sentencias del Derecho moderno, pero la expresión más frecuente en las fuentes es la de *pignus captum*, pese a que se pueden encontrar fragmentos en los que esta expresión no se refiere al embargo judicial ejecutivo³⁰. Sin embargo la presencia del participio *captum* referido al *pignus* nos permite, casi siempre, distinguir el embargo de la prenda convencional.

IV. FUENTES

Aparte de los textos referidos al *pignus* convencional, que en buena medida son aplicables al *pignus in causa iudicati captum*³¹, existen otros

captum. El primero tiene por finalidad evitar la frustración del objeto del proceso por la prolongación del proceso (el llamado *periculum in mora*) mientras que el segundo, el embargo definitivo, es una forma de ejecución propia o subsidiaria de la resolución.

³⁰ Como sucede en Inst. 1.24.3, respecto a la garantía prestada por tutores y curadores: «[...] *quibus constitutionibus et illud exprimitur; ut, nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coerceantur*». Y también en la rúbrica de C. 10,21, referida a materia tributaria: «*De capiendis et distrahendis pignoribus tributorum causa*».

³¹ El uso en las fuentes del término *pignus*, de modo indistinto, para la prenda convencional y para el embargo, no aconseja separar, artificialmente, los textos que se refieren a una y a otra, despreciando las relativas al contrato de garantía real. Esta tendencia, seguida por LITEWSKI, nos parece empobrecedora por dos razones: en primer lugar, porque, habiendo considerado los juristas clásicos ambas instituciones de modo conjunto, corremos el riesgo de rechazar erróneamente la aplicabilidad a nuestra institución de algunas precisiones contenidas en un texto aparentemente referido tan sólo al *pignus* convencional pero que, quizás, pudiera ser aplicable a ambas instituciones. VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 53, subraya la proximidad entre el *pignus in causa iudicati captum* y la prenda privada, pues ambas instituciones tienen el mismo fin de aseguramiento y satisfacción del acreedor. Señala que algunos referentes al *pignus* ejecutivo se encuentran en títulos dedicados al *pignus* convencional: «*Die Nahe des pignus in causa iudicati captum zum rechtsgeschäftlich bestellen Privatpfand ergibt sich schon daraus, dass beide Rechtsinstitute letztlich demselben Zweck dienen, nämlich der Sicherung und Befriedigung des Gläubigers im Wege des Pfandverkaufs. Dies wird in den Quellen dadurch unterstrichen, dass einige das Exekutionspfand betreffende Texte unter solchen Titeln zu finden sind, die das Vertragspfand behandeln*». Además, en contra de lo mantenido por LITEWSKI (*op. cit.*, pp. 211-213, aunque, siguiendo a FLEISCHMANN, acaba reconociendo la imposibilidad de obviar toda referencia a la prenda convencional y la necesidad de tener en cuenta —aun de modo subsidiario— los textos referidos a ella para completar las lagunas de la regulación del embargo judicial), no creemos que exista una diferencia ontológica entre la prenda constituida por consentimiento del pignorante y la determinada por el poder público en el curso de una ejecución. Existen diferencias, obviamente, en su constitución y también las habrá en su desarrollo y vicisitudes, pero, desde la óptica de los juristas romanos, ambos son casos en los que un bien, o conjunto de bienes, queda afecto de modo especial al cumplimiento de una obligación (FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 63-68, describe ampliamente las relaciones entre *pignus* convencional y judicial). En este sentido, el embargo judicial no es, propiamente, un medio de ejecución de sentencias (en contra LITEWSKI, *op. cit.*, p. 211) como tampoco la prenda convencional es un modo de cumplimiento de las obligaciones, ya que ni la constitución de prenda ni el embargo satisfacen, por sí mismos, el

que claramente se refieren a este último. En el Digesto encontramos referencias entre los 64 fragmentos contenidos en el tít. 1 del libro 42 (*De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*), especialmente el fragmento de Ulpiano recogido en D. 42.1.15 y el de Calístrato (D. 42.1.31) que recogen el rescripto de Antonino Pio, principal fuente reguladora de la institución. En el Código encontramos tres títulos relativos a la ejecución de sentencias: C. 7.53 (*De exsecutione rei iudicatae*), C. 8.22 (*Si in causa iudicati pignus captum est*) y C. 4.15 (*Quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores exigere potest*), el segundo de los cuales contiene la regulación de nuestra institución. Formalmente, el primero de los títulos es el más extenso (contiene nueve constituciones) frente al segundo que sólo recoge tres; el tercero, sobre el ejercicio subrogado de las acciones del deudor, contiene cuatro rescriptos.

También encontramos fuentes posclásicas que se refieren al embargo judicial, como son las *Pauli Sententiae* (PS. 5.5.4, contenida en el título 5.5 referido a *De effectu sententiarum et finibus litium*), así como en el Código Teodosiano (C. Th. 2.30.1), el Edicto de Teodorico (131) y en la *Lex Romana Burgundionum* (14.1).

La *extraordinaria cognitio* acentuó el carácter público del proceso, asentado sobre el poder imperial, frente a la base convencional del sistema formulario, que dejaba múltiples aspectos a la libre iniciativa de las partes. Por esta razón el Edicto Pretorio, imprescindible para comprender el Derecho clásico, no nos informa sobre la formación y desarrollo del *pignus in causa iudicati captum*, como forma de aseguramiento de la ejecución³².

La jurisprudencia clásica no prestó excesiva atención a nuestra institución, como ocurre en general con las cuestiones relativas a la *extraordinaria cognitio*, con la excepción de los *libri de cognitionibus* de Calístrato³³. En general, los fragmentos de los juristas clásicos tratan las cuestiones relativas al *pignus in causa* de manera incidental, salvo el importante pasaje de Ulpiano, contenido en D. 42.1.15, correspondiente a su obra *de officio consulis*. Este texto plantea las siguientes cuestiones, fundamentales para nuestro estudio: competencia del órgano de ejecución, objeto del embargo,

interés del acreedor. Uno y otra son medios de aseguramiento del cumplimiento de las respectivas obligaciones principales. En este sentido, en Partidas 5.13.1 se mantiene la regulación unitaria de los peños, considerando como tales «aquella cosa que un ome empeña a otro apoderándolo de ella [...] y hay tres maneras de empeños: la una es la que los omes facen entre sí por su voluntad, empeñando de sus bienes unos a otros, por razón de alguna cosa que deban dar o hacer. La otra es cuando los jueces mandan entregar a alguna de las partes parte de los bienes de su contendedor por mengua de respuesta o por razón de rebeldía o por juicio que es dado entre ellos o por cumplir mandamiento del rey; y tales empeños o prendas como éstas se facen como por apremio [...]».

³² Como señala LITEWSKI, *op. cit.*, p. 212.

³³ Estudiados por BONINI en su obra *I libri de cognitionibus di Calístrato*, Milano, 1964.

orden de proceder en los embargos, controversias respecto a la procedencia del embargo, embargo de un bien ya pignorado, incompetencia del órgano de ejecución en caso de que se discuta la titularidad del bien, una vez subastado y adjudicado, y, finalmente, la llamada quiebra de la subasta (para el caso de que el adjudicatario no pague el precio de remate).

En orden a la integridad de los textos, dado que nuestra institución se desarrolla en una época ya relativamente tardía, no ha encontrado, en general, la doctrina motivos para sospechar que las fuentes pudieran estar interpoladas, en cuestiones esenciales³⁴, sino tan sólo en ciertas cuestiones concretas sobre las que se ensañó, quizá de manera excesiva, la hipercrítica. Por ello, y con las naturales reservas y precauciones propias de la labor investigadora, podemos centrar nuestro estudio en las fuentes.

V. BIBLIOGRAFÍA

Tradicionalmente ha mostrado la romanística un cierto desdén hacia el estudio de la *cognitio*, que suele ocupar un espacio bastante reducido en los trabajos sobre Derecho procesal romano. La explicación de esta actitud hay que encontrarla, sin duda, en que los propios jurisconsultos romanos centraron, casi siempre, sus sutiles reflexiones sobre el modelo del procedimiento formulario, pese a que, en la práctica jurídica del Principado, se iba imponiendo el *cognitorio*, cada vez con mayor vigor³⁵.

No sabremos jamás si el *ordo* formulario, tan modélico a la hora de acuñar los principios básicos del proceso, gozó de mucha efectividad práctica, y se vio libre de corrupciones, cuando el tráfico jurídico de la Urbe se hizo muy complejo y los ciudadanos fueron olvidando los principios éticos tradicionales. Es posible que la aparición de la *cognitio extra ordinem* no se debiera tan sólo al creciente intervencionismo de los emperadores, ávidos de controlar la actividad ciudadana, sino también a razones de utilidad, al poder aprovechar la, cada vez más tupida, red del funcionariado imperial, para facilitar la impartición de justicia, en unos tiempos en que la litigiosidad debió aumentar considerablemente. Sin embargo, en el ánimo de los jurisconsultos quedaba una nostalgia, casi romántica, hacia el es-

³⁴ Así lo afirma LITEWSKI, *op. cit.*, p. 213: «*Schon allein diese Argumente Lassen die Annahme zu, dass entsprechende Texte aus der klassischen Periode nur in kleine Ausmasse von Interpolationen betroffen wurden*». En sentido contrario, BORTOLUCCI, G., «Rivendita Romana», en *Studi Perozzi*, p. 289, y LEVY, reseña de los *Studi in onore di Silvio Perozzi ZS*, 46 (1926), p. 418. Advierte, sin embargo, LITEWSKI (*op. cit.*, p. 226) sobre la alteración del término *iudex* en C. 8.16.7, citando como texto original el contenido en C. Th. 2.30.1 que refiere la competencia a los *rectores provinciarum*.

³⁵ Como escribe D'ORS (*DPR*, par. 126, n. 1), recogiendo un sentir muy generalizado entre los estudiosos: «El estudio de la *cognitio* es muy interesante, y se ofrece en la actualidad como un campo activo de investigación; pero no interesa especialmente para la comprensión del derecho clásico».

plendor doctrinal de un sistema procesal, ya languideciente y casi inviable, que había servido de cimiento al desarrollo del Derecho clásico, el mejor exponente de la *libertas* republicana. Del mismo modo, los estudiosos, devotos de aquella *libertas*, que con harta frecuencia, debió ser más un *desideratum* que una realidad, han tendido a considerar al proceso cognitorio como una rama deforme crecida en el robusto tronco de la experiencia jurídica romana³⁶.

La falta de atención de la romanística hacia el procedimiento cognitorio se hace mucho más patente en lo que se refiere al *pignus in causa iudicati captum*. Los manuales de Derecho romano suelen dedicarle muy poco espacio, en la parte referente al proceso. Los tratados de Derecho procesal romano, lógicamente, lo hacen con un detenimiento algo mayor, pero con suma brevedad. El «clásico», y todavía utilísimo, *Der römische Zivilprozess*, de BETHMANN y HOLLWEG³⁷, consagra a su estudio cuatro páginas, 693-697, en el par. 115, I) del tomo II; el completísimo *Das römische Zivilprozessrecht (ZPR)*, de KASER³⁸, tan sólo le dedica unas líneas en el par. 76, II, 2, pp. 512-514.

Las monografías sobre el tema son muy escasas. Tan sólo dos lo tratan con profundidad, las de FLEISCHMANN³⁹ y LITEWSKI⁴⁰, y otra, la de VON DER

³⁶ Si el desprecio de los romanistas hacia el proceso cognitorio resulta bastante explicable, no es, en cambio, tan justificable. La *cognitio* conoció en Roma una vigencia temporal de casi cinco centurias. Su configuración y desarrollo se produjeron, en una primera etapa, a través de rescriptos imperiales que, como sabemos, eran redactados por los propios jurisconsultos de la Cancillería, cuyo nivel técnico era indiscutible. Finalmente, la persistencia histórica de este esquema procesal, hasta nuestros días, lo hace merecedor de una mayor atención.

³⁷ Bonn, Adolph Marcus, 1865, manejamos la reimpresión facsímil (con tipografía gótica) de Scientia Aalen, 1959.

³⁸ Manejamos la 2.^a ed. revisada por HACKL, K., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996.

³⁹ Max FLEISCHMANN nació en 1872 en la entonces ciudad alemana de Breslau, donde estudió. Discípulo de WLASSAK, fue profesor en las Universidades alemanas de Königsberg y Halle, en la que fue rector. En 1936 fue retirado por su origen judío. En 1943 se suicidó cuando la Gestapo pretendía detenerlo. Trabajó sobre diversas ramas jurídicas como Derecho romano, canónico, historia del Derecho alemán y Derecho público. En 1896 publicó un libro en Breslau (hoy Wrocław, Polonia), de 102 páginas, titulado *Das pignus in causa iudicati captum. Eine civilistische Studie*. En su prólogo cita algunos escasos trabajos de los siglos XVIII y XIX que trataban, más o menos directamente, de esta cuestión. Curiosamente señala que los autores sobre el derecho de prenda habían tratado a este instituto como un «hijastro» y pretendían atribuirlo a los procesalistas. Pese a tener ya más de un siglo, citar las fuentes a la manera antigua, y seguir una metodología preferentemente dogmática, heredada de la Pandectística, sin apenas crítica de textos, la obra de FLEISCHMANN es de muy alto valor para el estudio del *pignus captum*, pues lo aborda de manera sistemática y con claridad expositiva.

⁴⁰ Wieslaw LITEWSKI (1933-2004), de nacionalidad polaca, fue, desde 1983, profesor en la Universidad Jagieloniana de Krakovia. Además del Derecho romano, cultivó la Historia del Derecho de Polonia. En 1974, publicó en el núm. 40 de *SDHI* (pp. 205-302) un trabajo en alemán de 97 páginas, titulado *Pignus in causa iudicati captum* que sigue, en gran medida, el esquema de FLEISCHMANN, completándolo con aportaciones de fuentes y doctrina, y apartándose, en algunos

FECHT⁴¹, lo analiza más incidentalmente. En la doctrina patria hay un trabajo dedicado a esta institución jurídica, poco conocido, y jamás citado: el artículo que publicó, en 1949, en los *Anales de la Universidad Hispalense*, núm. III, año X, el catedrático de Derecho romano, y después de Derecho procesal, Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, bajo el título *Bosquejo del «pignus in causa iudicati captum» (Una forma romana de ejecución procesal forzososa)*⁴².

El último trabajo que hemos podido conocer es el publicado en formato electrónico por Alexey RUDAKOV, en Berkeley (Estados Unidos), en 2011, titulado *Pignus in causa iudicati captum and Execution of Judgement according to Post-classical Roman Law*⁴³.

Entre los aspectos concretos de la prenda judicial, quizá el que suscitó mayor polémica es el relativo a la venta de los objetos embargados, cuestión a la que dedicaron especial atención, en la doctrina italiana del pasado siglo BARTOLUCCI⁴⁴, SANFILIPPO⁴⁵ y TALAMANCA⁴⁶.

Para las demás cuestiones puntuales, y dada la proximidad entre la prenda convencional y el *pignus captum* hemos utilizado la bibliografía referente a la primera, entre la cual es un «clásico» el segundo volumen de la obra *Le garanzie delle obbligazioni (Corso de diritto romano)*, de Paolo FREZZA, consagrado a las garantías reales⁴⁷.

puntos, de las opiniones de éste. Al año siguiente (1975) fue publicado en Varsovia-Kracovia, por Scient. de Pologne como monografía con el mismo título.

⁴¹ Wolf-Rüdiger VON DER FECHT (n. 1966) es abogado en Düsseldorf. En 1999 publicó una monografía de 184 páginas, fruto de su tesis doctoral leída en Colonia en 1996 bajo la dirección del profesor WACKE, bajo el título *Die forderungspfändung im römischen Recht*, subtitulada *Der Vollstreckungszugriff auf Forderung im Rahmen des pignus in causa iudicati captum und des Fiskalrechts der römischen Kaiserzeit*. Aunque el autor centra su atención en la pignoración de créditos, ofrece un panorama del *pignus in causa iudicati captum* y, sobre todo, de las relaciones entre la prenda judicial y el embargo de bienes a los contribuyentes por impago de impuestos.

⁴² Después recogido en sus *Estudios Jurídicos*, Universidad de Sevilla, 1978, pp. 407-424. Se trata de un artículo que en sólo 17 páginas realiza, con precisión, una exposición sintética del *pignus in causa iudicati captum*, apuntando, de manera muy elemental, la gran mayoría de las cuestiones que suscita, y recogiendo, de manera muy resumida, las citas bibliográficas disponibles en su época, aunque es consciente de que se trata de un mero bosquejo, termina diciendo (p. 424): «Pero no con todo lo expuesto se agotan, sin embargo, los problemas que esta forma de ejecución procesal pudo plantear».

⁴³ http://works.bepress.com/alexey_rudakov. Se trata de un breve escrito, de 10 páginas, sin división por epígrafes, donde identifica el *pignus in causa iudicati captum* con la arcaica *pignoris capio*, ofreciendo unas pinceladas sobre los textos referidos al tema, con alguna escasa referencia bibliográfica, especialmente de la obra de VON DER FECHT, a quien cita por su nombre de pila, Wolf-Rüdiger.

⁴⁴ BORTOLUCCI, G., «Rivendita romana?», en *Studi Perozzi*, pp. 289 y ss. Palermo, 1925.

⁴⁵ SANFILIPPO, C., «Sull'ammisibilità della vendita del "pignus in causa iudicati captum"», en *Studi Riccobono* 2, Palermo, 1936, p. 525.

⁴⁶ TALAMANCA, M., s. v. «Auctio», en *NNDI*, y «La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano», en *Studi De Francisci* 2, Napoli, Giuffrè, pp. 239-272.

⁴⁷ Padova, Dott. Antonio Milani, 1963.

CAPÍTULO I

POSIBLES PRECEDENTES DEL *PIGNUS IN CAUSA IUDICATI CAPTUM*

No tenemos datos sobre qué instituciones jurídicas previas tuvieron en cuenta los redactores del rescripto de Antonino Pío, referido por Ulpiano en D. 42.1.15 y Calístrato D. 42.1.31, en el cual se estableció el *pignus in causa iudicati captum* como mecanismo de ejecución de sentencias. Pero es fácil sospechar que los posibles precedentes pudieron ser la arcaica *legis actio per pignoris capionem*, las *missiones in possessionem* pretorias y también el *pignus* convencional. Las dos primeras instituciones tenían en común con el nuevo procedimiento el tratarse de actos de *imperium* en los que el poder público tomaba coactivamente en prenda bienes de un deudor para asegurar el cumplimiento de su obligación. Pero el *pignus in causa iudicati captum* no dejaba de ser una prenda, aunque en su constitución se prescindiera del consentimiento y era inevitable que los jurisconsultos lo tomaran en consideración a la hora de desarrollar la casuística del nuevo mecanismo ejecutivo.

I. LA *LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM*

La utilización de la prenda, para compeler al pago al condenado recalitrante, no era, ni mucho menos, algo nuevo en Derecho romano. En este punto es preciso aludir a la *legis actio per pignoris capionem*¹, es decir, la

¹ Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1967, pp. 26-36; STEINWENTER, A., voz «Pignoris capio», en PAULY-WISOWA, *Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart 1894-1980, t. XX, pp. 177 y ss.; LUZZATTO, *Procedura civile romana II*, Bologna, 1948, pp. 78 y ss.; MURGA, J. L., *Derecho Romano Clásico: II El Proceso*, Universidad

«acción de la ley» mediante toma de prenda, un recurso propio de la época arcaica, del que nos habla Gayo², aunque de forma poco explícita, diciendo que tenía lugar en unos casos establecidos por la ley y en otros por las costumbres³.

La *legis actio per pignoris capionem* desapareció pronto⁴ y nos quedan muchos aspectos por conocer sobre ella. De entre las muchas cosas que desconocemos de esta «toma de prenda», autorizada por la ley, está el destino de la prenda. En teoría caben dos posibilidades, o bien, se hacía propietario el acreedor del objeto empeñado, una vez transcurrido el plazo para el cumplimiento de la obligación, o bien quedaba autorizado a venderlo.

Pese a la insuficiencia de la descripción gayana podemos entresacar de ella algún dato que resulta sugerente para el presente estudio, como es su vinculación a la esfera pública, es decir, su acusado matiz administrativo. Aunque se trataba de un expediente que hacía nacer un *pignus*, una relación jurídico-privada, la *pignoris capio* arcaica nació para compeler a los deudores al pago de unas deudas cuyo cumplimiento trascendía de la esfera particular e interesaba mucho a la colectividad⁵. Así, el pago de las soldadas

de Zaragoza, 1980, pp. 151 y ss. ALBANESE B., «Riflessioni in tema di “legis actiones”», *Studi Volterra* 2, Milano, 1971, pp. 163-216. GÓMEZ GARZAS, J., «La *pignoris capio* como precedente de la institución pignoratícia comisoría en Roma», en *Revista General de Derecho Romano*, ISSN 1697-3046, 15 (2010). Una amplia reseña bibliográfica se encuentra en las notas de KASER *ZPR*, par. 21.

² *Gai.* 4.12 la enuncia junto con las *legis actiones per sacramentum, per iudicis postulationem, per condicionem y per manus iniectionem* y también en 4.31. La descripción gayana de la originaria *legis actio per pignoris capionem*, nos muestra un estadio intermedio en el tránsito de la autotutela, propia de los pueblos primitivos, al sistema procesal de monopolio estatal: un acreedor, estaba autorizado a tomar por sí mismo, violentamente, un objeto del deudor como garantía del pago de la deuda, del mismo modo que con la *manus iniectio* arcaica podía apoderarse del deudor que no cumplía. Para VON DER FECHT, p. 38, se confirma el carácter de autotutela por el hecho de que no se concediera audiencia al deudor: «*Es handelte sich also bei der legis actio per pignoris capionem offenbar um einem Akt legalisierter Selbsthilfe. Unterstützt wird diese Vermutung durch die Tatsache, dass für die Pfandnahme dem Schuldner ausnahmsweise kein rechtliches Gehör gewährt werden musste*».

³ *Gai.* 4.26: «*Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege*».

⁴ Para KASER, *ZPR*, par. 21 II, n. 8, «*aber mit der lex Aebutia hat die pignoris capio nichts zu tun*», y al final del par. concluye: «*Die private legis actio per pignoris capionem ist offenbar in der späten Republik verschwunden*».

⁵ Aunque se realizase, en algunos casos, mediante una actividad privada, su carácter de acto de autoridad es evidente. KASER, *ZPR*, par. 21 II, «*[...] dass die pignoris capio, die sonst ein obrigkeitliche Akt ist, in diese Fällen ausnahmsweise Privaten eingeräumt war*». En la n. 9 cita bibliografía sobre el carácter iuspublicista (*öffentlichrechtlichen*) de la *pignoris capio*. Es curioso señalar la escasa atención que, en 1864, prestaba BETHMANN-HOLLWEG a esta institución en su, todavía hoy, interesante *Der römische Civilprozess* (ed. facsímil de Scientia Verlag, 1959). La única referencia en el t. I (*Legis actiones*) la hallamos en la n. 29 del par. 30 (p. 95), cuando afirma que la *pignoris capio* aparece normalmente como un «atemperado medio de exigencia previo», y no una ejecución de la *multae dictio*, tal como el propio autor confiesa haber aceptado en otro tiempo («*Die pignoris capio erscheint regelmässig als “vorausgehendes milderes Zwangsmittel” nicht, wie ich früher annahm, als Vollstreckung der multae dictio*»).

a los militares, y el reembolso a éstos de los gastos realizados para la adquisición y mantenimiento del caballo, el pago de las víctimas de los sacrificios religiosos o del dinero de alquileres de bestias, destinados a este fin, y, en general, el pago de impuestos y exacciones públicas a los recaudadores. Quizás no sea casual que, cuando el procedimiento cognitorio sustituyó la base convencional, predominantemente jurídico-privada, del proceso formulario por una perspectiva publicística y administrativa, fuese cuando se desenterró la vieja figura del *pignus* judicial para forzar al cumplimiento de un *iudicatum* pronunciado en el ejercicio de una jurisdicción delegada por el emperador. Conviene no olvidar que los funcionarios imperiales que conocían los procesos a través de la *cognitio*, desempeñaban, además de estas funciones judiciales, otras de carácter político y administrativo, lo que, por cierto, perduró hasta los inicios de la Edad Contemporánea, cuando el Estado liberal, surgido de la Revolución Francesa consagró los dogmas de la «separación de poderes» y la «independencia del Poder Judicial».

Naturalmente, las diferencias entre la arcaica *legis actio per pignoris capionem*, en la limitada medida en que lo podemos conocer, y el *pignus in causa iudicati captum* del proceso cognitorio, son evidentes. Mas estas diferencias no nos pueden llevar a negar que, de algún modo, la idea directriz que guió la regulación de la primera influyese en la adopción del segundo, como hace LITEWSKI, cuando descarta la existencia de una «relación genética» entre ambas instituciones. Es evidente que se presenta una identidad en el mecanismo de garantía entre ambas instituciones, y el mismo autor, tras haber formulado una rotunda negativa a la relación entre ellas⁶, acepta que, sin embargo, hay similitudes de peso entre ambas, pero también importantes diferencias⁷, de donde rechaza que haya que buscar el origen del *pignus in causa iudicati captum* en la *legis actio per pignoris capionem*⁸, señalando, a continuación, como importante diferencia, lo que es por lo demás evidente: que en la *legis actio* no era realizada la toma de prenda por un órgano del poder estatal, mientras que en el *pignus in causa iudicati captum* este elemento jugaba un papel decisivo⁹: continua subrayando que, en el *pignus* cognitorio era una característica esencial la de estar dirigida a la satisfacción del acreedor, mediante la venta¹⁰. En el párrafo si-

⁶ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 215: «Trotz der terminologischen Verwandtschaft, die zwischen die früheren *legis actio per pignoris capionem* und dem *pignus in causa iudicati captum* bestand, kann keine genetische Verbindung zwischen ihnen angenommen werden».

⁷ *Ibid.* «Zwischen beiden Rechtsinstitutionen treten zwar gewisse Ähnlichkeiten auf, aber es bestanden auch sehr wichtige Unterschiede».

⁸ *Ibid.* «Sie scheinen die Annahme der these auszuschliessen, dass die Genesis des *pignus in causa iudicati captum* in der *legis actio per pignoris capionem* zu suchen sei».

⁹ *Ibid.* «Vor allem wurde das letztere nicht von einem Organ der Satatsgewalt vollzogen. Beim *pignus in causa iudicati captum* spielte dieses Elemente in Entscheidende Rolle».

¹⁰ *Ibid.* «Ein wesentliches Kennzeichen unserer Institution war ausserdem dass sie zu einer Befriedigung des Gläubigers, vor allem auf dem Verkaufswege führen sollte». En el mismo sentido, VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 51.

guiente, recapitula LITEWSKI su dubitativa argumentación, subrayando las similitudes y las divergencias.

FLEISCHMANN, sin embargo, mantuvo abiertamente la relación entre *legis actio per pignoris capionem* y *pignus in causa iudicati captum* basándose, no sólo en la similitud de la denominación, sino en el hecho de que, en la época en que se introdujo el segundo, todavía se aplicaba la vieja *legis actio* a ciertos casos concretos, aunque adaptada a su tiempo, y, concluye afirmando que Antonino Pío apenas silenció esta circunstancia, pero la relacionó con la nueva figura¹¹.

Nos parece una discusión estéril la de si la *legis actio per pignoris capionem* es, o no, el precedente del *pignus in causa iudicati captum*. La descripción de las indudables similitudes y también de las notables diferencias entre una y otra institución, tanto puede servir para fundamentar una posición como la contraria. Las circunstancias sociales que se daban entre la época arcaica y la clásica tardía eran, sin duda, bien diferentes, pero el recurso a la toma de prenda para coaccionar al deudor a pagar el importe de la condena tiene el mismo fundamento en ambos casos¹². Sobre todo, jamás podremos saber si los juristas que inspiraron a Antonino Pío el rescripto que estableció el *pignus in causa iudicati captum* tenían en la mente el recuerdo de la vieja *legis actio per pignoris capionem* y trataron, en cierto modo, de hacerla revivir, o bien pretendieron crear *ex novo* un mecanismo ejecutivo que, en algún aspecto, nos parezca que tiene ciertas coincidencias con un pasado remoto¹³.

II. LAS MISSIONES IN POSSESSIONEM PRETORIAS

Otra institución jurídica romana, mucho más próxima en el tiempo que la antañona *legis actio per pignoris capionem*, y que quizá pudo servir de precedente para la introducción del *pignus in causa iudicati captum* era la *missio in possessionem*¹⁴. Ciertos embargos preventivos, o *missiones in pos-*

¹¹ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 8: «Das Namentliche Gleichkang des neuen Instituts mit der *legis actio per pignoris capionem* in Verbindung mit der Umstände, dass diese zur Zeit der Einführung des *pignus in causa iudicati captum* für einzelne Falle noch in Übung stand, legen für den ersten Blick einem Zusammenhang der Reform des Antoninus Pius mit jenem älteren Rechtsinstitute nahe. [...] Jenen Gründe lässt sich noch hinzufügen, dass nur um eine zeitgemässe Umgestaltung der *legis actio* gehandelt hätte, Antoninus Pius diesen Umstand kaum verschwiegen, sonder an ihn angeknüpft haben würde».

¹² VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 52: «Wahrscheinlicher ist dagegen, dass *pignus in causam iudicatum captum* auf die *pignoris capio* zurückgeht».

¹³ Vid. GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, F., «Bosquejo del “*pignus in causa iudicati captum*” (una forma romana de ejecución procesal forzosa)», en *Estudios Jurídicos*, Sevilla, 1978, p. 410.

¹⁴ VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 53, siguiendo a FLEISCHMANN: «Denn scheinbar hatten auch die Regeln zur *missio in bona Einfluss* auf die Gestalt der neuen Art der Einzelzwangsvollstreckung; sie hat mir ihr das Fristerfordernis gemeinsam».

*sessionem*¹⁵ ordenadas por el pretor en la época de vigencia del procedimiento formulario, aunque fuera del proceso propiamente dicho (actos *magis imperii quam iurisdictionis*), que no requerían de un previo *iudicatum* y se acercaban bastante, en sus efectos, a los *pignora*¹⁶. Mediante ellas podían los magistrados republicanos tomar coactivamente bienes de los particulares reteniéndolos para que quedasen asegurados ciertos derechos cuya conculcación podía acarrear consecuencias irreversibles.

1. Similitudes entre las *missiones in possessionem* pretorias y el *pignus in causa iudicati captum*

Una toma de bienes por el magistrado, para asegurar el cumplimiento de obligaciones futuras se asemejaba, evidentemente, a una prenda, no constituida convencionalmente sino «tomada» coactivamente por quien ostentaba el poder. Es cierto que no todas las *missiones in possessionem* pretorias conducían a la venta para satisfacción pecuniaria de solicitante, pero tampoco la prenda convencional llevaba consigo en sus orígenes el *ius vendendi*. Las *missiones in possessionem* eran distintas del nuevo *pignus captum* que estableció Antonino Pío para la ejecución de condenas pecuniarias, pero se aproximaban bastante a él¹⁷. Conviene señalar cómo algunos textos en

¹⁵ Había varios tipos de *missiones in possessionem*. La *missio in possessionem rei servandae causa*, también llamada *missio in bona*, se daba en caso de indefensión y tenía carácter definitivo, cuando el demandado se sustraía dolosamente a la citación o a la comparecencia, pero podía ser meramente preventiva en caso de ausencia. También se decretaba una *missio in bona* definitiva en la ejecución forzosa de la sentencia. La *missio in possessionem legatorum servandorum causa* la decretaba el Pretor contra el heredero gravado con un legado damnatorio condicional o a término, que no prestaba la caución exigida a petición del legatario para asegurar el eventual pago del legado (D. 36.4, donde la extiende a los fideicomisos: «*Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat*»). La *missio in possessionem ventris nomine* se daba a la madre del *nasciturus* para salvaguardar los derechos de éste, en caso de que llegase a nacer. Finalmente la *missio in possessionem damni infecti nomine* se daba a favor de quien se sentía amenazado por una obra o un posible derrumbamiento en la finca vecina cuyo propietario se negaba a dar caución de indemnizar el daño temido en caso de que se produjera (D. 39.2). Vid. D'ORS, *DPR* (1989), par. 92. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess* (1865), t. II, par. 120, pp. 735-739. BETANCOURT, F. «La defensa pretoria del *missus in possessionem*», en *AHDE* (1982), p. 373.

¹⁶ Así sucedía con la *missio in possessionem* o *missio in bona rei servandae causa* que se dictaba en caso de ejecución, tras la *cessio bonorum* del condenado o mediante un decreto infamante de *proscriptio*, si no había existido cooperación por parte del ejecutado. Vid. BETANCOURT, F., *op. cit.*

¹⁷ BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, p. 739, admite que las *missiones in possessionem* eran un *Pretorische Pfandrecht an dem Gegenstand des Besitzes*. KASER, *ZPR*, par. 57.1, considera creíble que ya los clásicos hubiesen comparado la *missio in possessionem* con un derecho de prenda: «*Das schon die Klassiker sie mit einem Pfandrechr vergleichen haben, ist glaubhaft*». Pero en la n. 45, colocada al final de la frase transcrita, apunta que los lugares en que aparece un *pignus praetorium* del *missus in possessionem* están influidos por la *cognitio*: «*Die Stellen mit dem pignus praetorium des in possessionem missus sind wohl von Kognition beeinflusst*», citando abundante bibliografía.

los que se habla de *pignora capta* por el magistrado se refieren a estas *missiones in possessionem*.

Un fragmento ulpiano, 35 *ad ed.* D. 27.9.3.1 caracteriza como *pignora capta* las tradicionales *missiones in possessionem* pretorias. Comienza con una amplia formulación enunciativa afirmando que el fundo pupilar puede ser tomado en prenda y vendido por mandato del magistrado o del presidente o de otro poder, quizás el de los magistrados municipales (*vid.* KASER, *ZPR*, par. 76, n. 17, lo sigue LITEWSKI, *op. cit.*, p. 238): «*Pignori tamen capi iussu magistratus vel praesidis vel alterius potestatis et distrahi fundus pupillaris potest [...]*». Pero, añade, también puede ser alguien puesto por el pretor en posesión de las cosas pupilares y, esto es lo que más nos interesa en este punto de la argumentación, «se establece un derecho de prenda»:

«*[...] sed et in possessionem mitti rerum pupillarum a praetore quis potest et ius pignoris contrahitur; [...]*».

El fragmento continua precisando que esta orden de poner a otro en posesión de los bienes del pupilo puede darse para conservar los legados o para prevenir un daño temido:

«*[...] sive legatorum servandorum causa sive damni infecti, ut procedat, iuberi etiam possideri poterit: [...]*».

Finalmente, remata explicando el fundamento de esta posibilidad de trabar bienes pupilares: porque estos gravámenes o enajenaciones tienen lugar no por voluntad del tutor¹⁸ o del curador sino por la autoridad del magistrado:

«*[...] hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex magistratum auctoritate*».

Ulp. 3 disp. D. 13.7.26pr.-1 también equipara la *missio in possessionem* del magistrado con el *pignus*. Comienza el pr., diciendo que no es sorprendente que se constituya una prenda, si, por cualquier causa, pusiere el magistrado en posesión a alguien, puesto que también por testamento puede ser establecida la prenda y así lo estableció muy repetidamente por rescripto «nuestro emperador con su padre»¹⁹:

«*Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit*».

¹⁸ Sobre las prohibiciones a los tutores de enajenar bienes de los pupilos, *vid.* VARELA MATEOS, E., *De contutoribus (Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho Romano)*, Madrid, Univ. Autónoma, 1979, p. 110, n. 9.

¹⁹ Es decir, Caracalla y Septimio Severo.

El par. 1 aclara tajantemente que la prenda constituida por orden del magistrado sólo puede establecerse mediante la puesta en posesión.

«*Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem*».

Marc. lib. sing. ad form. hypoth. D. 42.5.35 establece una distinción respecto al que ha sido *missus in possessionem* de los bienes de un deudor ausente «por causa de la república», es decir, en viaje oficial, según que la ausencia se hubiese producido o no con dolo malo. Si la ausencia fue dolosa, es decir, si el deudor buscó ausentarse en viaje oficial, para no pagar su deuda, estaba el acreedor en posesión con arreglo a derecho, hasta que se le pagara por completo, lo cual se aproxima, evidentemente, a una prenda, aunque, al parecer, con puro efecto coactivo²⁰:

«*Eum, qui in possessionem missus sit eius, qui rei publicae causa afuit, si apparuerit eum dolo malo rei publicae causa abesse, iure in possessione esse placet, donec solidum solvatur: [...]*».

Por el contrario, si la ausencia por causa de la república no fue por dolo malo, no se contraía la prenda y debía el *missus*, por lo tanto, apartarse de la posesión:

«*[...] eum autem, qui rerum eius, qui sine dolo malo rei publicae causa afuit, in possessionem missus sit, pignus non contrahere et ideo discedere oportere de possessione*».

Pap. 10 resp. D. 41.4.12 afirma que, habiendo sido *missus in possessionem* un legatario, se usucapirán las cosas *pro emptore*, quedando a salvo la causa de la «prenda pretoria», siendo éste el único texto que lo denomina así abiertamente²¹:

«*Misso legatario in possessionem res pro emptore usucapiuntur salva praetorii pignoris causa*».

Como es habitual, la lacónica expresión de Papiniano hace que el texto no sea fácil de interpretar. Aventuramos que la explicación del fragmento podría ser la siguiente. 1) Había un heredero gravado con un legado damnatorio condicional o a término, que no prestó la caución exigida por el pretor, a petición del legatario, para asegurar el eventual pago del legado. 2) El pretor decretó la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* sobre los bienes hereditarios que estaban en poder del heredero gravado.

²⁰ Vid. LEPRI, M., *Note sulla natura giuridica delle «Missiones in possessionem»*, Firenze, 1939.

²¹ Vid. SOLAZZI, S., «Il “pignus praetorium” in D. 41.4.12», en *SDHI* 22 (1956), pp. 339-341.

3) El heredero gravado, en lugar de entregar los bienes al legatario, los vendió a un tercero. 4) El tercero comprador podía adquirir las cosas por usucapión, pero quedaría a salvo la «prenda» que recaía sobre ellos, es decir que si se cumpliera la condición o al vencer el término impuesto, tendría que pagar el legado.

También en las constituciones imperiales podemos encontrar algún testimonio de esta aproximación entre *pignus in causa iudicati captum* y *missiones in possessionem* pretorias.

En C. 6.54.3 (*Sev. Ant.* 196)²², responden los emperadores a *Symphorus* que, si después de que se le hubiese puesto en posesión por causa de la conservación de un legado o un fideicomiso, obligó el heredero con prenda los bienes o los vendió, es evidente que prevalecería su causa, porque los tuvo como prenda por Derecho pretorio.

«Si postquam servandi legati seu fideicommissi gratia in possessionem inductus es, pignoris obligatio aut venditio ab herede intervenit, praecedere causam tuam, quam iure praetorio velut pignus habuisti, manifestum est».

2. Colisión entre *pignus in causa iudicati captum* y *missio in possessionem*

En C. 8.17.2 (*Ant.* 212) relata Caracalla un complicado supuesto en el que entran en colisión una puesta en posesión ordenada por el pretor fideicomisario y una prenda tomada por un juez en ejecución de sentencia. El decreto del *praetor fideicommissarius* puso al consultante en posesión de un fundo hereditario para conservar un fideicomiso condicional (*rei servandae gratia*), pero este bien fue ocupado por su adversario en cumplimiento de un *pignus in causa iudicati* constituido por «orden de aquel que en Derecho ejecutaba la sentencia» ([...] *iussu eius, qui iure sententiam exsequebatur [...]*)²³. Hay que pensar que un tercero, acreedor del heredero fiduciario, obtuvo una sentencia condenatoria contra éste y, no habiendo sido cumplida voluntariamente, consiguió que el juez decretase el embargo sobre el fundo hereditario. El emperador decide que prevalece el consultante por prioridad temporal, porque cuando ambas partes discuten sobre prendas rige la regla general, *prior tempore potior in iure* y prevalece el que la adquirió antes en el tiempo. Es evidente que para la Cancillería imperial ambos gravámenes, el pretorio y el judicial, eran *pignora*:

²² Vid. WAGNER, H., *Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Böhlau, Köln/Wien, 1974, cap. IV.

²³ ARCARIA, F., «Missio in possessionem e cognitio fedecommissaria», en *BIDR* 89 (1986), pp. 245-304.

«*Si decreto praetoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi condicionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causa iudicati eiusdem fundi pignus occupavit iussu eius, qui iure sententiam exsequebatur, tempore potiores estis. nam cum de pignore utraque pars contendat, praevalet iure, qui praevenit tempore*».

Conviene señalar la colisión entre un remedio pretorio extrajudicial (*magis imperii quam iurisdictionis*) desarrollado como complemento del *ordo* formulario, y una ejecución propia del sistema cognitorio. Aunque el fragmento emplea una fórmula general y un tanto ambigua para designar al órgano que decretó el *pignus* ejecutivo, es lógico pensar que se trataría de un funcionario imperial, a menos que ya en el sistema *per formulas* se hubiese utilizado en la ejecución el recurso de la toma de prenda, a partir de rescripto de Antonino Pío, lo cual no parece demasiado probable ya que el *pignus in causa iudicati captum* parece un acto de *imperium* del que carecía el *iudex privatus*. En todo caso, y es quizás el dato que más nos interesa ahora, el texto decide una equiparación entre la *missio in possessionem* y el *pignus in causa iudicati captum*²⁴.

3. El *pignus praetorium* justiniano

Es posible que las *missiones in possessionem* ordenadas por los pretores en Roma fuesen desapareciendo, pero estos antiguos remedios pretorios estarían probablemente asumidos por los funcionarios de la *cognitio*, aunque los juristas seguirían, como en tantos otros casos, empleando la nomenclatura tradicional, que les servía para marcar la diferencia entre un modo de ejecutar la sentencia y un remedio para el aseguramiento provisional de los derechos. Es precisamente el «clasicismo» justiniano el que mantiene el reconocimiento abierto de una «prenda pretoria», en la rúbrica de C. 8.21, *De praetorio pignore et ut in actionibus etiam debitorum missio praetorii pignoris procedat*. El título recoge dos constituciones justinianas. La primera, del año 529 (C. 8.21.1) extiende la «prenda pretoria» no sólo a los muebles e inmuebles, sino también a las acciones que le competen al deudor, es decir las que el deudor podía ejercitar contra terceros²⁵. La segunda, del 530 (C. 8.21.2) distingue, en el pr., resolviendo una duda de los *veteres*, entre dos clases de hipoteca, la constituida convencionalmente y la concedida por el juez, que se llama «pretoria»²⁶. En el par. 1 extiende la acción

²⁴ LEPRI, M., *Note sulla natura giuridica della «Missiones in possessionem»*, Firenze, 1939.

²⁵ C. 8.21.1 (Just. 529): «*Si praetorium pignus quicumque iudices dandum alicui perspexerint, non solum super rebus mobilibus et immobilibus et se moventibus, sed etiam super actionibus quae debitori competunt praecipimus hoc eis licere decernere*».

²⁶ C. 8.21.2pr. (Just. 530): «*Veteris iuris dubitationem decedentes ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur*».

real de la prenda y la hipoteca convencionales a la prenda pretoria, para que el acreedor pudiera recuperar la cosa cuando, por cualquier causa, no la tuviese en su poder²⁷, y termina, en el par. 2 afirmando que, aunque el acreedor debía conservar la prenda para no sufrir perjuicio, sin embargo se interpreta como más benigno concederle esta acción²⁸.

Es evidente que las alusiones pretorias en boca de los juristas de la Cancillería bizantina, son meramente decorativas; un respetuoso tributo a la tradición y un deseo de manifestar, mediante las palabras, la continuidad del imperio justiniano con la tradición republicana de Roma. Pero cabe preguntarse a qué se refería Justiniano al hablar de esta «prenda pretoria dada por los jueces», que aparece en un título independiente del *Codex* (8.21) inmediatamente antes del dedicado al *pignus in causa iudicati captum* (C. 8.22). Se podría interpretar que se trataba de embargos provisionales o preventivos, que no derivaban de una sentencia condenatoria, ni conducían directamente a la ejecución sino a la salvaguarda de derechos, en suma que equivalían a las antiguas *missiones in possessionem* pretorias, pero que desde hacía mucho tiempo eran concedidas por los jueces del procedimiento cognitorio.

III. PIGNUS CONVENCIONAL

Además del viejo precedente de la *legis actio per pignoris capionem* y del, más moderno, de las *missiones in possessionem* pretorias, es preciso aludir a las garantías reales convencionales²⁹, que habían alcanzado un gran desarrollo en el mundo romano, cuando apareció la figura que estudiamos.

Es evidente, y la propia denominación lo indica, que a la hora de introducirla recurrieron los juristas de la Cancillería al tradicional recurso de la transposición de institutos jurídicos. Un procedimiento de ejecución de sentencias recaídas en la *extraordinaria cognitio*, y que desplazaba a la *actio iudicati* del *ordo* formulario, estableciendo la expropiación y venta forzosa de bienes del ejecutado, tenía innegables similitudes con el *pignus* convencional³⁰. La única diferencia sustantiva entre ambos institutos era la ausencia de voluntad del ejecutado en el caso del embargo, que se constituía sin

²⁷ C. 8.21.2.1: «*Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adiuvari, sed etiam si ab eo cadat, sive sua culpa sive non sive fortuito casu, humanius esse perspeximus et in praetorio pignore dare recuperationem creditori, quocumque modo possessionem amittat, sive culpa sua sive non sive fortuito casu.*»

²⁸ C. 8.21.2.2: «*Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur iacturam, tamen, ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius causam interpretamur et ei recuperationem donamus.*»

²⁹ Una visión sintética, pero muy completa y sistemática, de las garantías reales en Derecho romano, se puede hallar en PANERO, R., *Derecho romano, op. cit.*, pp. 457-474, y más desarrollada en *Formación de los conceptos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 469-480.

³⁰ Aún hoy día, el embargo se denomina «*penhora*» en portugués.

su consentimiento. El embargo era una prenda en la que la voluntad del pignorante se sustituía por el *imperium* del funcionario judicial, cuyo poder público derivaba del emperador por delegación, del mismo modo que la subasta era una venta forzosa, no consentida por el vendedor³¹.

Debió haber discusiones entre los jurisconsultos clásicos sobre si el *pignus* convencional y el judicial eran dos instituciones diferentes, aunque no tenemos noticia de la polémica. Se hace eco de ello Justiniano en C. 8.21.2pr., del 530, ya citado, donde, refiriéndose a la hipoteca, que era una forma de *pignus* sin desplazamiento posesorio, resuelve, decidiendo la duda de los antiguos, que hay dos géneros: uno que nace por convenciones y pactos de los hombres, y otro que es dado por los jueces, y es llamado «pretorio»³². Aunque el texto mantiene cierta ambigüedad, parece que no afirma que ambas figuras fueran diferentes, sino que las consideraba *genera*, en el sentido de modalidades respecto a la unidad sustancial:

«Veteris iuris dubitationem decidentes ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur.»

Las garantías reales debieron experimentar en Roma una larga evolución, no bien conocida, hasta desarrollar el *pignus* y la *hypotheca* tal como las encontramos en las fuentes.

Los orígenes del *pignus* en Roma son oscuros³³. Es posible que la prenda fuese desconocida en los primeros tiempos de Roma. Apuntan JÖRS y KUNKEL³⁴ que, posiblemente, la prenda arcaica se diera en sustitución del pago no realizado (*datio pro solutum*) y no como garantía del mismo. El acreedor había de contentarse con la entrega de la cosa y no estaba obligado a devolver el exceso del valor de la misma (*superfluum*), pero cuando ésta era de menor valor que el crédito, o se destruía o deterioraba, no podía pretender el pago de la diferencia (*reliquum*). Esta atribución de la cosa al acreedor, en el primitivo Derecho romano, reaparece, con diferentes matices, en la *fiducia cum creditore*, en el *pignus* convencional con pacto comisorio,

³¹ Respecto al *pignus in causa iudicati captum*, afirma GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, F., *op. cit.*, p. 409: «La naturaleza especial de este institución jurídica hace posible este doble enfoque en su consideración dogmática, por ser ella construcción jurídica que participa, en parte, de los requisitos y consecuencias de la propia prenda contractual, y ser, de otra, medio hábil para llevar a efecto las decisiones insertas en una sentencia, constituyendo una forma de ejecución forzosa [...]».

³² Aunque la alusión al *pignus praetorium* podría referirse más a la persistencia de las *missiones in possessionem* que al *pignus* ejecutivo *in causa iudicati captum*, creemos que se refiere al *pignus* judicial, ya que era impensable en la época justiniana una actuación del pretor en el curso del proceso.

³³ Vid. KUNKEL, W., «Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrecht», en *ZS* 90 (1973), pp. 150-170.

³⁴ JÖRS y KUNKEL, *op. cit.*, p. 220.

en la *impetratio dominii*, e, incluso, en el *pignus in causa iudicati captum*, cuando no se encontraba comprador idóneo.

Es posible que el término *pignus*, de dudoso origen etimológico³⁵, suryese para designar las cosas aprehendidas por un magistrado en garantía de deudas de carácter público, o en ejecución de las mismas cuando habían sido incumplidas por los ciudadanos (*pignoris capio*)³⁶.

Quizá fuese después del siglo II d.C. cuando el *pignus* se caracterizaría como un *ius in re aliena* de origen pretorio³⁷, y el convenio por cuya virtud se constituía una prenda vendría a configurarse como uno de los contratos llamados «reales» de la clasificación gayano-justiniana³⁸, de los cuales derivaban *actiones in personam*. En el caso del *pignus* había una *actio pigneraticia in factum (directa)*³⁹ personal contra el acreedor que retenía indebidamente la cosa que le fue entregada en garantía del cumplimiento de una obligación una vez extinguida ésta⁴⁰. Posiblemente también hubo

³⁵ La explicación que propone *Gai. 6 ad l. XII Tab. D. 50.16.238.2* («*pignus*” *appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui*») y que los compiladores insertaron en el *tít. de verborum significatione*, es poco convincente, al relacionar *pignus* con «puño», porque las cosas pignoradas se entregan con la mano, de donde deduce que la prenda propiamente se constituye sobre cosas muebles, lo cual, evidentemente no es cierto en Derecho romano. Además, no tiene en cuenta la posibilidad, que ya debió existir en tiempos remotos, de una *traditio* simbólica.

³⁶ GÓMEZ GARZAS, J., *op. cit.*, sostiene que el procedimiento ejecutivo de la *pignoris capio*, de carácter originariamente público y otorgada *ab initio* a favor de ciertos acreedores oficiales «como los militares y los publicanos» pudo influir en la génesis de la institución privada del *pignus*, e incluso pudo dotarle de un determinado carácter comisorio basado en la potestad pública, filtrándose de forma progresiva y paulatina a las relaciones de carácter jurídico privado. La cláusula comisorio, dictada a imagen del procedimiento de la *pignoris capio* de carácter público, resultó una herramienta jurídica idónea para ser empleada en el ámbito civil cuasi-conventional. Este probable trasaso de la *potestas* de derecho público al *ius civile* puede deducirse en la *Lex Portus Asiae*, así como en los conocidos como formularios catonianos, donde se observa la sustancial identidad entre cláusulas públicas y privadas. MORO SERRANO (*op. cit.*, pp. 725 y ss.) cree que el término se creó para designar las cosas aprehendidas por un magistrado en la antigua *legis actio per pignoris capionem* lo que después daría lugar al *pignus* convencional.

³⁷ Así lo mantiene MORO SERRANO, *op. cit.*, p. 725.

³⁸ Aunque tradicionalmente hablamos de clasificación gayano-justiniana, lo cierto es que *Gai. 3.89* señala cuatro tipos de obligaciones derivadas de contrato («*Et prius uideamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re <con>trahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*») pero en el fragmento siguiente (3.90), al referirse a los contratos reales («*Re contrahitur obligatio [...]*»), sólo contempla el mutuo, al que asimila la *indebiti solutio* (3.91). Son las Instituciones justinianas (3.14.4) las que insertan el *pignus* como contrato real junto al mutuo, el comodato y el depósito («*Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur “actione pigneraticia” [...]*»)

³⁹ FREZZA, P., *op. cit.*, pp. 322-325, se plantea si pudo existir una *actio pigneraticia in ius*; tras exponer los argumentos que apoyan la tesis positiva y la negativa, a los que considera no concluyentes, se inclina por la segunda.

⁴⁰ La fórmula, según LENEL, *EP*, p. 255, sería: «*Si paret Am. Am. No. No. rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Nm. Nm. stetisse quo minus solveretur, eamque rem Ao. Ao. redditam non esse, quanti*

una *actio pigneraticia in factum contraria* por la que el acreedor, que no estaba en posesión de la cosa, podía reclamarla al pignorante⁴¹.

La garantía que suponía el *pignus* para el acreedor era, en principio, un simple derecho de retención. El acreedor poseía una *exceptio* frente a cualquier *intentio* del pignorante destinada a recuperar la posesión de la cosa pignorada en tanto no se hubiera cumplido la obligación garantizada, y la sustracción de la misma por el pignorante se configuraba como *furtum possessionis*⁴². Sin embargo fue habitual acompañar el contrato con pactos que reforzaban la posición del acreedor.

Uno de los pactos que fortalecían la posición del acreedor pignoraticio fue el llamado de *lex commissoria*⁴³ por el que se atribuía al acreedor el derecho de quedarse con la cosa pignorada en el caso de no ser pagada la obligación garantizada. Esta cláusula, muy empleada en el Derecho griego, debió ser muy antigua también en Roma. Era muy frecuente en la época clásica, pero, cuando se generalizó el derecho de vender de la cosa pignorada, se puso de manifiesto que podía acarrear un gravísimo perjuicio para el deudor, si el valor de la cosa era muy superior al del crédito que garantizaba y, finalmente, este pacto fue declarado nulo por Constantino⁴⁴.

Más equitativo era el pacto *de vendendo*, conforme al cual el acreedor pignoraticio, expirado el plazo de pago pactado, podía vender la cosa pignorada⁴⁵, cobrándose con el precio y entregando el *superfluum* al pignorante⁴⁶. Este pacto fue considerado elemento «natural» de la hipoteca a partir del siglo II d.C. y el acreedor pignoraticio insatisfecho podía vender la cosa aunque no se hubiese pactado expresamente esta posibilidad⁴⁷. Otros pactos

ea res erit, tantam pecuniam, etc.». Vid. KASER, M., «Studien zum römischem Pfandrecht», en *TR*, 44 (1976), pp. 233-289, y «Studien zum römischem Pfandrecht, II: "actio pigneraticia" und "actio fiduciae" Erster Teil: §§ I-VI», en *TR*, 47 (1979), pp. 195-234. *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli, 1982.

⁴¹ FREZZA, P., *op. cit.*, p. 322, acepta su existencia pero reconoce que «[...] *le fonti non ci consentono di sapere con certezza come fosse redattata la formula della actio pigneraticia contraria*».

⁴² Aparece recogido en *Paul 39 ad ed. D. 47.2.1.3* e *Inst. 4.1.1-2*. Para D'ORS, *DPR*, par. 368, n. 3, esta definición no parece clásica. TORRENT, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, lo denomina *furtum pignoris*.

⁴³ Vid. FREZZA, P., *op. cit.*, pp. 225-230.

⁴⁴ C. 8.34.3 *Const. del 326: pr.: «Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. I: Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt»*. Vid. *Code civile* francés, art. 2078.

⁴⁵ *Ulp. 77 ad ed. D. 47.10.15.32*, citando a Servio, afirma que si alguien anunciase la venta de una prenda, como si le hubiera sido dada, para difamar a otro, comete *iniuria*.

⁴⁶ KASER, *RPR*, par. 11, II,2, remonta este pacto al tiempo de la república temprana: «*Schon in der jüngeren Republik wird regelmässig vereinbart, dass sich der Gläubiger durch Pfandverkauf befriedigen sollte*». En la n. 9 recoge amplia bibliografía.

⁴⁷ KASER, *loc. cit.*, lo refiere al tiempo de los Severos; D'ORS, *DPR*, par. 414, n. 5, señala que, a principios del siglo II d.C. todavía el acreedor pignoraticio que vendía la prenda sin pacto

frecuentes eran el anticrético, por el que el pignorante renunciaba a los frutos de la cosa en pago de los intereses de la deuda, que se declaraban compensados con aquellos⁴⁸, y el comisorio⁴⁹.

Pignus significaba, por tanto, afección real de uno o varios bienes singulares al cumplimiento de una obligación y el término sirvió para designar al propio tiempo lo que hoy llamamos prenda y la hipoteca, cuya diferencia residía exclusivamente en la transferencia o no de la cosa pignorada⁵⁰. No había en Roma, como en nuestro ordenamiento actual, una diferencia entre prenda e hipoteca por razón del objeto⁵¹.

La hipoteca presentaba una doble ventaja económica sobre la prenda posesoria: en primer lugar la posibilidad de que el deudor siguiera gozando del bien pignorado y, por tanto, pudiera hacer frente, con sus rendimientos, al pago de la deuda garantizada, y, en segundo lugar, la posibilidad de constituir sucesivas garantías reales sobre el mismo bien, pues la hipoteca no agotaba las posibilidades crediticias de la cosa⁵², si bien carecía de un sistema de publicidad formal como nuestro actual Registro de la Propiedad, lo que le restaba seguridad jurídica⁵³.

expreso, cometía *furtum*, según *Iav. 15 ex Cass. D. 47.2.74*. Al no ser propietario el acreedor pignoraticio la venta no podía realizarse por *mancipatio* ni *in iure cessio*, por lo que el comprador sólo adquiriría la propiedad bonitaria y, además, sin garantía por evicción (*venta iure pignoris*). *Vid. MORO SERRANO (op. cit., p. 727)*. El art. 1858 del CC español lo considera «de esencia», con una formulación general. Por el contrario, el art. 2070 del CC francés precisa que esta venta sólo se puede hacer solicitando al órgano judicial que la cosa pignorada se le entregue en pago y que tras una estimación por expertos sea vendida en subasta, considerando nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse o disponer sin estas formalidades. (*«Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage: sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeure en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères.- Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle»*).

⁴⁸ *Marcian. lib. sing. ad form. hypoth. D. 20.1.11.1.*

⁴⁹ *C. Th. 3.2.1, Const. 326, C. 8.34.3.*

⁵⁰ Como explica *Ulp. 28 ad ed. D. 13.7.9.2: «Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem»*.

⁵¹ CC español, art. 1864: «Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal de que sean susceptibles de posesión». Art. 1874: «Sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca: — 1.º Los bienes inmuebles. — 2.º Los derechos reales emejenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase». Aunque en la actualidad se vuelve al más ortodoxo criterio romano al admitir la «hipoteca mobiliaria» y la «prenda sin desplazamiento» (Ley de 16 de diciembre de 1954).

⁵² *Afr. 8 quaest. D. 20.4.9.3, Gai. lib. sing. de form. hypoth. D. 20.1.15.2 Marcel. 19 dig. D. 44.2.19. Vid. MIQUEL, J., «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», en *AHDE* 29 (1959), pp. 229-316.*

⁵³ Éste fue uno de los más destacados defectos del sistema hipotecario romano, subrayado por todos los hipotecaristas modernos que lo denominan de «clandestinidad». Así lo considera *ROCA SASTRE, R. M., Derecho hipotecario, 6.ª ed., Barcelona, Bosch, 1968, p. 127; ZAMORA MANZANO, J. L., La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el derecho romano, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2004, cree que existió un cierto sistema de publicidad formal de los derechos reales.*

Aunque la hipoteca surgió como una garantía convencional, se desarrollaron, ya en Derecho clásico, hipotecas tácitas y legales⁵⁴.

El *pignus* convencional, tanto en su forma primigenia, con desplazamiento posesorio, como en la versión modificada del *pignus conventum* o *hypotheca*, sirvió como prototipo de garantía real en Roma recibiendo un amplísimo desarrollo en el pensamiento jurisprudencial⁵⁵ y una considerable presencia en la normativa emanada de los emperadores⁵⁶.

La afectación de una cosa, incluso incorporal, al cumplimiento de una obligación, del propio pignorante o de un tercero intercedido, con la posibilidad añadida de venderla, una vez vencida e incumplida la obligación, para satisfacer, con el precio, el interés del acreedor, era una forma muy eficaz de garantizar las obligaciones y nada tiene de extraño que se consagrara en el procedimiento cognitorio como medio de ejecución forzosa para las condenas dinerarias. Es muy probable que los juristas romanos no con-

⁵⁴ Aunque generalmente coinciden en la práctica, ambos conceptos no son idénticos entre sí. Las «hipotecas tácitas» nacen de una interpretación de la voluntad presunta de los contratantes aunque no se hayan pactado expresamente; las «legales» tienen su origen en una disposición imperativa de la norma. En este sentido, hay que recordar el *privilegium exigendi* derivado del «crédito refaccionario» concedido por un SC. de la época de Marco Aurelio al que prestó dinero para reparar un edificio (*Ulp. lib. sing. de off. cos.* D. 12.1.25; *Ulp. 63 ad ed.* D. 42.5.24.1; *Ulp. 63 ad ed.* D. 42.3.1; sólo *Pap. 10 resp.* D. 20.1.1 lo califica abiertamente como *pignus*) El CC español lo recoge como «crédito refaccionario» (arts. 1922, 1.º y 1923, 2.º, 5.º); la prenda que tenían el Fisco, el emperador y la emperatriz desde la época de los Severos, sobre el patrimonio del contribuyente por los impuestos no cobrados (*Ulp. 63 ad ed.* D. 49.14.6.1; *Herm. 6 iuris epit.* D. 49.14.46.3); la del pupilo sobre las cosas compradas por el tutor con dinero pupilar (*Ulp. 35 ad ed.* D. 27.9.3pr.; *Ulp. 3 disp.* D. 20.4.7pr.; C. 5.51.3: (Caracalla 215), C. 7.8.6 (*Alex.* sin fecha), aunque Diocleciano se mostrase reticente en cuanto a su admisión (C. 5.51.10pr. (*Dioc. Maxim.* 294). En la época posclásica y justiniana se admitieron nuevos casos de hipotecas legales, como la establecida sobre los bienes del marido en garantía de la restitución de la dote (C. 5.12.30pr-1, *Iust.* 529), la *donatio propter nuptias* (C. 8.17.12.8 (2): *Iust.* 531), los bienes parafernales (C. 5.14.11pr-2: *Iust.* 530), los bienes de procedencia paterna del anterior matrimonio, cuando la madre contrajo segundas nupcias (C. 5.9.6.9: *Leo, Anthemius* 472, C. 5.9.8.3, *Iust.* 528), y a favor del marido sobre los bienes de quien prometió constituir una dote (C. 5.13.1.1b: *Iust.* 530), o la que admitió Justiniano, a favor de los banqueros bizantinos sobre los bienes que sus clientes hubiesen comprado con dinero prestado por ellos (Ed. 7.3. *Vid.* DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, pp. 132-140, Murcia 1987). Actualmente y pese a la rotunda dicción literal del art. 1925 CC. («No gozarán de preferencia los créditos de cualquier otra clase, o por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores») y de los arts. 158 y ss. de la Ley Hipotecaria, que proscriben las hipotecas legales no inscritas, lo cierto es que en Derecho español puede un bien verse gravado, de modo especial y preferente, por multitud de cargas no inscritas en ningún registro y que, pese a ello son oponibles al adquirente, como son, por ejemplo, los tributos locales sobre la propiedad urbana (art. 64.1 de la Ley de Haciendas Locales) o las cuotas derivadas de la pertenencia a un inmueble a una finca sometida al régimen de propiedad horizontal (art. 9.1 de la Ley de Propiedad Horizontal).

⁵⁵ D. 13.7, bajo el título *De pigneraticia actione vel contra*, contiene 43 fragmentos, aparte de las muchísimas referencias diseminadas en otras sedes.

⁵⁶ C. 4.24, bajo el epígrafe *De pigneraticia actione* recoge 12 constituciones.

cibiesen el *pignus in causa iudicati captum* como una institución autónoma⁵⁷, sino como una forma de prenda caracterizada por la ausencia de consentimiento del pignorante en su constitución, que se veía sustituido por la decisión coactiva del poder público.

⁵⁷ A este respecto, *vid.* KASER, M., «Zur juristischen Terminologie der Römer», *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 100 y 141.

CAPÍTULO II

COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS EN EL PROCESO COGNITORIO

I. REGLA GENERAL SOBRE LA COMPETENCIA

La ejecución en la *cognitio extra ordinem* venía ser como un eventual apéndice final del proceso declarativo, para el caso de incumplimiento de la sentencia¹. Consiguientemente el órgano de la ejecución tenía que ser el mismo que había dictado la sentencia, es decir, el funcionario imperial o el *iudex pedaneus* que actuó por delegación suya². El punto de partida para la ruptura de la tradicional separación entre juicio declarativo y nuevo juicio ejecutivo, derivado de la sentencia condenatoria anterior, lo hallamos en el rescripto de Antonino Pío³, referido en *Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15pr.*, que constituye la pieza fundamental para el estudio de la

¹ En la actual regulación procesal española se configura la ejecución como un nuevo proceso, al estilo del viejo proceso formulario, conforme al art. 549 LEC que exige la presentación de nueva demanda, si bien su conocimiento y trámite corresponde al mismo órgano jurisdiccional que conoció del declarativo.

² Sobre cuestiones de competencia, en general, *vid.* ROBLES REYES, J. R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Universidad de Murcia, 2004.

³ Podemos situarlo, por tanto, entre 138 y 161 d.C. Sobre el origen de este procedimiento ejecutivo señala GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, F., *op. cit.*, pp. 412-413: «Tampoco existe conformidad en la doctrina acerca de la posible cronología de su primera ordenación legal. Existe, sin embargo unanimidad deducida de las fuentes, sobre que ella debió ocurrir en el referido siglo II. Perozzi y Riccobono se inclinan, fundamentalmente, por la época adrianea. Sin embargo, son numerosos los que optan por atribuir su paternidad a Antonino Pío: Costa, Girard, Bonfante, Longo, entre otros». En la p. 413 deduce de D. 42.1.15.3 un supuesto origen adrianeo, que no nos parece en modo alguno fundamentado en el texto.

institución⁴. En él responde el emperador «a los magistrados del pueblo romano» que los jueces y árbitros designados por ellos deben hacer ejecutar las sentencias pronunciadas por ellos mismos.

«A divo Pio rescriptum est magistratibus populi romani, ut iudicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur hi qui eos dederunt».

Pero, aparte de la novedad que supuso atribuir la ejecución al juzgador que dictó la sentencia condenatoria, este breve fragmento abre considerables interrogantes, no fáciles de resolver, respecto a si el nuevo sistema ejecutivo desplazó por completo a la vieja ejecución formularia, o bien hubo una cierta coexistencia entre ambos mecanismos, o, incluso, si el *pignus in causa iudicati captum* generalizó una práctica pretoria tradicional, realizada en el ámbito de la protección extrajudicial de los derechos: las *missiones in possessionem*.

II. LA PROBLEMÁTICA ALUSIÓN A LOS MAGISTRADOS DE D. 42.1.1PR

Surge una cierta duda, si nos atenemos a la enigmática redacción del rescripto referido por *Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15pr.*, que, si lo interpretásemos literalmente, llevaría a pensar en una trascendental transformación del juicio formulario, pues se refiere a los jueces y árbitros privados nombrados por los magistrados (*[...] magistratibus populi romani, ut iudicum a se datorum vel arbitrorum [...]*).

Parece como si el emperador, sin abandonar la tradicional estructura del *ordo*, no hiciese más que modificar, eso sí, profundamente, el mecanismo de la ejecución. En lugar de producirse ésta a partir del ejercicio por el actor triunfante, e insatisfecho, de una nueva acción, la *actio iudicati*, con la redacción una nueva fórmula por el pretor y el nombramiento de un nuevo *iudex datus*, serían los propios *iudices vel arbitri dati* que pronunciaron la sentencia condenatoria, o, en su caso, la *adiudicatio*, quienes deberían proceder a su ejecución forzosa, en caso de que el reo no lo hiciese voluntariamente. Según esta interpretación el *pignus in causa iudicati captum* habría nacido en el seno del procedimiento *per formulas*, integrándose después en la *extraordinaria cognitio*. Pero todo hace suponer que no fue así, tanto porque, según creemos, era la *cognitio* el procedimiento habitual en la época en que se dictó el rescripto, como porque las fuentes aluden, con mucha frecuen-

⁴ RUDAKOV, A., *op. cit.*, identifica el *pignus in causa iudicati captum* con la arcaica *legis actio per pignoris capionem* y, en consecuencia, afirma, respecto al rescripto de Antonino Pio: «But anyway This emperor did not invent something new but only adapted ancient legal instrument for the sphere of judgement execution».

cia, a peculiaridades técnicas del proceso *extra ordinem*⁵, en el que las autoridades administrativas imperiales dictaban sentencias en uso de su potestad jurisdiccional y judicial delegada del Príncipe, y también, como señala FREZZA, porque los juristas lo estudiaban en los escritos referentes a la *cognitio*⁶. También es posible aventurar, a la inversa, que Antonino Pío pretendiese, con este rescripto, extender lo que era práctica habitual en la *cognitio extra ordinem* a los juicios que todavía se celebrasen en Roma por el sistema formulario del *ordo iudiciorum privatorum*, mantenido quizá, de forma residual y languideciente, en la Urbe, como muestra del respeto por las formas tradicionales de que hacían gala los emperadores del Principado. Esta hipótesis llevaría a afirmar que la práctica del *pignus in causa iudicati captum*, habría surgido en el procedimiento cognitorio, antes del rescripto de Antonino Pío. Cabe también la posibilidad de que dichos jueces designados por los Magistrados fuesen funcionarios judiciales como sostuvieron JÖRS y KUNKEL⁷.

Son significativas las palabras de *Ulp. 18 ad ed. D. 9.2.29.7* cuando, para referirse a la responsabilidad en la conservación de los bienes embargados, dice: «*Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri [...] quod dicendum est et si ex lege pignus cepit. si quid tamen magistratus adversus resistentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia, [...]*». Estas expresiones parecen aludir a la posibilidad de que los magistrados municipales pudiesen ordenar un *pignus in causa iudicati captum*.

Quizá jamás lleguemos a saber si el *pignus in causa iudicati captum*, como mecanismo de ejecución, se aplicó también para lograr la efectividad de alguna sentencia pronunciada en el ya casi totalmente desusado sistema formulario⁸, pues las fuentes no nos suministran datos sociológicos sobre la práctica procesal romana, sino sobre los principios jurídicos que la regían. Tampoco cabe descartar que el respeto a la tradición, propio de los juris-

⁵ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 226, afirma rotundamente el carácter cognitorio del *pignus in causa iudicati captum*: «*Es muss hinzugefügt werden, dass pignus in causa iudicati captum eine Institution des Kognitionsverfahren war, [...]*».

⁶ FREZZA, P., «Le garanzie delle obbligazioni», vol. 2, *Le garanzie reali*, Padova, 1963, p. 119: «*Una seconda fattispecie di pegno giudiziale è il cossi detto pignus in causa iudicati captum: tipo di esecuzione forzata caratteristico della cognitio extra ordinem, e che appunto perciò troviamo regolata non nei libri ad edictum, ma in scritti in cui i giuristi consideravano questo specifico argomento della cognitio, materia priva di sistemazione definitiva per tutta l'età della giurisprudenza classica: così p. es. ne parlava Ulpiano nel libro terzo de officio consulis (D. 42.15), e Calistrato nei libri cognitionum (i.e. extra ordinem): D. eod. 31*».

⁷ JÖRS y KUNKEL, *op. cit.*, p. 537.

⁸ GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, F., *op. cit.*, p. 411: «Sin embargo, no deja de ser dudoso determinar a ciencia cierta si el *pignus in causa iudicati captum* al hacerse forma hábil de ejecución procesal fue o no admitida como medio normal en la esfera del procedimiento formulario. - Wenger, admite la posibilidad de que este procedimiento de ejecución perteneciere tanto al procedimiento formulario ordinario como al extraordinario [...]». En la p. 412, añade: «Por su propia naturaleza no parece que el procedimiento formulario utilizara el *pignus in causa iudicati captum*, Arangio-Ruiz lo estima propio del sistema extraordinario; Bonfante, se inclina también por tal solución: Von Mayr, no lo cree posible para dicha época».

consultos que redactaron el rescripto, les llevase a referirse al sistema formulario, aunque fuesen conscientes de que la aplicación práctica de las nuevas reglas se iba a realizar sobre el marco del procedimiento cognitorio. Es posible que los redactores de los textos, si bien tomaban siempre en consideración el proceso cognitorio, no desearan cerrar del todo la puerta a una eventual aplicación de esta forma de embargo en los procesos tramitados conforme al viejo sistema, por el que tanta veneración doctrinal sentían. Por eso creemos que la hipótesis según la cual estarían interpoladas las palabras «*magistratibus populi romani*»⁹ no es más que una mera suposición, en ningún caso demostrada.

No hay que descartar la posibilidad de que estemos atribuyendo un excesivo rigor terminológico a los jurisconsultos romanos, haciéndoles distinguir tajantemente entre el *magistratus* del procedimiento *per formulas* y el *iudex*, o el *praeses*, del cognitorio. Es posible que el vocablo *magistratus* fuese utilizado con una significación semántica muy amplia para designar a todos los altos funcionarios¹⁰. Como veremos, en los textos relativos al *pignus in causa iudicati captum* no es extraño que, junto a *iudex*, o *praeses*, se emplee el término *magistratus*.

III. CARÁCTER PÚBLICO DE LA EJECUCIÓN

Una cuestión indiscutible es el carácter público de la ejecución mediante *pignus in causa iudicati captum*. Lo subrayan con frecuencia, tanto los fragmentos jurisprudenciales, como las constituciones imperiales. No se

⁹ LITEWSKI, *op. cit.*, pp. 230-231, n. 101-104, apoyándose en referencias bibliográficas, acepta la alteración basándose, entre otros argumentos, en el hecho de que los rescriptos solían estar dirigidos a magistrados concretos, o a ciudadanos particulares, y no, de una manera indeterminada, «a los magistrados del pueblo romano». VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 57, mantiene alguna reserva sobre esta cuestión. Acepta que el término *iudex* pueda estar interpolado en muchas fuentes al haber desaparecido muchos funcionarios en el tiempo del Dominado («*Denn nachdem viele Ämter zur Zeit des Dominats verschwunden waren, kann der Begriff iudex an viele Stellen als interpoliert angesehen werden [...]*»). Pero continúa afirmando que en el proceso cognitorio tenía el *iudex* extensos poderes que le permitían conducir todo el proceso hasta la sentencia («*Im Kognitionsverfahren erhielt der iudex umfassendere Vollmachten, indem er den gesamten Prozess einschliesslich der Urteolfällung durchführen konnte*»). Termina apoyándose en HEUMANN-SECKEL, con la afirmación de que, ya en la época clásica, era designado el *magistratus* como *iudex* («*Schon in klassischer Zeit wurde mit iudex auch der magistratus bezeichnet*»). KASER, *ZPR*, par. 76, n. 17, citando a RAGGI (*Studi sulla impugnazione civile nel processo romano I*, Milano, 1961, pp. 128 y ss.), concluye: «*Das wird in wessentlichen klassisch sein [...] Doch stand diese Vollstreckungsart jedenfalls auch den anderen Kognitionsrichtern offen, und zwar auch kann, wenn sie selbst das Urteil gesprochen hatten*».

¹⁰ BETMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, t. II, p. 594, habla en general del magistrado competente con poder suficiente para ello; «*[...] erlässt der competente und mit nöthigen Gewalt versehene Magistrat ohne causae cognitio einen simplen Befehl [...]*». VON DER FECHT, *W. R.*, *op. cit.*, p. 56, considera a los «*magistratus hohe Beamte*» y, en las notas 261 y 262, aplica esta calificación, junto con la de «*munizipale Magistrate*», a las alusiones de D. 42.1.15pr. y D. 27.9.3.1.

trataba de una «autorización» del magistrado al demandante insatisfecho, para que trabase bienes del reo vencido, sino de una «orden» del órgano estatal, que, aunque estuviera motivada por una petición del actor, se desarrollaba por completo dentro del ámbito de la actividad administrativa.

Los jurisprudentes precisaron este carácter público del *pignus in causa* en el proceso cognitorio. Así lo hace, de manera incidental, *Ulp. 35 ad ed. D. 27.9.3.1* y, como en los rescriptos a los que después nos referimos, se observa el contrapunto entre el *ordo* formulario y el sistema cognitorio. El fragmento está inserto en el tít. 27.9 del Digesto cuya rúbrica establece que las cosas de quienes están bajo tutela o curatela, no pueden ser enajenadas ni obligadas sino por decreto («*De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis*»). Ulpiano señala una excepción a la regla general de inalienabilidad de los bienes del pupilo o del sometido a *cura*¹¹. Comienza afirmando que el fundo pupilar puede ser tomado en prenda y vendido por orden del magistrado, o del presidente o de otro funcionario («*Pignori tamen capi iussu magistratus vel praesidis vel alterius potestatis [...]*»), aunque, continúa, también puede alguno ser puesto en posesión de las cosas pupilares por el pretor (*missio in possessionem*) y establecer un derecho de prenda, cuando proceda, para conservar los legados o para prevenir un daño temido, y concluye subrayando, a modo de *regula*, que todo esto se hace no por la voluntad del tutor o del curador, sino por la autoridad del magistrado.

«[...] hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex magistratum auctoritate».

Para FLEISCHMANN, la alusión de Ulpiano en este fragmento a «otro funcionario» («*[...] vel alterius potestatis [...]*») se refiere a la jurisdicción de los magistrados municipales en materia de tutela, desde la época de Trajano, y recuerda que, según el Fragmento Atestino, tenían jurisdicción, en ciertos casos, para dictar la ejecución¹².

Otros fragmentos jurisprudenciales reafirman que el *pignus in causa iudicati captum* se producía siempre por orden de quien ostentaba el poder para ello. Así lo encontramos en *Ulp. 3 disp. D. 13.7.26pr.*, cuando afirma, con carácter general, que no es asombroso que se constituya una prenda si el magistrado, por cualquier causa, pone a alguien en posesión de unos

¹¹ La referencia al sometido a curatela puede ser una interpolación, como consecuencia de la progresiva equiparación de esta figura jurídica con la tutela, especialmente en el periodo posclásico. Vid. KASER, *RPR2*, par.s. 233,III, y 235,I.

¹² FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 18: «*Es liegt nahe, da vom Mündelgute in der lex die Rede ist, die seit Trajan zur Leitung des Vormundschaft wessens besonders herangezogenen Magistrate der Landstädte darunter zu verstehen. Der Stelle muss jedoch eine über das Vormundschaftsrecht hinausgehende Bedeutung gegeben werden; denn soviel uns bekannt, haben schon die Atestiner Fragmente den städtischen Behörden die Jurisdiktion in gewissen Umfange eingeräumt, und grundsätzlich ist hiermit auch die Exekutionsbefugnis gegeben».*

bienes («*Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui [...]*»), puesto que también se puede constituir la prenda por testamento.

Herm. 2 iuris epit. D. 21.2.74.1, para referirse a un caso de evicción del rematante, comienza con las palabras: «*Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur, [...]*».

Ulp 3 disp. D. 13.7.26.1 señala que ha de saberse que, cuando se constituye una prenda por orden del magistrado («*[...] ubi iussu magistratus pignus constituitur [...]*»), no se constituye si no se pone a uno en posesión¹³.

Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15.2, que analizaremos con detalle más adelante, explica minuciosamente el orden de proceder en la venta de los bienes embargados de las distintas clases, y, tras utilizar repetidamente el verbo *iubere*, termina señalando que de esta manera es ejecutada la sentencia por los presidentes («*[...] exsequuntur itaque rem iudicatam praesides isto modo*»)¹⁴.

Ulp. 1 resp. D. 20.4.10, al hablar del privilegio temporal de los acreedores pignoraticios, afirma que también es aplicable al heredero de aquel a favor del cual se constituyó el *pignus in causa iudicati* por la autoridad del que pudo ordenarlo («*[...] ex auctoritate eius qui iubere potuit*»)¹⁵.

Volviendo a *Ulp. 18 ad ed.* D. 9.2.29.7 encontramos repetida la expresión *capere ex lege* («*[...] item si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit [...]* et si ex lege pignus cepit [...]») que también parece subrayar el carácter público de la toma de prendas ejecutiva¹⁶.

Quizá se diesen intentos de embargar y vender los bienes por los propios demandantes, sin esperar a que se hiciese por la autoridad del juzgador, y posiblemente ello fuera más fácil si el ejecutante había sido preventivamente *missus in possessionem*. Contra esta práctica reacciona *Ulp. 66 ad ed.* D. 42.1.6.2 cuando considera responsables por *furtum* o por *vi bonorum raptorum* a quienes vendiesen por su propia iniciativa los bienes del sentenciado¹⁷:

¹³ D. 13.7.26.1: «*Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem*».

¹⁴ D. 42.1.15.2: «*In venditione itaque pignorum captorum facienda ^faciendo^ primo quidem res mobiles et animales pignori capi iubent, mox distrahi: quarum pretium si suffecerit, bene est, si non suffecerit, etiam soli pignora capi iubent et distrahi. quod si nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt: sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur: nam a pignoribus soli initium faciendum non est. quod si nec quae soli sunt sufficient vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad iura. exsequuntur itaque rem iudicatam praesides isto modo*».

¹⁵ «*Si et iure iudicatum et pignus in causa iudicati ex auctoritate eius qui iubere potuit captum est, privilegiis temporis fore potioem heredem eius, in cuius persona pignus constitutum est*».

¹⁶ Así lo entiende WACKE, A., «Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtentwicklung», en *ZS* 97 (1980), pp. 26-77, 4. *Selbsttötung eines gepfändeten Sklaven*.

¹⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M. DEL P., «Observaciones sobre D. 17.1.22.10 (*Paul.1.32 ad ed*)», en *RIDA* 45 (1998), pp. 355-385.

«Qui iudicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum ei tenetur».

Precisa *Mod. 2 de poen.* D. 48.7.8 que el acreedor que incurría en tal extralimitación quedaba sujeto a la *lex Iulia de vi privata* castigándosele con la confiscación de la tercera parte de sus bienes e incurría en infamia:

«Si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet, hac lege tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis fit».

Más indicaciones sobre el carácter público de la orden de establecer un *pignus in causa iudicati captum* sobre los bienes del condenado, las encontramos en las constituciones imperiales, que analizamos a continuación.

El funcionario que decretaba la pignoración y, en su caso, la venta de los bienes embargados, actuaba en virtud de su potestad pública, y no como representante del demandante ni del ejecutado¹⁸. La actuación de este funcionario judicial en la ejecución de la sentencia recaída en el proceso cognitorio no se limitaba a dictar un mero *iussum* para trabar los bienes del condenado, sino que, en caso de no hallarse bienes para tomar en prenda sin discusión, y siguiendo el orden establecido en D. 42.1.15.2, que le obligaba a ejecutar los *iura*, debía compeler, mediante un nuevo *iussus*, a los deudores del ejecutado para que pagasen, como nos informa un rescripto de Caracalla, a Marco, del 205, conservado en C. 4.15.2¹⁹:

«Si in causa iudicati Valentis, quem tibi condemnatum esse proponis, nihil est, quod sine quaestione pignoris loco capi et distrahi possit, debitores eius conventi ad solutionem auctoritate praesidis provinciae compelluntur».

Los emperadores Septimio Severo y Caracalla dictaminaron, en el año 205, C. 8.15.2, que si Latina, la consultante, probó ante el presidente ser suyos los huertos sobre los que se trataba, no podían ser obligados por otro a favor de un acreedor, a no ser que, a sabiendas, lo hubiese disimulado en fraude del acreedor que lo ignoraba:

«Si probaveris praesidi hortos de quibus agebatur tuos esse, intellegis obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti».

Ésta es la versión del rescripto recogida en la edición de KRUEGER, pero en la de GARCÍA DEL CORRAL aparece este texto con una lectura dife-

¹⁸ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 320, señala, como argumento para fundamentar esta afirmación, el hecho de que, en determinadas circunstancias, el objeto tomado en prenda podía ser vendido al propio acreedor, lo que sería imposible en caso de que el funcionario fuese su representante.

¹⁹ Vid. WAGNER, *Die Entwicklung...*, *op. cit.*

rente, pues comienza así: «*Si probaveris, praedia vel hortos [...]»*²⁰, lo que le lleva a traducir: «Si probares que son tuyos los predios o los huertos [...]». Aunque la divergencia no es substancial, si tomamos el texto de KRUEGER, hay en él una alusión al *praeses*, y, consiguientemente, al carácter público de la ejecución, que no se encuentra en la versión de GARCÍA DEL CORRAL.

Los mismos emperadores, en un rescripto del año 206, dirigido a Justino, C. 7.53.1, deciden lo que es obvio: no puede el juez tomar en prenda bienes del demandado antes de que recaiga sentencia:

«*Nimis propere iudex pignora Marcellae capi ac distrahi iussit ante rem iudicatam. prius est ergo, ut servato ordine actionem adversus eam dirigas et causa cognita sententiam accipias*».

Lo que parece impedir la posibilidad de un embargo preventivo mediante *pignus in causa*²¹.

Es muy expresivo un rescripto de Caracalla, dirigido a Gabinio, del 213, recogido en C. 8.22.1, que comienza diciendo cómo frecuentemente los rescriptos declaran que las cosas pueden ser tomadas en prenda y vendidas por mandato de aquél a quien se le concedió este derecho. Y concluye afirmando que la *auctoritas iubentis* sucede a la justa obligación cuya causa era el contrato.

«*Res ob causam iudicati eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri ac distrahi posse saepe rescriptum est. Nam in vicem iustae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas iubentis*»²².

Diez años más tarde, en el 223, otro rescripto de Alejandro Severo, a Valeriano, colocado por los compiladores a continuación del anterior (C. 8.22.2pr.), afirma que, cuando se toma en prenda alguna cosa, por causa de lo juzgado, se suele vender por el poder (*officium*) de quien decretó el embargo, no por quien pidió ejecutar la sentencia:

«*Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit venundari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit*».

²⁰ La lectura que acepta KRUEGER, basándose en el manuscrito Casinas, dice «*praesidi*» pero advierte, en el aparato crítico, que el Berolinense sustituye esta palabra por «*praedia vel*».

²¹ Cabe preguntarse si la traba de bienes con función de aseguramiento de una eventual condena futura, podría hacerse todavía por la vía de las antiguas *missiones in possessionem*, aunque, naturalmente, decididas por el funcionario imperial y no por el magistrado.

²² Cita LITEWSKI, *op. cit.*, p. 217, n. 46, una opinión de DERNBURG según la cual este rescripto se referiría al *pignus praetorium* y que sería el acreedor quien conduciría el desarrollo de la ejecución. Esta afirmación, como el autor señala, se contradice con la colocación del rescripto en sede de C. 8.22 («*Si in causa iudicati pignus captum est*») y, también, añadimos, por la generalización del sistema procesal cognitorio en tiempo de los Severos.

El hecho de que el emperador no mantenga esta regla de forma tajante, sino como algo habitual (*solet*) puede ser, probablemente, una de tantas muestras del respeto reverencial de los jurisconsultos, por el Derecho antiguo encarnado en el sistema formulario: aunque la venta de los bienes embargados «solía» hacerse por el funcionario estatal que decretó el embargo, no había que olvidar que en el *ordo iudiciorum privatorum* era el propio acreedor quien lo realizaba.

Caracalla, en C. 7.53.2 (sin fecha), dirigido a Máximo, establece que, si no se realizó una novación de la obligación surgida de la sentencia, mandará el presidente de la provincia aplicar al pago las prendas tomadas y ventas²³:

«Si causam iudicati non novasti, rem iudicatam praeses provinciae etiam pignoribus captis ac distractis ad emolumentum perducere iubebit. quod si novata causa est, ex stipulatu tibi actio competit et iudice accepto secundum iuris formam experire».

Dos rescriptos de Gordiano, ambos del año 239, aluden también a la necesidad de que el embargo fuese decretado por quien tenía el poder para ello. El primero, recogido en C. 8.44.13, dirigido a Zoilo, se refiere a un caso de evicción del rematante en un *pignus in causa iudicati captum* realizado «[...] *ex eius auctoritate, cui praecipienda ius fuit* [...]»²⁴.

En el segundo, C. 8.22.3, se responde a Antígono que lo acostumbrado es que las prendas tomadas *in causa iudicati* se vendan, salvo que no se pudiese hallar comprador por las maquinaciones del condenado, en cuyo caso se suelen dar en dominio al acreedor por autoridad del Príncipe, y al comienzo señala que el embargo se produjo «*ex auctoritae praesidis*».

Diocleciano y Maximiano subrayan tajantemente, en C. 8.13.11, del 293, dirigido a Euphrosyno, que no se puede tomar la prenda sin autorización del gobernador:

«Nominatori pignori capere sine praesidis auctoritate res nominati non licet».

²³ Vid. BONIFACIO, F., *La novazione nel diritto romano* 2, Napoli, Jovene, 1959. PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi* [Univ. di Catania - Pubbl. Fac. Giur., 74], Milano, Giuffrè, 1974; SOLAZZI, S., «Iudex acceptus», en *SDHI* 22 (1956), pp. 342-345, y «Costituzioni glossate o interpolate nel "Codex Justinianus"», en *SDHI* 24 (1958), donde (p. 66) considera que las dos partes de la frase «[...] *ex stipulatu tibi actio competit et iudice accepto secundum iuris formam experire*», se avienen mal entre sí, por lo que serían sospechosas de alteración.

²⁴ Vid. TALAMANCA, M., «La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano», en *Studi De Francisci* 2, Napoli, Giuffrè, 1956, pp. 239-272.

Más tarde, alrededor del año 500, reaparece esta prohibición en el *Edictum Theoderici*, que, sin citar su procedencia, recoge algunas reglas procedentes de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, cuando deniega la licencia para que nadie tome prendas por su propio arbitrio, señalando que debe hacerlo el juez:

«*Ed. Theod. 123: Capiendorum pro suo arbitrio pignorum unicuique licentiam denegamus: ita ut, si probabile fuerit, hoc agendi iudicis praestet auctoritas*».

IV. ÓRGANO COMPETENTE

1 Expresiones utilizadas en las fuentes

Si el *pignus in causa iudicati captum* es un mecanismo ejecutivo ligado a la *extraordinaria cognitio*, dada la multiplicidad de órganos judiciales con jurisdicción delegada del emperador que conocían los procesos, se hace preciso determinar quiénes podían dar la orden para tomar en prenda bienes del condenado. Asimismo es necesario distinguirlos de los *exsecutores* nombrados por ellos para llevar a cabo el embargo y venta de los bienes trabados y el pago al acreedor. Es evidente que el *iussus* debía partir de quien había dictado la sentencia, como resulta de los textos que acabamos de referir²⁵, pero las fuentes lo designan de distintos modos.

Al tratar sobre el indiscutible carácter público de la ejecución, encontramos con bastante frecuencia en las fuentes expresiones generales y ambiguas para designar al órgano que daba la orden de tomar bienes en prenda por causa de una sentencia, describiéndolo como «quien tiene poder para ordenarlo» («*iussu, cui ius iubendi fuit*»)²⁶, («*ex auctoritate eius qui iubere potuit*»)²⁷, («*ex eius auctoritate, cui praecipendi ius fuit*»)²⁸, «el que lo decretó» («*per officium eius qui ita decrevit*»)²⁹, o «el que ejecutaba la sentencia» («*iussu eius, qui iure sententiam exsequeretur*»)³⁰. Esta última expresión no debe llevar a confundir el órgano competente para dictar el embargo con el *exsecutor* nombrado para llevar a cabo la ejecución y del que trataremos a la hora de describir el desarrollo de la misma. Aunque el *exsecutor* «ejecutaba la sentencia» no era quien dictaba el *iussus* para proceder al embargo.

²⁵ *Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15pr.-1.*

²⁶ *C. 8.22.1 (Ant. 213).*

²⁷ *Ulp. 1 resp. D. 20.4.10.*

²⁸ *C. 8.44.13 (Gord. 239).*

²⁹ *C. 8.22.2pr. (Alex. 223).*

³⁰ *C. 8.17.2 (Ant. 212).*

No parece descabellado pensar que estos circunloquios respondiesen al deseo de utilizar una formulación omnicomprensiva que permitiera referirse a cualquier órgano judicial, pues todos ellos podían ordenar el *pignus in causa iudicati*. Ciertamente eran muchos los funcionarios que ostentaban facultades jurisdiccionales y judiciales, junto a las político-administrativas³¹, por delegación del emperador y las ejercían en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, aunque la sustanciación de los procesos, fuera de la Urbe, correspondiese habitualmente a los gobernadores provinciales³². Pero es posible que también subsistiesen, como ya hemos apuntado, las funciones jurisdiccionales de los antiguos magistrados republicanos, cada vez más reducidas, pero que jamás habían sido formalmente abolidas, con la consiguiente posibilidad de nombrar *iudices* y *arbitri dati*, según las reglas tradicionales del sistema procesal formulario, aunque esta posibilidad a partir de Adriano debió ser mucho más esporádica de lo que cabría pensar, si nos fijásemos tan sólo en la literalidad de los textos jurisprudenciales.

Por todo ello, es evidente que las alusiones en los textos al *iudex*, que ordenaba el *pignus captum* en la ejecución de la sentencia, no están referidos, en modo alguno, al *iudex privatus* de las *formulas* sino al funcionario judicial de la *cognitio*, aunque no excluyesen la posibilidad, más teórica que real, de que se tratase de un juez nombrado por el magistrado, a propuesta de las partes, en un procedimiento formulario. En suma, se trata, a nuestro entender, de una formulación tan general y abierta como las de los circunloquios que acabamos de referir. Supone LITEWSKI que las repetidas alusiones al *iudex* en D. 42.1.15 son de procedencia posclásica, basándose en que estos fragmentos están tomados del libro tercero *de officio consulis* de Ulpiano en el que el jurista hablaba sobre el cónsul³³. Sin embargo no

³¹ Sobre el complejo cuadro del funcionariado a lo largo de la historia de Roma, *vid.* VARELA GIL, C., *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho Romano*, Madrid, 2007.

³² ROBLES REYES, J. R., *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma (Competencia civil y evolución)*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 129, señala, citando a Orestano, que «la denominación que dan las fuentes a estos gobernadores provinciales es muy variada; el nombre más genérico es el de *Praesides provinciarum*, pero dentro de este concepto se engloban otros apelativos como *procónsules*, *consulares*, *correctores*, *moderadores*, *praetores provinciae*, o *praesides*. Todas estas denominaciones no eran exactamente equivalentes pues expresaban ciertas diferencias de rango entre ellos: así, algunos eran espectables mientras otros eran *clarissimi*. Cada provincia tenía un *Praesides* cuyo rango correspondía a la importancia de la misma o a la tradición. Aunque en lo fundamental las competencias de cada uno de los tipos de gobernadores provinciales eran las mismas dentro de su territorio, la diferencia de rango se traducía en algunas diferencias de matiz, especialmente en lo referente a la subordinación al Vicario de la diócesis, o a una dependencia más directa del Emperador a través de Prefecto del Pretorio, lo cual podía tener consecuencias a la hora de canalizar las apelaciones contra las sentencias que pronunciaban en primera instancia».

³³ LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 226: «Die postklassische Herkunft des Ausdrucks "iudex", der einigmal in Ulpian's Fragment D. 42.1.15 und insbesondere in dessen 6-10 benutzt wurde, unterliegt keinem Zweifel. Darauf weist vor allem der Umstand hin, dass diese Quellenmaterial aus dem Werk de officio consulis stammt; das heisst, das der Jurist dort vom Consul sprach». En la nota 86 cita numerosa bibliografía crítica (Lenel, Wlassak, Solazzi, Bortolucci, Dell'Oro, Biondi, Jörs) que admite la interpolación.

pensamos que sea preciso acudir a la hipótesis de la alteración textual para explicar la presencia del término *iudex*, si, como acabamos de apuntar, se trataba de una expresión genérica para designar a cualquier tipo de juzgador. Como, quizás ya en la época de Antonino Pío, y, por supuesto en la de Ulpiano, eran los funcionarios imperiales quienes conocían el proceso por entero y pronunciaban el *iudicatum*, nada tiene de extraño que el jurista severiano les llamase *iudices*. Por lo demás, resulta evidente que los libros ulpianos *de officio consulis* no son tanto una descripción de las funciones del antiguo magistrado republicano, que en su tiempo estaban ya drásticamente atrofiadas, sino un análisis sobre la función pública en general, cobijado bajo el respetable rótulo consular. Por tanto, parece que la inserción del fragmento en uno de estos libros no tiene por qué suponer, necesariamente, la interpolación.

En cambio, es muy posible que esté interpolado del vocablo *iudice* en la constitución de Constantino, del 315, recogida en C. 8.16.7.pr. relativa al embargo de esclavos, bestias e instrumentos destinados la labranza, porque en la versión original reproducida en C. Th. 2.30.1 habla de *rectores provinciarum*³⁴. Pero, en todo caso, no se trata de una alteración que modifique nuestro conocimiento de la institución, pues tan sólo atestigua el empleo por los compiladores de un vocablo más genérico. También en C. 7.53.9 (*Diocl. et Maxim.* 294) se alude al *rector* de la provincia («*Eos, quos debitores tuos esse contendis, apud rectorem conveni provinciae, [...]»*).

2. Los gobernadores provinciales

Aproximadamente medio siglo después del rescripto de Antonino Pío, se estableció, en otro dictamen imperial del tiempo de Septimio Severo y Caracalla, referido por *Ulp. 3 de off. cons.*, en D. 42.1.15.1, que los gobernadores provinciales podían también ejecutar (llevar hasta su fin, [...]*ad finem persequi [...]*) en su territorio las sentencias dictadas en Roma, si así se les hubiese mandado:

³⁴ C. 8.16.7pr. (*Cons.* 315): «*Exsecutores a quocumque iudice dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratorios aut boves aratorios aut instrumentum aratorium pignoris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum illatio retardatur*».

C. Th. 2.30.1 [=Brev. 2.30.1] (*Constantin.*): «*Intercessores a rectoribus provinciarum dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios pignoris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum illatio retardatur. si quis igitur intercessor aut creditor vel praefectus pacis vel decurio in hac re fuerit detectus, a rectoribus provinciarum capitali sententiae subiugetur*». Sin embargo la *Interpretatio* que acompaña a este texto en el *Brev.* vuelve a referirse al *iudex provinciae*: «*Multi pro fiscali debito servos cultores aut boves aratorios de possessionibus causa pignoris auferre praesumunt, de quorum laboribus tributa redduntur, et ideo si quis creditor vel curator pacis vel curialis aut quicumque* exactor hoc facere praesumpserit*, a provinciae iudice puniatur*».

Vid. LITEWSKI, *op. cit.*, p. 236.

«*Sententiam Romae dictam etiam in provinciis posse praesides, si hoc iussi fuerint, ad finem persequi imperator noster cum patre rescripsit*»³⁵.

Los órganos judiciales ordinarios que dictaban la orden de establecer el *pignus in causa iudicati captum* fuera de Roma eran los gobernadores provinciales, los *praesides provinciae*, que tenían, por delegación imperial, la competencia para juzgar en el procedimiento de la *cognitio*³⁶. Aunque habitualmente aparece en las fuentes designado como *praeses*³⁷, alguna vez se indica que es un «procónsul», como ocurre en *Call. 2 cogn. D. 42.1.31*, que transcribe un rescripto de Antonino Pío dirigido al procónsul Cassio regulando la concesión de plazo al deudor condenado, antes de proceder a la toma de prenda³⁸. Un rescripto de Gordiano, del 240, insertado en *C. 4.15.3* ordena que los deudores recalcitrantes sean forzados al pago por la intervención del «procurador» (*ad solutionem per officium procuratoris compellantur*)³⁹.

Las sentencias dictadas en Roma, bien por los jueces privados del *ordo* formulario, si es que todavía se dictaban, o bien, lo que sería más habitual, por los funcionarios imperiales en la *cognitio*, podían ser ejecutadas en las provincias por los gobernadores, pero no nos informan las fuentes de qué

³⁵ La referencia a la promulgación del rescripto por el *imperator noster cum patre* nos indica que su fecha debió estar entre los años 198 y 209. En el 198 fue Caracalla incorporado al imperio como augusto por su padre Septimio Severo y en el 209 se asoció, como tercer coemperador a Geta, hermano de Caracalla, pero en la cita ulpiana no hay alusión al *frater*. Sin embargo no se puede descartar una posible datación posterior, entre los años 209 y el 211, en que murió Septimio Severo. Podría ser que el rescripto hubiese sido emitido por Severo, Caracalla y Geta, pero que Ulpiano hubiese omitido el nombre de este último, al haber sido asesinado, el año 212 por orden de Caracalla, ya que no era infrecuente, en la historia de Roma, la supresión de las alusiones a los personajes cuya memoria quedaba execrada por motivos políticos. El carácter despótico y cruel de Caracalla y el hecho de que, tras el fratricidio de Geta, se retirase Ulpiano a la vida privada y escribiese gran parte de sus libros, abonaría esta posibilidad. Finalmente resulta extraño que no se refiera a Severo como *divus pater* ya que fue divinizado tras su muerte, y parece evidente que el texto de Ulpiano fue escrito después, ya que, de lo contrario, habría dado primacía a Severo.

³⁶ VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 57: «*Praktisch war local zumeist der Provinzstatthalter (magistratus populi romani, praeses provinciae) mit der Gerichtsgewalt befasst*».

³⁷ *C. 7.53.2 (Ant. sin fecha)*: «*Rem iudicatam praeses provinciae etiam pignoribus captis ac distractis*». *C. 8.22.3 (Gord. 239)*, «*ex auctoritae praesidis*». *C. 8.13.11 (Diocl. Max. 293)*, «*praesidis auctoritate*».

³⁸ *D. 42.1.31*: «*Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat: si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum ex forma, quam Cassio proconsuli divus Pius in haec verba rescripsit: "his, qui fatebuntur debere aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur: eorum, qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant"*».

³⁹ *C. 4.15.3 (Gord. 240)*: «*Si debitum non infitiantur hi, quos obnoxios debitoribus fisci esse proponis, potest videri non esse iniquum quod desideras, ut ad solutionem per officium procuratoris compellantur: nam si quaestio aliqua refertur, id concedi non oportere et ipse perspicias*».

sucedía en el caso inverso: cuando había que ejecutar en Roma una sentencia dictada por el gobernador de una provincia⁴⁰.

3. Intervención del emperador

En el procedimiento cognitorio ostentaba el emperador la jurisdicción suprema y, en consecuencia, era, en principio, competente para conocer de todos los procesos, incluidos los trámites de ejecución. Sin embargo, es evidente que esta competencia sólo la ejercía en contadas ocasiones y que, incluso existían mecanismos para impedir que las causas llegasen a príncipe en primera instancia⁴¹. En materia de *pignus in causa iudicati captum* precisa C. 8.22.3 (Gord. 239) la única intervención imperial posible: cuando, a consecuencia de las insidias del condenado no se podía encontrar comprador para los bienes tomados en prenda, se solía atribuir la propiedad al acreedor por la autoridad del príncipe⁴², cuestión que analizaremos cuando nos refiramos a la realización de los bienes embargados en ejecución de sentencia.

⁴⁰ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 234, reconoce que «*Von einer solchen Zuständigkeit meldet keine Quelle*».

⁴¹ *Vid.* las amplias descripciones que realizan sobre la actividad judicial del emperador y la evolución histórica de sus funciones BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, III, par. 137, pp. 88-103, *Der Kaiser und seine Hofbeamten*, y KASER, *ZPR*, par. 67, *Die Gerichtsbarkeit des Princeps*, pp. 445-451.

⁴² C. 8.22.3: «*In causa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi quam iure domini possideri consuerunt. si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet*».

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS PARA LA TOMA DE PRENDA JUDICIAL

Para que se pusiera en marcha el procedimiento ejecutivo mediante la toma de bienes en prenda tenían que concurrir determinados presupuestos que analizamos a continuación.

En primer lugar era preciso que existiese una sentencia condenatoria, o bien que el deudor hubiese confesado su deuda. Sin embargo, no parece que, en el procedimiento de la *cognitio*, condujesen por sí mismos a la toma de prendas ni el juramento decisorio, ni la indefensión¹. En segundo lugar la condena había de ser de naturaleza pecuniaria. En tercer lugar debía haberse agotado el plazo que se concedía al deudor para cumplir su obligación. La duración de este plazo, y sus posibles prórrogas, quedaban en Derecho clásico al arbitrio del juzgador que lo establecía discrecionalmente. Este plazo fue después fijado en dos meses, durante la época posclásica, siendo, finalmente, ampliado a cuatro meses por Justiniano. Pero también era posible que las dilaciones en el pago derivasen de la voluntad de las partes, mediante el mecanismo de la novación. Finalmente era necesario que el actor solicitase la toma de prendas sobre los bienes del deudor, que no se concedía de oficio.

I. SENTENCIA CONDENATORIA O CONFESIÓN

Volviendo a la descripción que nos hace Calístrato en D. 42.1.31, y, una vez agotado el plazo que se les concedía para pagar a los deudores conde-

¹ En Derecho moderno, conforme al art. 517 LEC, son título ejecutivo, además de las sentencias firmes, los laudos arbitrales, los autos que aprueban acuerdos transaccionales y otros documentos extrajudiciales que poseen fuerza ejecutiva. El art. 521 LEC precisa que sólo las sentencias declarativas de condena son, propiamente, susceptibles de ejecución.

nados cuando mostraban una voluntad rebelde al cumplimiento de la sentencia, se les tomaban bienes en prenda para obligarlos a satisfacer al acreedor demandante:

«pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum».

El origen de esta medida, como ya hemos referido, está según Calístrato, en el rescripto de Antonino Pío, que transcribe literalmente. Esta toma de prendas, según la respuesta imperial, se hará «a los que confesaren deber, o en virtud de sentencia firme tuviesen necesariamente que pagar»:

«his, qui fatebuntur debere aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, [...] eorum, [...] qui [...] non reddiderint, pignora capi».

Como se observa, la certeza de la deuda era un presupuesto ineludible para la puesta en marcha de este procedimiento ejecutivo y su fundamento más lógico será la sentencia firme («*ex re iudicata necesse habebunt reddere*»), aunque también era posible cuando los débitos eran confesados.

En tiempos de Caracalla debía haber, sin embargo, todavía alguna retención, por parte de los más conservadores, a admitir el *pignus in causa iudicati captum*, porque el emperador, en un rescripto, digamos «doctrinal» (C. 8.22.1, *Ant.* 213) reitera que este recurso había sido »repetidamente» (*saepe*), establecido en los rescriptos, justificándolo en la tradicional base convencional del proceso romano: a causa de un contrato sucede a una justa obligación la autoridad del que manda²:

«Res ob causam iudicati eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri ac distrahi posse saepe rescriptum est. nam in vicem iustae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas iubentis».

Por su parte los Tetrarcas, en un rescripto del 294 dirigido a un tal Glycón (C. 7.53.9) afirman que la toma de prendas por parte del *rector provinciae* se hará a aquellos deudores que hayan confesado su deuda o bien hayan sido condenados:

«Eos, quos debitores tuos esse contendis, apud rectorem conveni provinciae, qui, sive confessi debitum sive negantes et convicti fuerint condemnati nec intra statutum spatium solutioni satisfecerint, cum latae sententiae pignoribus etiam captis ac distractis secundum ea quae saepe constituta sunt meruerunt exsecutionem, iuris formam tibi custodiet».

² La llamada por la romanística «novación necesaria», que se producía al realizarse la *litis contestatio* y substituirse la deuda preexistente entre los litigantes por la nueva relación procesal de atenerse a la futura sentencia, y volvía a producirse en caso de sentencia condenatoria al substituirse la relación procesal derivada de la *litis contestatio* por la nueva obligación de pagar el *iudicatum*. Vid. KASER, *ZPR*, par. 55.II.2.

En la *cognitio* cabía una apelación de la ejecución por parte del ejecutado, cuando éste negase la sentencia, o afirmase haber pagado³, al menos a partir del siglo IV, como nos informa C. 7.65.5 (*Valens, Grat. Valent. del 378*)⁴.

Es posible preguntarse si el juramento decisorio y la *indefensio* podrían también dar lugar a un *pignus in causa iudicati captum*. Parece que, siguiendo a LITEWSKI⁵, hay que inclinarse por la negativa respecto al juramento en el proceso cognitorio, porque ya no era «decisorio» sino «indecisorio», es decir, un medio de prueba, sometido a la apreciación del juzgador.

En lo tocante a la *indefensio* en la *cognitio*, hay que recordar que originaba un proceso en contumacia con sentencia, naturalmente condenatoria, cuya ejecución seguiría los cauces ordinarios⁶: en consecuencia, se encontraría el *indefensus*, que no cumplía el *iudicatum*, con un *pignus in causa iudicati captum*.

1. Sentencia condenatoria. El «embargo preventivo», sin sentencia, de los bienes del ausente de *Nov. Iust. 53.4.1*

Para iniciar un procedimiento ejecutivo es preciso que exista una sentencia condenatoria. Obviamente ha de tratarse de una sentencia válida, pero *Ulp. 58 ad ed. D. 42.1.4.6* se ve en la necesidad de subrayarlo, advirtiendo que, si la sentencia fue nula por cualquier motivo, no debe decirse que hubo «condena»:

«Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat: ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere».

Algunos textos se refieren tan sólo a la necesidad de que exista una sentencia condenatoria, para poder tomar en prenda bienes del condenado.

³ Vid. FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 51-53.

⁴ C. 7.65.5.2: «*Quod si de possessione vel de fundis exsecutio concessa erit et eam suspenderit provocatio*».

⁵ LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 270, n. 269: «*Dagegen waren das iusiurandum necessarium und die indefensio keine Gründe für die Entstehung des pignus in causa iudicati captum. Der grundsätzliche Text D. 42 1 31 (siehe auch C. 7.53.9) erwähnt ausdrücklich die Anwendung unserer Institution in zwei Fällen dh. bei dem Urteil und bei der confessio. Kein anderer Text erwähnt eventuelle spätere Änderungen. Das ist vollkommen verständlich. Das iusiurandum necessarium war in Kognitionsverfahren kein Surrogat des Urteils sondern nur ein Beweismittel. Bei der indefensio fand die missio in bona Verwendung*».

⁶ BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, III par. 158, p. 312: «*Dagegen ist der Indefensus nicht mehr pro Damnato, sondern auch gegen den Reus contumax muss erst ein Contumacialverfahren und Contumacialurteil ergehen, damit die Execution gegen ihn eintreten könne*».

*Ulp. 7 disp.*D. 42.1.58 afirma que se puede revocar la toma en prenda y la enajenación de los bienes, cuando no hubiese habido previa sentencia, aunque olvida que también podría haber habido una confesión:

«Si, cum nulla sententia praecessisset, capta sunt et distracta pignora, possunt revocari».

Un rescripto de Septimio Severo y Antonino (Caracalla), del 206, recogido en C. 7.53.1 trata de reprimir la práctica de que los jueces ordenen la toma en prenda y la venta de bienes, antes de que la sentencia sea firme⁷. «Demasiado pronto» tomó el juez las prendas de Marcela antes de haber cosa juzgada, lo pertinente es que primero se dirija la acción contra ella y, una vez conocida la causa, recibir la sentencia:

«Nimis propere iudex pignora Marcellae capi ac distrahi iussit ante rem iudicatam. prius est ergo, ut servato ordine actionem adversus eam dirigas et causa cognita sententiam accipias».

También se refiere exclusivamente a la sentencia otro rescripto de Diocleciano y Maximiano, sin fecha, C. 7.53.8 donde se advierte que el ejecutor sólo lo es verdaderamente si, después de oído y discutido el litigio entre las partes y dictada la sentencia, lleva a efecto la fuerza de la cosa juzgada:

«Executorem eum solum esse manifestum sit, qui post sententiam, inter partes audita omni et discussa lite, prolatam iudicatae rei vigorem ad effectum videtur adducere».

Un caso especial de lo que hoy llamaríamos «embargo preventivo» (*missio in possessionem*), sin sentencia, aparece en la *Nov. Iust.* 53.4.1, de 537, en la que, como sucede en algunas Novelas, se mezclan, con deficiente técnica legislativa, disposiciones de muy diverso tipo⁸.

⁷ Esta práctica podría responder a la prevención de *periculum in mora* a que se refiere la moderna doctrina procesalista y cuyo remedio es, precisamente, el embargo preventivo, es decir, el que se acuerda antes de que se dicte una resolución firme para asegurar su efectividad. En Roma esta función en el proceso formulario la cumplían las *missiones in possessionem rei servandae gratia*, a las que ya nos hemos referido y a su posible colisión con la ejecución cognitoria de *pignus in causa iudicati captum*.

⁸ La rúbrica que encabeza la Novela revela la heterogeneidad del contenido, sorprendente en una Nov. relativamente temprana como ésta, pues la acumulación de temas diferentes es más propio de las Novelas posteriores al 542, cuando, después de morir Triboniano, cayó el nivel técnico de la legislación justiniana. Según la traducción latina de SCHÖLL y KROLL, reza así: *«Ut is qui quem, in provinciis in extraneum iudicium exhibet fideiussorem det se, nisi causam vincat, daturum esse quantum iudex eum qui calumniam passus sit accipere iusserit. Et ut is qui libellum accipit viginti dierum spatium habeat ad deliberandum, num vellit litigare iudicemve datum admittat. Et de eo qui post cautionem iuratoriam abest, ut debeat omne damnum resarcire actori ac fideiussore aliquo dato deinceps causam agere. Et <militiae ex casu quo pacto possint> oppignerari. Et de iis qui sine dote vel antenuptiali donatione coniuncti fuerunt defuncto pauperes divitii in quartam partem substantiae eius vocandis, sive liberi supersint sive non supersint».*

El propósito que preside este capítulo de la Novela es impedir las dilaciones en los juicios por ausencia del demandado. El supuesto que contempla viene expuesto en el pr. Se trata de que el demandado, después de haber jurado que comparecería, y antes de haber contestado la demanda, desapareciese de la Ciudad (se refiere, naturalmente, a Bizancio), en tal caso, se permite al demandante denunciar la ausencia para que el reo sea tenido por perjuro y «casi acusador de si mismo» por la fuga (*«fere sui ipsum accusatorem per fugam factum»*). El par. 1 dispone que, para que no quedase en suspenso la causa por la ocultación del demandado y por el retraso en su exhibición, debía el juez averiguar, como pudiera, a qué lugar se decía que se marchó:

«Ne igitur latitante eo et dilata exhibitione causa in suspenso maneat, iudex obiter examinet, quo ille terrarum abisse dicatur; [...]».

Continua disponiendo que, además de la averiguación del paradero, debía el juez señalar un plazo dentro del cual, si no viniera, examinaría la causa estando presente sólo una de la partes, es decir un conocimiento en contumacia con la sola presencia del actor. Pero, advierte que esta solución se daría únicamente cuando la incomparecencia se debiera exclusivamente a la libre voluntad del reo, y no porque el actor hubiese hecho algo para impedir la venida:

«[...] et certum diem statuat, intra quem si non venerit (modo liberam huius rei facultatem habeat nec vero, ut fit, ab actore opera arceatur vel quominus veniat prohibeatur), tunc una parte praesente causam examinet, [...]».

Una vez examinada la causa, prosigue, el juez debía poner al actor en posesión de los bienes de aquel, es decir del demandado, en la cuantía de la deuda declarada, para que de este modo, el que fue puesto en posesión tenga los bienes, para tener asegurado el importe de la deuda:

«[...] et in possessionem rerum illius mittat actorem pro modo debiti demonstrati, ita ut in possessionem missus res habeat debiti servandi causa [...]».

Como se observa, esta *missio in possessionem* provisional producía un efecto práctico similar al del *pignus in causa iudicati captum* en orden a garantizar la satisfacción de la pretensión del actor, pero entre ambos mecanismos existía la diferencia de que en la prenda judicial, decretada en virtud de una sentencia condenatoria, quedaba la cosa en poder del *executor* designado por el juez, mientras que en la *missio in possessionem* pasa directamente a manos del acreedor demandante⁹

⁹ BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, t. III, par. 159, p. 314: *«Da diese missio in possessionem nur in Betrag der Schuld erfolgt, so besteht im letztern Fall der Unterschied von der Pignoris*

La constitución finaliza afirmando que si aquél compareciera, tendría en primer lugar que abonar todos los daños, y entonces recuperaría los bienes y podría continuar el juicio, habiendo dado fiador.

«[...] *Et tunc siquidem ille compareat, prius ei omne damnum resarciat, atque ita res recipiat et fideiussore dato causam agat*»¹⁰.

2 Confesión¹¹

Como ya hemos señalado, no sólo podía derivar el *pignus in causa iudicati captum* de la sentencia condenatoria, sino también de la confesión de la deuda por el deudor, aunque en rigor habría que llamarlo, en este caso, *in causa confessionis captum*, porque no había habido, propiamente, *iudicatum*.

A. La equiparación entre confesión y sentencia

La equiparación entre los efectos de la confesión y los de la sentencia condenatoria era un principio de rancio abolengo en Derecho romano¹²; pues arrancaba de las XII Tablas¹³ y se mantuvo firme durante toda la etapa clásica.

El Digesto dedica un título a la confesión (D. 42.2 *De confessis*) y diversos fragmentos jurisprudenciales contienen esta regla, formulada en términos generales y en aplicaciones concretas de la misma.

Capio nur darin, dass nicht das Gericht, sondern der Gläubiger den Besitz und Verkauf in die Hand bekommt, jedoch natürlich unter unter Aussicht des Richters».

¹⁰ Seguimos la trad. latina del texto griego de SCHÖLL y KROLL. La del *Authenticum*, y, consiguientemente la española de GARCÍA DEL CORRAL presenta alguna diferencia de matiz.

¹¹ Traducimos por «confesión» el término *confessio* usado en las fuentes, sin desconocer que la misma carece de equivalente en nuestro moderno Derecho procesal. La aceptación *in iure* de la pretensión del actor equivaldría al allanamiento, si bien éste —salvo casos de mala fe o perjuicio de tercero— conlleva el dictado de una sentencia condenatoria (art. 21 LEC). La confesión judicial, que regulaban los arts. 580 y concordantes de la LEC de 1881, como medio de prueba tasada, quedó transformada en un medio probatorio más (el interrogatorio de las partes), sometida a la libre valoración del juzgador, en la LEC de 2000 (arts. 301 y ss.), si bien queda el juez vinculado a los hechos reconocidos por el declarante, no contradichos por otras pruebas, que sean enteramente perjudiciales para el declarante. En caso de incomparecencia (art. 304), negativa o reticencia a declarar (art. 307) el juez «podrá» tener por reconocidos los hechos que sean perjudiciales para el llamado a declarar.

¹² *Vid.* DI PAOLA, S., *Confessio in iure*, Catania-Milano, Giuffrè, 1952; CHIAZZESE, L., *Jusiurandum in litem*, Milano, Giuffrè, 1958; SCAPINI, N., *La confessione nel diritto romano. I. Diritto classico*, Torino, Giappichelli, 1973; sobre la confesión del crédito *vid.* LITEWSKI W. «“Confessio in iure” e “sententia”», en *Labeo* 22 (1976), pp. 252-267; SCAPINI N., *La confessione nel diritto romano. II. Diritto giustiniano*, Milano, Giuffrè, 1983.

¹³ *Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies diez iusti sunt* (Gellius, *Noct. Att.* 20,1.42).

Con carácter general enuncia *Paul. 56 ad ed*: D. 42.2.1 la equiparación entre sentencia y confesión, en una *regula*, que los compiladores colocaron al comienzo del título 42.2 (*De confessis*), en la que, tras señalar que al confeso se le tenía por juzgado, lo justifica diciendo que «en cierto modo es condenado por su propia sentencia»:

«*Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*».

Ulp. 27 ad ed. D. 42.1.56, recuerda una *oratio* de Marco Aurelio según la cual los que confesaban *in iure* eran tenidos como condenados:

«*Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur*».

Ulp. 5 de omn. trib. D. 42.2.6pr.¹⁴ afirma, en general que quien confesó una cosa cierta sería tenido por juzgado (y, por tanto, por condenado), pero no el que confesó un *incertum*:

«*Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit*».

A continuación concreta el jurista este principio con un ejemplo típico de *incertum*, como es la obligación alternativa. Si alguno hubiese confesado deber dar una cosa incierta o un objeto corpóreo, como un fundo o el esclavo Estico, debe exigírsele que concrete su confesión, confesando una cosa determinada, y, añade, quien confesó deber una cosa debe confesar una cantidad determinada:

D. 42.2.6.1: «*Si quis incertum confiteatur vel corpus sit confessus Stichum vel fundum dare se oportere, urgueri debet, ut certum confiteatur: item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem fateatur*».

El fragmento continúa (D. 42.2.6.2) refiriéndose a la confesión del demandado con acciones reales, reproduciendo el mecanismo de la tradicional *confessio in iure* y aludiendo a una *oratio* de Marco Aurelio por la cual se tiene como cosa juzgada, de manera absoluta todo lo que uno confesó:

«*Sed et si fundum vindicem meum esse tuque confessus sis, perinde haberis, atque si domini mei fundum esse pronuntiatum esset. et si alia quacunque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio dum quis convenitur, confiteatur, dici potest in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis divi Marci debere et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere. dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem et, si non restituatur, lis aestimabitur*».

¹⁴ Vid. KASER, *ZPR*, par. 37. II. 3, n. 27, donde cita bibliografía.

Plantea Ulpiano (D. 42.2.6.3) dudas sobre la eficacia de la confesión en favor de un ausente, porque dice que no debe ser tenido por juzgado el que jura sobre trabajos, seguramente por tratarse de un *incertum*, ni suele condenarse a nadie a favor de un adversario ausente, pero concluye que la confesión a favor del ausente es válida si está presente el representante de aquél en cuyo favor se hace, como es el procurador, el tutor o el *curator*:

«Si quis absente adversario confessus sit, videndum, numquid non debeat pro iudicato haberi, quia nec qui iurat de operis, obligatur nec soleat quis absenti condemnari. certe procuratorem, tutorem curatoremve praesentem esse sufficit».

Sin embargo, en el caso contrario, no cree que baste, para ser eficaz, la confesión realizada por estos representantes (D. 42.2.6.4):

«Sed an et ipsos procuratores vel tutores vel curatores fateri sufficiat, videamus: et non puto sufficere».

Puesto que para el pupilo se exigía la *auctoritas tutoris* (D. 42.2.6.5):

«In pupillo tutoris auctoritatem exigimus».

Y para el menor de 25 años que confesaba cabía la *restitutio in integrum ob aetatem* (D. 42.2.6.6):

«Minorem a confessione sua restituemus».

Este fragmento ulpiano concluye (D. 42.2.6.7) con una declaración que reviste interés para nuestro tema, al afirmar que los confesos tenían, después de su confesión, el mismo término temporal que los condenados por una sentencia:

«Confessi utique post confessionem tempora quasi ex causa iudicati habebunt».

También para diversas instituciones jurídicas en concreto, aplican los jurisconsultos la equiparación entre confesión y sentencia.

Respecto a los legados, recuerda *Paul. 9 ad Plaut.* D. 42.2.3 que, según Juliano, el que confesó deber cierto legado debía ser condenado en todo caso, aunque por la naturaleza de las cosas no hubiese existido o hubiese dejado de existir y de este modo debía ser condenado a su estimación, porque, concluye reproduciendo la *regula* antes citada, «al confeso se le tiene por condenado».

«Iulianus ait confessum certum se debere legatum omnimodo damnandum, etiam si in rerum natura non fuisset et si iam a natura recessit, ita tamen, ut in aestimationem eius damnetur: quia confessus pro iudicato habetur».

Dada la aproximación entre legados y fideicomisos, era lógico que la misma solución se aplicase a estos últimos. Así parece deducirse de un complicado fragmento de Africano (*5 quaest.*, D. 42.2.7) en el que un heredero al que se le pedía un fideicomiso confesó que lo debía, pero el árbitro, nombrado para la restitución comprobó que nada se debía. La respuesta del jurista se apoya en la causa por la cual no se debía. Si esta causa era que el fideicomiso fue nulo, no debería absolverlo, posiblemente porque la confesión del heredero, aparentemente fiduciario, implicaba su voluntad de pagar. Pero si la causa de que el fideicomiso no se debiese era la insolvencia del testador, o la afirmación del heredero ante el pretor fideicomisario de que todo había sido pagado, podía el árbitro remitirlo al pretor para que lo absolviera, al no encontrar nada en la cuenta con que se pudiese pagar:

«Cum fideicommissum peteretur, heres confessus est debere: arbiter ad restituendum datus comperit nihil deberi: quaesitum est, an possit absolvere. respondi posse interesse, qua ex causa nihil debeatur. nam si ob id, quod nullum fideicommissum fuerit, non debere eum absolvere: si vero quia testator forte solvendo non erat aut quod heres omne solutum esse apud praetorem dixerat et, cum controversia et computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit, salvo officio eum absoluturum: has enim partes eius esse, ut, si in computatione nihil inveniatur, possit absolvere. sed et ex superiore casu ad praetorem remittere debet, ut absolvatur».

Paul. 15 ad Plaut. D. 42.2.4 señala, para la *actio legis Aquiliae*, que, si aquél contra quien se ejercita esta acción confesó haber dado muerte a un esclavo, aunque no lo hubiera hecho, sí, no obstante, el esclavo hubiese sido muerto, es tenido por confeso (y, consiguientemente condenado).

«Si is, cum quo lege Aquilia agitur, confessus est servum occidisse, licet non occiderit, si tamen occisus sit homo, ex confesso tenetur».

Para las obligaciones de entregar una cosa nos dice *Ulp. 27 ad ed* D. 42.2.5, que quien confesó que debía al esclavo Estico debía ser condenado, tanto si éste ya había fallecido, como si murió después de la *litis contestatio*:

«Qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus iam Stichus erat sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est».

Debemos precisar que el pasaje anterior trata de la confesión sobre el deber de dar una cosa que había existido, porque, cuando era incierto que existiese, la confesión carecía de eficacia según *Paul. 4 ad Sab.* D. 42.2.8:

«Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae, an in rerum natura esset, incertum sit».

Del mismo modo, un rescripto de Caracalla, del 211, recogido por los compiladores, como única constitución, en el Tít. 7.59 (*De confessis*) del Código justiniano, enuncia el principio general y advierte al consultante, llamado Juliano, que deseaba sin causa que se prescindiera de su confesión y que estaba, por tanto, obligado a pagar:

C. 7.59.1: «*Confessos in iure pro iudicatis haberi placet. quare sine causa desideras recedi a confessione tua, cum et solvere cogaris*».

Sólo en los periodos posclásico y justiniano, a medida que la base convencional del proceso se fue desdibujando y se fortaleció el arbitrio del órgano judicial, perdió valor esta equiparación, convirtiéndose en un simple medio de prueba, que debía ser estimado en la sentencia, aunque, al vincular al juez, continuó la confesión revistiendo un valor decisivo¹⁵.

B. *La confesión en el pignus in causa iudicati captum*

También con carácter general aparece recordada la posibilidad de tomar prendas y venderlas de aquéllos que confesaron su deuda, en las PS.¹⁶ (5.5a.4).

«*Eorum, qui debito confessi sunt, pignora capi et distrahi possunt*».

¹⁵ En este sentido, señala KASER (*ZPR*, par. 90.III.2): «*Auch das Anerkenntnis vor dem Magistrat (confessio in iure), mit dem der Beklagte die Berechtigung des Klagebegehrens zugesteht, ersatz nicht mehr ein Urteil, sonder schafft nur ein Beweismittel, mit dem hier allerdings das Begehren des Klägers ausser Streit gestellt und damit der Inhalt des Urteils festgelegt wird. In diesem Sinn wird jetzt der Satz confessus pro iudicato est umgedeutet*». Como la *cognitio extra ordinem* comenzó a aplicarse en la época clásica (tal como indica PUGLIESE, G., «La "cognitio" e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato», en *Studi Biondi 2*, 1965, Milano, Giuffrè, pp. 141-168), llegando hasta la justiniana, hay que pensar que el *pignus in causa iudicati captum*, que era su mecanismo de ejecución en las sentencias pecuniarias, podría producirse directamente, en los primeros tiempos, como consecuencia una *confessio* del demandado, mientras que, en épocas mucho más tardías, precisaría, quizá, de un *iudicatum* condenatorio pronunciado por el juez, que habría tenido en cuenta la confesión del demandado, con lo cual los efectos prácticos serían los mismos en ambos casos, aunque no el *iter* procedimental utilizado, como sucede en nuestro Derecho vigente. Sin embargo, las fuentes que manejamos, en su mayoría de la época clásica tardía, o de comienzos del Dominado nos llevan siempre a la posibilidad de que la toma ejecutiva de prendas se produzca tanto por la sentencia condenatoria, como por la confesión del demandado. *Vid.* FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 11-13.

¹⁶ PS. 5.5a.4: «*Eorum, qui debito confessi sunt, pignora capi et distrahi possunt*». PAULUS, J. y LEVY, E., *Pauli sententiae: a palingenesia of the opening titles as a specimen of research in West Roman vulgar law*, 1945, Ithaca, New York, Cornell University Press, creen que en esta obra, atribuida, sin mucho fundamento a Paulo, pese a que es más tributaria del pensamiento ulpiano, contiene cuatro estratos sucesivos: A) el inicial de la segunda mitad del siglo III; B) el de fines del siglo IV; C) el de mediados del siglo V; y D) el coetáneo del *Corpus Iuris*. Como consecuencia de esta elaboración estratual, las PS. contienen, junto a reglas del más puro Derecho clásico, otras propias del Derecho vulgar occidental o de origen posclásico helenizante; evidentemente el texto que comentamos refleja la doctrina clásica. *Vid.* D'ORS, DPR, par. 56, donde cita (n. 5) una traducción española del trabajo de Levy a cargo de J. ADAME, en *Anuario Jurídico*, México, 7 (1980), pp. 449-550.

Cuando C. 7.53.9 (*Diocl.- Maxim.* 294) autoriza a tomar bienes en prenda a los deudores que, o bien confiesen la deuda, o bien, negándola, fuesen condenados, *qui, sive confessi debitum sive negantes et convicti fuerint condemnati*, es evidente que alude a la confesión judicial ante el gobernador de la provincia.

«*Eos, quos debitores tuos esse contendis, apud rectorem conveni provinciae, qui, sive confessi debitum sive negantes et convicti fuerint condemnati nec intra statutum spatium solutioni satisfecerint, cum latae sententiae pignoribus etiam captis ac distractis secundum ea quae saepe constituta sunt meruerunt executionem, iuris formam tibi custodiet*».

Cabe preguntarse si la confesión que puede dar lugar a la toma de *pignora in causa iudicati* se refiere tan sólo al reconocimiento judicial del débito por el demandado, es decir el allanamiento (la *confessio in iure* del procedimiento formulario), o era admisible también alguna otra forma de reconocimiento extrajudicial. Parece lógico pensar que la decisión imperial contemplaba tan sólo la confesión judicial¹⁷, y pensamos que por dos razones: de una parte, por la ausencia en Roma de una fe pública notarial, al estilo moderno, y de documentos que, al contener un reconocimiento indubitado de la deuda, llevasen aparejada ejecución y, por otra parte, porque el fuerte componente administrativo del proceso cognitorio parece avenirse mal con la aceptación como indubitadas de las declaraciones producidas fuera de la actas del proceso.

II. CARÁCTER PECUNIARIO DE LA DEUDA

Otro presupuesto ineludible para desencadenar el mecanismo ejecutivo de la toma de prendas, es que la deuda, derivada de la condena, fuese dineraria¹⁸, pues el procedimiento cognitorio permitía la ejecución forzosa en especie, *manu militari*¹⁹, cuando la naturaleza de la reclamación lo permitía²⁰

¹⁷ Lo da por sentado BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, II, par. 115: «*ein gültiges condemnatorisches Urteil [...] oder ein gerichtliches Geständniss von gleichem Inhalt, denn nur wer eines Certum geständig ist, gilt jetzt in vollem Sinne des Wortes pro iudicato*».

¹⁸ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 11: «*Für die Verurteilung, welche die Execution zur Folge haben soll, mit materiell erforderlich, dass sie auf Geld gerichtet ist. [...] Für die Begründung des pignus i.c.j.c. bleibt somit die condemnatio pecuniarie die unverrückte Grundlage*». El Derecho procesal español vigente reconduce a la ejecución dineraria la realización de las sentencias que contienen una obligación de hacer no personalísimo (por la vía de la ejecución subsidiaria o por la de indemnización de daños y perjuicios) e incluso, en último extremo y agotados los medios *coerop. cit.ivos*, la de condenas de hacer personalísimo. Art. 700 LEC.

¹⁹ *Ulp. 51 ad ed. D. 6.1.68.*

²⁰ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 11, sostiene que la *condemnatio pecuniaria*, tradicional en Derecho romano, se mantuvo hasta la época imperial tardía, suponemos que se refiere al Principado, y más tarde se introdujo la ejecución específica, que no implicaba un *pignus in causa iudicati captum*: «*Soweit jedoch eine noch spätere Zeit auch eine unmittelbare Execution specieller*

lo cual se daba no sólo en las acciones reales sino también en muchas personales en las que se pretendía la transferencia de una cosa determinada, y en las *missiones in possessionem*²¹. No se hace, sin embargo, referencia expresa en los textos que hemos examinado a la naturaleza dineraria de la deuda, lo cual, probablemente, se daba por sentado. Aunque en rigor también eran *debitores* los obligados a dar una cosa cierta y su prestación era un *solvere*, hay que suponer que el *pignus in causa iudicati captum* se aplicaría a condenas recaídas en juicios en los que se reclamaban deudas estrictamente pecuniarias.

Respecto a las sentencias que impusieran condenas de hacer, descarta BETHMANN-HOLLWEG que hubiese algún tipo de coerción punitiva patrimonial o personal²², porque, argumenta, en la Compilación justiniana sólo aparecen estos medios coercitivos para funciones que tienen un marcado carácter público²³, y concluye afirmando que para las demandas civiles el juez ordena generalmente la condena al interés en caso de incumplimiento²⁴.

Podemos suponer que, en las sentencias que condenaban a un *facere*, el mecanismo ejecutivo de la cognitio oscilaría, en la práctica, entre la reparación *manu militari* y la toma de prendas, según cuál de estos recursos se adaptase mejor a las circunstancias del caso. Cuando se tratase de realización de obras, o trabajos físicos, que podían ser realizados u ordenados fácilmente por el condenado, se optaría por la ejecución específica, para, de este modo, satisfacer la pretensión del actor. Así vemos cómo en un rescripto de Filipo el Árabe, del 246 (C. 3.34.5), dirigido al militar Luciano, se dispone que si el adversario construyó injustamente algo contra la servidumbre, que era debida a los edificios del consultante, se cuidará el

Gegenstände zuliess, erwuchs aus derselben für den Gläubiger kein pignus i.c.j.c., sondern die Sache wurde ihm zu eigen transferiert». KASER, M., ZPR, par. 76, «Da für das Kognitionsverfahren das Prinzip der condemnatio pecuniaria nicht gilt, kann ein Urteil, das auf eine andere Leistung als Geld lautet. Ohne weiteres dadurch vollstreckt werden, dass der Schuldner zu diese Leistung gezwungen wird».

²¹ Ulp. 52 ad ed. D. 36.4.5.27: «Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem. Ulp. 68 ad ed. D. 43.4.3pr.: Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius induendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem». KASER, ZPR, par. 76, n. 14, considera este fragmento sospechoso de interpolación.

²² BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, II, par. 158, p. 518: «Dass hingegen jetzt ein Tun (facere) oder Leisten (praestare) Gegenstand der Execution gewesen, also etwa durch Vermögens- oder Freiheitsstrafen erzwungen worden sei, ist nicht anzunehmen [...]».

²³ *Ibid.*, «[...] weil auch Justinians Compilation einen solchen Zwang nur bei gewissen öffentlichen Functionen eintreten lässt».

²⁴ *Ibid.*, «[...] bei Civilansprüchen dagegen den Richter allgemein anweist, im Fall der Nichtleistung zum Interesse zu condemnieren».

gobernador de la provincia, por su propia autoridad, de que se vuelva a la primitiva forma, teniendo en cuenta además el daño causado, lo que podría a llevar a una concurrencia entre ejecución subsidiaria y embargo por la cuantía del daño.

«Si quid pars diversa contra servitutum aedibus tuis debitam iniuriose extruxit, praeses provinciae revocare ad pristinam formam, damni etiam ratione habita, pro sua gravitate curabit».

Parece que la respuesta imperial está pensando, o bien en una ejecución específica, realizada por el propio condenado, o bien en una ejecución *manu militari*, que consistiría en destruir, por los agentes de la autoridad, la construcción que impidiese el ejercicio de alguna servidumbre urbana, siendo el consultante dueño del predio dominante. La demolición es un trabajo relativamente fácil de realizar, incluso por personas no muy expertas al servicio de la autoridad provincial, en caso de que el dueño del predio sirviente se resistiese a hacerlo. Pero no cabe pensar que una demolición realizada por agentes públicos se produjese a cargo del Erario, sin coste alguno para el ejecutado recalcitrante. Es muy probable que, una vez restituida físicamente la servidumbre por orden del gobernador, se le reclamasen los gastos al condenado incumplidor, lo que originaría una nueva deuda que, en caso de impago, conduciría a una toma de prendas. Pero, además, si se repara en la indemnización del perjuicio irrogado, a la que hace referencia el rescripto, es evidente que se trataría de una deuda pecuniaria que, de no ser pagada, llevaría a un *pignus in causa iudicati captum*.

Podía haber otras condenas que, aun siendo en rigor de hacer, podían traducirse normalmente en el pago de una suma de dinero, como podían ser las de prestar alimentos. En tales casos se optaba por la toma de prendas. *Ulp. 2 de off. cons. D. 25.3.5* realiza un minucioso desarrollo del deber de alimentos entre ascendientes y descendientes y apunta, en el par. 10, que «si alguno de éstos», es decir, los ascendientes o descendientes obligados a darlos, se negaren a cumplir, se señalarán los alimentos con arreglo a sus «facultades», o sea, de sus posibilidades económicas; se le obligará a dar cumplimiento a la sentencia tomándole prendas y vendiéndolas:

«Ulp. 2 de off. cons. D. 25.3.5.10: «Si quis ex his alere detrectet, pro modo facultatum alimenta constituentur: quod si non praestentur, pignoribus captis et distractis cogetur sententiae satisfacere».

III. AGOTAMIENTO DEL PLAZO CONCEDIDO AL DEUDOR PARA PAGAR

1. Establecimiento del plazo discrecional, en Derecho clásico

La precisa descripción del *pignus in causa iudicati captum* y de su implantación por Antonino Pío, que nos da Calístrato²⁵, en el siglo III (*Call. 2 cogn. D. 42.1.31*), comienza diciendo que a los deudores se les ha de conceder un plazo para pagar:

«*Debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat: [...]*».

Advierte *Gai. ad ed. praet. urb. de re iud. D. 42.1.7* que, aunque la acción ejecutiva no pueda ejercitarse dentro del plazo establecido, no se duda hoy de que el condenado puede liberarse de muchos modos, y, para reforzar este aserto, concluye diciendo que «el plazo de los días está establecido por la ley a favor del condenado y no contra él»²⁶:

«*Intra dies constitutos, quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est*».

Cabe preguntarse si este plazo había de ser solicitado por el deudor condenado, o bien podía ser concedido de oficio por el juzgador. Parece que, a tenor del fragmento de Calístrato, era necesaria la petición de la parte, pues afirma que a los deudores que lo piden²⁷ no sólo se les da un plazo para pagar, sino que este término podía ser prorrogado por el órgano judicial «si la causa lo exige», es decir, si, a criterio del juzgador, existían razones que lo justificasen, de acuerdo con el principio imperativo y no dispositivo que preside todo el procedimiento cognitorio.

También podría traducirse el inicio del fragmento en el sentido de que a los deudores se les ha de dar un plazo para pagar «no solamente si lo piden», lo que implicaría que se trataba de un término automático concedido siempre por el juzgador, sin necesidad de solicitud de la parte²⁸. En rigor, no hay que descartar la posibilidad de que este plazo fuese concedido de oficio en caso de sentencia condenatoria, siguiendo la antiquísima tradición

²⁵ BONINI R., *I «Libri de cognitionibus» di Calístrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*. I, Milano, Giuffrè, 1964.

²⁶ VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 56: «*Dadurch wurde dem Schuldner noch eine Karenzzeit eingeräumt, in der noch freiwillig leisten konnte*».

²⁷ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 272, siguiendo a BONINI, afirma que «*Ohne Antrag gab es auch kein «tempus iudicati»*».

²⁸ Así lo interpreta GARCÍA DEL CORRAL: «A los deudores se les han de dar días para pagar, no solamente si los piden, sino que, si el caso lo exige, se les han de prorrogar también; [...]».

de las XII Tablas, que parecen establecer el plazo de treinta días de manera imperativa²⁹. Pero parece más acertada la interpretación según la cual la concesión del plazo se producía siempre por petición del deudor, aunque se podía prorrogar si el asunto lo requería³⁰, y hay que pensar que normalmente derivaría también la prórroga de una nueva petición del obligado que alegaría razones para ello.

El origen de esta concesión de plazo se encuentra, según Calístrato, en un rescripto de Antonino Pío, dirigido al procónsul Casio, con este tenor: «A los que confesaren³¹ deber o tuvieran necesariamente que pagar en virtud de cosa juzgada, déseles un tiempo para pagar, que se tenga por suficiente según las posibilidades de cada uno; a los que no pagaren dentro del término concedido desde el principio o prorrogado después por esta causa, tómenseles prendas y véndanse éstas si no hubieren pagado dentro de dos meses, y si sobrare algo de los precios, devuélvase a aquel de quien eran las prendas vendidas».

«[...] ex forma, quam Cassio proconsuli divus Pius in haec verba rescripsit: his, qui fatebuntur debere aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur: eorum, qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi, eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant».

Esta exigencia la encontramos también en un rescripto de Diocleciano y Maximiano, del 294, recogido en C. 7.53.9 («[...] *condemnati nec intra statutum spatium solutioni satisfecerint [...]*»)³².

No se trataba, pues, de un plazo para pagar que pudiese conceder el juzgador, a instancia del deudor, previamente al desarrollo del proceso, para evitar el juicio mediante el cumplimiento³³, sino que se establecía siempre después de concluido el proceso, pues la confesión, que se equiparaba a la sentencia condenatoria, debía ser realizada ante el juez que conocía del procedimiento, y no extrajudicial.

²⁹ 3.1: «*Aeris confessi rebus{que} iure dicatis XXX dies iusti sunt*. 3.2: *Post deinde manus iniectio esto*».

³⁰ La traducción de Aranzadi se inclina por esta interpretación: «No sólo debe darse a los deudores que lo pidan un plazo para el pago, sino que también debe prorrogarse el que ya tenían, si es que el asunto lo requiere [...]».

³¹ Vid. BLANK, H., «*Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff*», en ZS 99 (1982), pp. 303-316.

³² C. 7.53.9 (*Diocl. et Maxim. 294*): «*Eos, quos debitores tuos esse contendis, apud rectorem conveni provinciae, qui, sive confessi debitum sive negantes et convicti fuerint condemnati nec intra statutum spatium solutioni satisfecerint, cum latae sententiae pignoribus etiam captis ac distractis secundum ea quae saepe constituta sunt meruerunt executionem, iuris formam tibi custodiet*».

³³ Como ocurre actualmente con el proceso monitorio (art. 812 ss. LEC).

La duración de este plazo, que, muy posiblemente, se acomodase, con frecuencia, al de los treinta días de la Ley Decenviral, sufrió diversas vicisitudes, desde una amplia discrecionalidad inicial del juzgador, cambiada después por un término de dos meses, que finalmente se amplió a cuatro en el Derecho justinianeo.

Se pregunta FLEISCHMANN por el momento en que comenzaría a correr este plazo, en el caso de la confesión, puesto que, cuando había sentencia, estaba claro. Distingue el autor entre la *confessio certi* y la *incerti*. Respecto a la primera no habría problema: el plazo correría, como en la sentencia, a partir del momento en que se realizó la confesión. Pero en la *confessio incerti*, por ej., cuando el deudor había prometido pagar «todo lo que debiera al acreedor por aquella causa», cabía una *actio confessoria* o *ex confessio* para precisar el montante de la deuda. Concluye opinando que esta acción perseguía un fin solamente liquidatorio y no condenatorio, por lo que no modificaba el inicio del término³⁴, pero considerando que no tendría sentido una exigencia de pago sin haberse precisado la cantidad, concluye que el plazo se prorrogaría hasta que se decidiera la *actio confessoria*³⁵.

El texto que comentamos (*Call. 2 cogn. D. 42.1.31*) es suficientemente expresivo a la hora de subrayar la discrecionalidad del juzgador para prorrogarlo, porque, tras enunciar la existencia del término para pagar, advierte, a continuación, que el embargo de los bienes sólo se producirá contra aquellos «que retrasaban el pago más por contumacia que por no poder entregar el dinero», lo que está indicando que, en los casos de insolvencia no imputable al deudor, habría un amplio margen para alcanzar convenios dilatorios que permitiesen un cumplimiento tardío de la condena:

«[...] si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum [...]».

Ulp. 6 ad ed. D. 42.1.2, nos advierte de esta discrecionalidad cuando señala cómo el juzgador que conoce de un asunto en el tribunal, no siempre observa el tiempo de la cosa juzgada, sino que a veces lo acorta y en ocasiones lo alarga, según el tipo y la cuantía de la causa, o en consideración a las personas, o a la contumacia; y añade que muy raramente se ejecutarán las sentencias dentro del plazo establecido, como sucede, sin embargo, cuando se señalan alimentos o se auxilia a un menor de veinticinco años³⁶:

³⁴ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 15: «Man könnte nun meinen, dass diese action, da sie nur rechnerische nicht kondemnatorische Zwecke verfolgt, an dem Anfangstermin des tempus judicati nichts änderte».

³⁵ *Ibid.*: «Aus dieser Erwägung verlängert sich das tempus judicati nach der confessio in jure incerti schon gesetzlich um den Zeitraum zwischen Abgabe der confessio und Entscheidung auf die actio confessoria».

³⁶ BUZZACCHI, C., *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, Giuffrè, 1996.

«Qui pro tribunali cognoscit, non semper tempus iudicati servat, sed nonnumquam artat, nonnumquam prorogat pro causae qualitate et quantitate vel personarum obsequio vel contumacia. sed perraro intra statutum tempus sententiae exsequuntur, veluti si alimenta constituentur vel minori viginti quinque annis subvenitur».

Los textos anteriores nos hacen pensar que los ejecutados, cuando no satisficieran por verdadera imposibilidad económica, podrían obtener nuevos aplazamientos, si había esperanza de que, finalmente, pudiesen pagar, o probablemente, en los casos de total falta de bienes, no se desarrollase el procedimiento ejecutivo, que se presentaba como totalmente infructífero.

2. El plazo bimestral después del juicio en el Derecho posclásico. Litiscrecencia e intereses

Esta discrecionalidad del juzgador para conceder o alargar el plazo del condenado para pagar, y evitar así la ejecución, desapareció en el Derecho posclásico según una ley de Graciano, Valentiniano y Teodosio, del año 380, que conocemos a través de C. Th. 4.19.1pr. (= Brev. 4.17.1pr.). Aunque esta disposición alude a posibles dilaciones, ya no eran éstas de carácter discrecional, sino legal. Establece que a aquellos que incurran en mora transcurridos dos meses, después del fin de juicio, en los que se le concede dilación por las leyes relativas a los pagos, incurran en mora para pagar, les serán demandados intereses del doble de la centésima parte (mensual, es decir, del 24 por 100) desde el día de la sentencia que los declaró condenados hasta el tiempo en que extinguieren la deuda mediante el pago³⁷.

«Qui post iudicii finem, exceptis duobus mensibus, quibus per leges solutionum nonnumquam est concessa dilatio, moram afferent solutioni, a die patratu iudicii, quo obnoxii redditi sunt, in duplicium centesimarum conveniantur usuras [...] usque in id tempus, quo debitum solutione diluerint [...]».

El texto precisa, entre corchetes, que «evidentemente» (*scilicet*) estos intereses se calcularían aparte del principal de la deuda sobre la cual se había litigado. Esta añadidura, por lo demás obvia, pudiera ser una glosa añadida, para evitar torcidas interpretaciones, pero en todo caso carece de trascendencia para este estudio la cuestión de si esta frase figuraba o no en el texto legal originario.

«[...] [extrinsecus medietatem debiti, de quo litigatum est, sicut prius constitutum est, inferentes [...]».

³⁷ Vid. KASER, *ZPR*, par. 96, II, n. 7, con bibliografía. En la actualidad existe, para este caso una moral procesal legal del interés legal incrementado con el 2 por 100, LEC art. 576.

Más curiosa es la justificación con que, utilizando la retórica suasoria, concluye la ley. Afirman los emperadores que esto es introducido por nosotros a semejanza de las fórmulas del Derecho antiguo, según las cuales los poseedores de mala fe eran demandados por el doble de los frutos³⁸, y pretenden que, del mismo modo, sea perseguido el posible daño causado por los deudores de mala fe.

«[...] *quod a nobis exemplo aequabili ex iuris prisca est formulis introductum, ut, quia malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, aequae malae fidei debitores simile damni periculum persequatur*».

No hay que confundir este plazo bimestral, para poder pagar la condena, evitando así la ejecución, con otro plazo, de idéntica duración concedido al ejecutado a partir de la toma de prendas, en el que podía liberarlas pagando y evitar la venta de los objetos trabados. Fue concedido, como ya hemos visto, por el rescripto de Antonino Pío a Cassio, según *Call. 2, cogn. D. 41.1.31*. De este plazo nos ocuparemos, cuando analicemos la realización de los *pignora in causa iudicati capta*.

3. El plazo de cuatro meses establecido por Justiniano

Este término bimestral fue ampliado a cuatro meses por Justiniano (C. 7.54.2, del 529), cuando dispuso que aquellos que habiendo sido condenados hubiesen demorado más de cuatro meses, a contar desde el día de la condena, o, si hubiesen interpuesto apelación³⁹, desde el día de la confir-

³⁸ No podemos precisar de dónde tomaron los redactores de esta ley la noticia de que en el proceso formulario respondían los poseedores de mala fe, condenados a la restitución, por aplicación de la cláusula arbitraria, del doble de los frutos, cuando según la doctrina, pacífica en este punto, lo que el poseedor de mala fe tenía que restituir eran todos los frutos, separados y sin separar, anteriores y posteriores a la *litis contestatio*, tanto en el Derecho clásico como en el justiniano, a diferencia del de buena fe que, en Derecho clásico, tan sólo debía restituir los posteriores a la *litis contestatio* y podía retener los anteriores que estuviesen separados, devolviendo los no separados, aunque podía, mediante una *exceptio doli*, recuperar las impensas de producción de estos últimos. El origen de esta chocante litiscrescencia al *duplum*, atribuida por la Cancillería imperial del siglo IV, a la restitución de frutos del poseedor de mala fe en Derecho clásico, pudiera ser una mala interpretación de la litiscrescencia por *infinitio* propia de la *actio iudicati* formularia, que hacía crecer al doble la ejecución cuando el condenado se oponía a ella temerariamente, pero la indagación sobre este punto nos llevaría fuera de los límites del tema elegido para este trabajo, aunque quizás merezca ser profundizada en el futuro, como ejemplo de las erróneas ideas que circulaban en los siglos posclásicos acerca del Derecho clásico, al que, por otra parte, tanto se veneraba formalmente. En todo caso, lo que queda claro es que los redactores de esta ley imperial, que no pasó a la *Compilación justiniana*, querían establecer un paralelismo entre las acciones reales y las personales a la hora de agravar la situación de quien incurría en comportamientos antijurídicos: del mismo modo que el poseedor de mala fe vencido en el juicio petitorio, debía devolver, según creían ellos, el doble de los frutos, el condenado por impago de una deuda, que incurría en *mora solvendi* vería aumentada su condena por los intereses moratorios.

³⁹ Sobre la eficacia suspensiva del recurso de apelación en la LEC de 2000, *vid. art. 456, Ámbito y efectos del recurso de apelación*, y los preceptos con él concordantes.

mación de la sentencia, deberían pagar las cantidades dispuestas en la misma, con el interés del 1 por 100.

«Eos, qui condemnati solutionem pecuniarum, quas dependere iussi sunt, ultra quattuor menses a die condemnationis vel, si provocatio fuerit oblata, a die confirmationis sententiae connumerandos distulerint, centesimas usuras exigi praecipimus: [...]».

La constitución continúa disponiendo la revocación del 2 por 100 establecido en las antiguas leyes («[...] *nec priscis legibus, quae duas centesimas eis inferebant, [...]»*) y el del 0,50 por 100 dispuesto por él mismo en una disposición anterior («[...] *nec nostra sanctione, quae dimidiam centesimae statuit, locum in eorum personam habentibus»*)⁴⁰.

Este plazo cuatrimestral se extiende a los fiadores del condenado pues dice Justiniano que en la antigüedad, «con pésimo ejemplo», se concedía a los condenados un plazo de dos meses para pagar pero no se concedía a los fiadores el mismo beneficio, por lo que los ejecutantes, prescindiendo, con este apoyo legal, de las personas condenadas, exigían inmediatamente a los fiadores o a los mandantes de crédito el pago de las cantidades o la entrega de las cosas comprendidas en la condena:

C. 7.54.3.3 (*Iust.* 531):

«Et cum antiquitas pessimo exemplo reis quidem condemnatis laxamentum duorum mensum praestabat, fideiussores autem eorum eodem uti beneficio non concedebat, ut liceret victoribus relictis propter legem condemnatis personis a fideiussoribus eorum vel mandatoribus statim pecunias vel res in condemnatione positas exigere, [...]».

Para corregir esta injusticia manda el emperador que el plazo de cuatro meses concedido a los condenados se extienda también a fiadores y mandantes de crédito con el fin de que no se eluda la ley:

«[...] huiusmodi acerbitatem resecantes sancimus quadrimestres indutias, quas dedimus condemnatis, etiam ad fideiussores eorum et mandatores extendi, ne legi fiat derogatum [...]».

Puesto que al ser compelido a pagar el garante, apremiaba éste al pago al demandado condenado, de manera que no disfrutaba del beneficio del plazo

*«[...] cum enim interventor solvere compellatur et ipse reum coerceat ad invitam solutionem, nullum condemnatus habebat nostrae sensum humanitatis, quia per medium fideiussorem statim pecunias persolvere compellebatur»*⁴¹.

⁴⁰ C. 7.54.3.2 prohíbe los intereses de los intereses, es decir el «anatocismo».

⁴¹ En esta ley se manifiesta el deseo de Justiniano de remediar la injusticia de que los garantes respondiesen de las deudas garantizadas antes que los principales obligados, una aspiración que

4. Dilaciones derivadas de la novación

Los aplazamientos antes citados podrían ser concedidos por el juzgador en atención a las circunstancias. Pero también cabía que derivasen de acuerdos dilatorios entre el condenado y el demandante, para evitar la ejecución, que podrían discurrir por los cauces de la novación⁴², en la que la deuda nacida del *iudicatum* quedaba extinguida y surgía otra nueva que, conservando la mayor parte de los elementos de la anterior, introducía, sin embargo, *aliquid novi*⁴³, al cambiar la causa, el acreedor, el deudor o algún elemento accidental de la obligación. La obligación nacida del *iudicatum* podía ser cambiada por novación en diversos aspectos, lo que podía frenar la toma de prendas ejecutiva, o incluso impedirla totalmente.

Durante la época clásica derivaba siempre la novación de la forma solemne (*stipulatio o transcriptio nominum*), como atestiguan numerosos textos⁴⁴, mientras que en el Derecho posclásico era el *animus novandi*, declarado expresamente, lo que daba lugar a la sustitución de la antigua

crystalizaría cuatro años más tarde en la famosa Novela 4 (del 535) en la que bajo la rúbrica *Peri tou tous daneistas proteron jorein kata ton prototypon jreoston, kai en deuterai taxei, aponon touton eurezenton, kata ton mandatoron e ton antifoneton e eggveton* (Que los acreedores demanden en primer lugar a los deudores principales y en segundo lugar, si no se consigue que ellos paguen, a los mandantes de crédito, o a los obligados por *constitutum*, o a los fiadores), establece un «sistema» de excusión, convertido en «beneficio» para los negocios bancarios en la Nov. 136 (de fecha incierta) titulada *Peri argyropatikon synallagmaton* (Sobre los contratos de los banqueros). Vid. DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la Banca Bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987, cap. IV, pars. 1-10, pp. 142-160 y p. 173, n. 17.

⁴² D. 46.2. *De novationibus et delegationibus*, C. 8.41, *De novationibus et delegationibus*. KASER, *RPR*, I, par. 152.

⁴³ *Ulp. 46 ad Sab. D. 46.2.1pr.*: «*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur. novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*»

⁴⁴ *Gai. 2.38*: «*Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si quelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit., ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur novatio obligationis.*»

Cels. 5 dig. D. 12.1.32: «*Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed proprius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*»

Ulp. 22 ad ed. D. 45.1.75.6: «*Qui vero a Titio ita stipulatur: "quod mihi Seius debet, dare spondes?" et qui ita stipulatur: "quod ex testamento mihi debes, dare spondes?" , incertum in obligationem deducit., licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeatur. quamvis istae species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico, quod in horreo repositum est: et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur promittere, si modo et is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin ita interrogentur: "id fide tua esse iubes?".*»

Ulp. 46 ad Sab. D. 46.2.8.4: «*Si decem, quae mihi Titius debet, aut decem, quae Seius debet, a tertio stipulatus fuero, putat Marcellus neutrum liberari, sed tertium eligere posse, pro quo decem solvere velit.*»

Inst. 3.29.3a: «*Praeterea novatione tollitur obligatio. veluti si id quod tu Seio debeas, a Titio dari stipulatus sit.*»

obligación por la nueva⁴⁵. Hay que pensar que, habiéndose aplicado el procedimiento cognitorio en ambos periodos de la evolución histórica del Derecho romano, las novaciones de la condena irían paulatinamente variando su configuración.

Un rescripto de Antonino Pío, sin fecha, dirigido a Máximo, y recogido en C. 7.53.2 que atribuye a los gobernadores provinciales la facultad de tomar bienes en prenda y venderlos para percibir un precio, apunta la posibilidad, quizá no infrecuente en la práctica, de excluir la toma del *pignus* ejecutivo: la de que el condenado, o un tercero intercesor⁴⁶ a pregunta del actor triunfante, realizase una promesa solemne de pagar la condena. El texto se inicia advirtiendo:

«*Si causam iudicati non novasti [...]*».

Esta *stipulatio*, que normalmente podría venir asegurada por alguna garantía personal⁴⁷, o por alguna otra forma de refuerzo⁴⁸, producía, evidentemente, un efecto novatorio, extintivo de la obligación derivada del *iudicatum* y creador de una nueva deuda estipulatoria, cuyo cumplimiento se podría exigir en el juicio correspondiente:

«*[...] quod si novata causa est, ex stipulatu tibi actio competit et iudice accepto secundum iuris formam experire*»⁴⁹.

Un rescripto de Caracalla responde al consultante que si no realizó una novación de la causa de la sentencia, el presidente de la provincia mandará realizar las prendas tomadas para el pago, pero, si había sido novada, tendría la *actio ex stipulatu*, es decir, la que correspondía a una *stipulatio incerti*, y podía ejercitarla ante el juez⁵⁰:

⁴⁵ C. 8.41.8, *Iust.* 530: *pr.*: «*Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit vel cautionem iuniorum acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus priori cautelarum innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundum magis pro anterioribus elegerint.*

l.: «*Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimat, ut sine novatione, quod solito vocabulo "anobateutos" dicunt, causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire*».

⁴⁶ Mediante una *expromissio*.

⁴⁷ «*Fideiussio, mandatum pecuniae credendae, constitutum debiti alieni o receptum argentarii*».

⁴⁸ Como la *stipulatio poenae*.

⁴⁹ Observemos que se hace referencia a la *actio ex stipulatu*, propia de la promesas de *incertum*, y no a la *condictio*, o *actio certi*, lo que hace suponer que normalmente la promesa vendría referida a «todo aquello que se debiese por razón de la sentencia» y no a una cantidad fija.

⁵⁰ *Vid.* SOLAZZI, S., «*Iudex acceptus*», en *SDHI* 22 (1956), pp. 342-345, y «*Costituzioni glossate o interpolate nel "Codex Justinianus"*», en *SDHI* 24 (1958), pp. 1-79; BONIFACIO, F., *La novazione nel diritto romano* 2, Napoli, Jovene, 1959; PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi*

C. 7.53.2 (*Ant.* sin fecha)

«*Si causam iudicati non novasti, rem iudicatam praeses provinciae etiam pignoribus captis ac distractis ad emolumentum perducere iubebit. quod si novata causa est, ex stipulatu tibi actio competit et iudice accepto secundum iuris formam experire*».

La referencia a la *actio ex stipulatu* nos lleva a pensar en una novación estipulatoria, propia del Derecho clásico, aunque también hemos de recordar que en esta época la *cautio* escrita, o quirógrafo, había suplantado ya a la tradicional *stipulatio* verbal⁵¹, y esto fue lo que, posiblemente, convirtiese el *animus novandi* en el elemento decisivo para el efecto novatorio⁵². Por eso no es arriesgado pensar que la novación de la condena de la que nos habla este rescripto fuese una novación documental, cuya eficacia sustitoria de la obligación preexistente derivase del contenido material. Por lo demás no hay que descartar la posibilidad de acuerdos sin novación entre el ejecutante y el condenado, para conceder un nuevo plazo, pensemos, por ejemplo, que este resultado podía conseguirse también mediante el *constitutum debiti proprii vel alieni*, por el cual el condenado, u otra persona que intercediese por él, lograría que se estableciese un plazo, o se prorrogara el existente, para el pago de la condena. Aunque el *constitutum* no era un negocio estipulatorio, y, por consiguiente, no producía la novación de la deuda, podría dilatar la ejecución⁵³.

IV. PETICIÓN DEL ACTOR

Finalmente, es preciso que medie una petición del actor, acreedor del cumplimiento de una sentencia condenatoria incumplida, para que el órgano juzgador ordene la toma de bienes en prenda. En ningún caso se produce el embargo de oficio, sino a instancia de parte interesada, como indirectamente se deduce de C. 8.22.2pr. (*Alex.* 223), cuando atribuye la venta de las cosas pignoradas por causa de una sentencia a quien ordenó el *pignus* y no a «quien solicitó que se ejecutase lo juzgado»⁵⁴.

giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi, Milano, Giuffrè, 1974.

⁵¹ Sobre valor de los documentos estipulatorios, *vid.* CARRASCO, C., *Supuestos de hecho de la exceptio non numeratae pecuniae*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 78-86 (consideraciones generales sobre el documento. La relación *instrumentum-negotium*. Aspectos sustantivos y procesales).

⁵² D'ORS, DPR, par. 441.

⁵³ D. 13.5, *De pecunia constituta*, C. 4.18, *De constituta pecunia*. KASER, RPR, I, par. 136. *Vid.* GUIZZI, F. s. v. «*Constitutum debiti*», en *NNDI IV*, 1959, pp. 299-300. RICART, E., «*Constitutum debiti*», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 695-708. LA ROSA, F., «*El formalismo del pretore. "Constitutum" e "recepta"*», en *Labeo* 43 (1997), pp. 202 y ss.

⁵⁴ Como ocurre en la vigente LEC: «Art. 549. Demanda ejecutiva. Contenido. 1. Sólo se despachará ejecución a petición de parte, en forma de demanda».

«Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit venundari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit».

Incidentalmente *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.7 respecto al caso, que en su momento se examinará, del comprador a quien se hubiesen adjudicado los bienes embargados, que ya estaban pignorados, se refiere al actor ejecutante como *«eum is, cui iudicatum fieri desideratur»*, es decir, aquel que *«deseó que la sentencia fuese ejecutada»*⁵⁵.

La solicitud del actor para que se practicase el embargo no parece haber estado sujeta a forma determinada⁵⁶, y, por supuesto, se trataba de una petición singular del actor insatisfecho y no de una solicitud colectiva de varios acreedores⁵⁷, lo que habría llevado a una ejecución concursal, propia del procedimiento formulario, pero no del cognitorio.

⁵⁵ *«Sed si emptor, cui pignora sunt addicta exsequente iudice, pretium non solvat, utrum adversus emptorem porrigere manus debeant idem iudices, qui sententiam exsequuntur, videndum est. et non puto eos ultra procedere: ceterum longe res abibit. quid enim dicemus? condemnabunt emptorem et sic exsequentur adversus eum sententiam, an statim pro iudicato habebunt? et quid si neget se emisse aut exsolvisse contendat? melius igitur erit, si non se interponant, maxime cum nec habeat actionem adversus eum is, cui iudicatum fieri desideratur. nec iniuria adficietur: oportet enim res captas pignori et distractas praesenti pecunia distrahi, non sic, ut post tempus pecunia solvatur. certe si se interponant, hactenus debebunt intervenire, ut ipsam rem addictam capiant et distrahant, quasi nondum vinculo pignoris liberatam».*

⁵⁶ LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 273: *«Keine Quellen künden von der Pflicht zur Einhaltung gewisser formaler Erfordernissen bei der Antragsstellung».*

⁵⁷ LITEWSKI, W., *op. cit.*, pp. 273-274: *«Es muss deutlich hervorgehoben werden, dass diese Executionsart nur in der Singularvollstreckung in Betracht kam, dagegen nicht im Konkurs. Von den einschlägigen Texten erwähnt kein einziger den Anteil von zwei oder mehr Gläubigern. Dagegen sprechen vielen Quellen von nur einem Gläubiger».* En la n. 289 cita numerosos textos.

CAPÍTULO IV

AUXILIARES DE LA EJECUCIÓN

I. APPARITORES Y EXSECUTORES

En ningún caso podía el actor tomar por su cuenta los bienes del condenado¹, sino a través de la actuación del órgano judicial. Una vez formulada la petición del demandante, el juzgador, sin necesidad de previa *causae cognitio*², dictaba una simple orden de tomar en prenda los bienes del condenado, siguiendo el orden establecido, y designaba un funcionario subalterno³ que se encargase de las operaciones de la ejecución. Varios textos nos atestiguan esta intervención, al señalar que la toma de prendas se realizaba por orden de quien había dictado la sentencia y tenía potestad para decretar la ejecución, denominando este mandato con diversos términos, como *iussus*, *officium* o *interlocutio*⁴. Pero, según mantiene LITEWSKI, existían dos tipos de colaboradores de la ejecución cuyas funciones eran dife-

¹ *Ulp. 66 ad ed. D. 42.1.6.2: «Qui iudicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum ei tenetur. Mod. 2 de poen». D. 48.7.8: «Si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet, hac lege tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis fit».*

² Así lo afirman BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, II, par. 115.

³ Sobre estos funcionarios subalternos de los juzgadores (*apparitores*), *vid.* COLI, U., *voz «Apparitores (Diritto romano)»*, en *NNDI* I. 1, Torino, 1957; MUÑIZ COELLO, J., *Empleados y subalternos de la administración romana. I. Los «scribae»*, Huelva, Publ. del Colegio Univ. de la Rábida, 1982; PURCELL, N., «The “apparitores”: A Study in Social Mobility», *Papers Brit. School at Rome* 51, 1983, pp. 125-173.

⁴ C. 8.22.1 (*Ant.* 213): «*Res ob causam iudicati eius iussu, cui ius iubendi fuit, [...] Hermog. 2 iuris epit*». D. 21.2.74.1: «*Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahat, [...] C. 8.22.2pr. (Alex. 223): «Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit [...]»; «[...] Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15.2 [...] sic denique interlocui solent [...]».*

rentes y no pueden ser confundidas: los *apparitores*, o funcionarios auxiliares del juez, y el *exsecutor datus*⁵.

1. *Apparitores*

Como es lógico pensar, los *apparitores* no tenían actividades decisorias en la ejecución, pues eran meros colaboradores al servicio del juzgador, pero tampoco debemos pensar que sus funciones fuesen puramente materiales, pues, ya desde su temprana aparición, tanto si eran libertos de origen helénico, caso muy frecuente, como ingenuos, solían ser personas de formación elevada⁶. Su origen no se encuentra, como podría pensarse, en la burocracia imperial del Principado, sino que se remonta a la época republicana, como auxiliares de los magistrados, que se organizaban en decurias⁷ y sus cargos se patrimonializaron tempranamente pudiendo ser dados en arrendamiento o vendidos⁸.

Los *apparitores* no podían, por supuesto, realizar una *addictio* o atribución al actor de la propiedad de los bienes embargados, cuando por maquinaciones del condenado no se pudiese encontrar comprador para los bienes inmuebles, C. 7.53.3 (Ant. 214), lo que sólo podía ser realizado por el *praeses provinciae*⁹, aunque más tarde se advierte, en C. 8.22.3 (*Gord.* 239)¹⁰, que «suele» (*solet*) hacerse por la *auctoritas principis*. Sin embargo, eran los *apparitores* quienes vendían las cosas tomadas en prenda, como nos informa *Ulp. 25 ad ed. D.* 21.2.50, al comienzo del fragmento, aunque, curiosamente, los refiere como «ayudantes del pretor» que ejecutan senten-

⁵ *Op. cit.*, p. 242: «*Es gibt keinen Text, der die "exsecutores dati" mit den die Execution handlungen vollziehenden "apparitores" gleichstellen würde*».

⁶ VARELA GIL, C., *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho romano*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 251: «A causa del creciente peso que fueron adquiriendo los *apparitores*, en especial los escribas, en el último siglo a.C. estos empleos no solo interesaron a personas de clase liberta y origen helénico, sino también comenzaron a resultar apetecibles a ciudadanos romanos y latinos que habían cursado estudios en las nuevas escuelas de retórica abiertas a lo largo de las ciudades peninsulares». Sobre sus emolumentos, *vid.*, pp. 267 y 307, donde se inclina a pensar que, durante la República, «no se obtendría por el trabajo realizado, sino por el resultado alcanzado», pero que, en las últimas décadas de este periodo, y durante el Principado, tendrían un salario público (p. 309); sobre su responsabilidad, pp. 366 y 381.

⁷ *Ibid.*, p. 306.

⁸ *Ibid.*, p. 315. Se convirtieron en lo que, en la terminología tradicional española, se denominaba «oficios enajenados» y, a juicio del autor los funcionarios subalternos podían de este modo asegurarse su sustento, cuando se retiraban de la función pública.

⁹ C. 7.53.3: «*Ordo rei gestae et mora solutionis, quae intercessit, constantius desiderat remedium. si itaque praesidem provinciae, qui rem iudicatam exsequi debet, adieris et adlegaveris res soli, quae pignori datae sunt, diu subhastatas ex compacto sive ambitione diversae partis emptorem non invenire, in possessionem earum te mittet, ut vel hoc remedio res tam diu tracta ad effectum perducatur*».

¹⁰ C. 8.22.3: «*In causa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi quam iure domini possideri consueverunt. si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet*».

cias *extra ordinem* lo cual, nos suscita, una vez más las dudas sobre si el *pignus in causa iudicati captum* se utilizó también para ejecutar sentencias dictadas en el *ordo* formulario.

«*Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, [...]»*».

También en *Herm. iuris epit.* D. 21.2.74.1¹¹ y en C. 8.22.2 (*Alex.* 223)¹² aparecen ventas de bienes tomados en prenda a consecuencia de una sentencia, por *iussus* u *officium* de quien ordenó la ejecución, de donde deduce LITEWSKI¹³ que eran realizadas por funcionarios auxiliares o *apparitores* y no por *executores*, que habrían obrado en virtud de *datio*. También se encargaban los *apparitores* de exigir las deudas a los deudores del condenado, lo que deduce este autor de un rescripto de Gordiano, del 240, recogido en C. 4.15.3, que permite compeler al pago a los deudores de los que deben al Fisco *perofficium procuratoris*¹⁴.

Para BIONDI el procedimiento ejecutivo por toma de prendas era ordenado, durante toda la época clásica, por los magistrados del proceso formulario, lo que no parece demasiado probable, y, en consecuencia, serían *executores* los propios *apparitores*, como auxiliares del magistrado¹⁵.

2. *Executores dati*

Los *executores dati*, serían personas determinadas, designadas por el magistrado para llevar a cabo la ejecución entera¹⁶. No sabemos si era in-

¹¹ D. 21.2.74.1: «*Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex empto contra eum qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio dumtaxat eiusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei qui evicit restituere non habebat necesse»*».

¹² C. 8.22.2pr.: «*Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit venumdari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit.*

1: Et si alio emptore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente is cui iudicatus satis non fecit ad licitationem secundum constituta fuerit admissus, cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet».

¹³ LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 242.

¹⁴ Para los débitos fiscales se prohíbe al *procurator* embargar si se suscitase alguna controversia, en C. 4.15.3 (*Gord.* 240): «*Si debitum non infitiantur hi, quos obnoxios debitoribus fisci esse proponis, potest videri non esse iniquum quod desideras, ut ad solutionem per officium procuratoris compellantur. nam si quaestio aliqua refertur, id concedi non oportere et ipse perspicias»*. Vid. KLINGENBERG, G., «Der "Fiskus" im Dienste privater Rechtsdurchsetzung», en *Sodalitas* 4 (1984), pp. 1705-1717.

¹⁵ BIONDI, B., «Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1930, p. 86: «*Per tutta l'epoca classica la pignoris capio può essere ordinata solo dal magistrato e rientra nell'orbita de' suoi poteri; pertanto gli executores non sono altro che i communi apparitores, cioè organi materiali di cui si avvale il magistrato nell'esercizio del suo potere di coazione»*.

¹⁶ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 243, n. 166: «*Meiner Meinung nach, angesicht der untergeordneten Rolle der apparitores und ihrer begrenzten Bedeutung in der Exekution, ist es wenig wahrscheinlich,*

dispensable su nombramiento en toda ejecución de sentencia, pero es posible que fuese una delegación facultativa, como cree VON DER FECHT¹⁷.

Su encargo se denominaría *datio*, no *iussus* u *officium*, como en el caso de los *apparitores*, y, además, estaban sometidos, durante la ejecución, a un control bastante estricto¹⁸.

3. Distinción entre ambos

Para apoyar una tajante distinción entre *apparitores* y *exsecutores dati* acude LITEWSKI a diversos textos, que analizaremos a continuación.

Ulp. 10 ad ed. D. 3.5.3.8 afirma que si el ejecutor dado por el pretor en un negocio mío cometiere dolo contra mí, se me dará acción contra él.

«*Si exsecutor a praetore in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio*».

La mención que hace el fragmento al *exsecutor datus* es incontrovertible, aunque la mención al pretor, como es habitual en los juristas de la última época clásica, haya de ser reconducida al *iudex* de la *cognitio*. Del mismo modo, la alusión genérica al *negotio*, aunque no precisa que se trate de una ejecución de sentencia, se puede interpretar en este sentido, pues la idea de *exsecutio* parece requerirlo. Lo que no se desprende del texto, demasiado genérico, es que este *exsecutor* hubiera de ser nombrado, siempre, en toda ejecución cognitoria, ni que sus funciones no pudiesen ser asumidas por los *apparitores*, quienes también podrían responder ante el ejecutante, si incurrieran en *dolus*, como se señala *in fine* en *Ulp. 25 ad ed.* D. 21.2.50¹⁹.

Ulp. 2 disp. D. 10.2.49²⁰, en un larguísimo y complejo texto nos habla de un heredero instituido en parte que, para cumplir la orden del pretor de

dass sie ein der Praxis bis zu der Fällung von Urteile gehen konnten und das sogar trotz Besten von schon gefällten Urteilen in derselben Gerichtssache».

¹⁷ VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 56: «*Verschiedentlich ist die Rede von dem exsecutor datus (por errata exerop. cit. or) an den durch eine spezielle datio die Vollziehung der gesamten Exekution delegiert werden konnte*».

¹⁸ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 242: «*Dagegen erhalten die “exsecutores dati” einen besonderen Befehl, welcher mit einem mit einem speziellen Terminus – “datio” – bezeichnet wird. Durch ihn erhält der “exsecutor datus” grundsätzlich die Ermächtigung zur Vollziehung der ganzen Exekution. Das verlieh ihm eine weitaus selbständigere Stellung als den “apparitores”. Ausserdem unterlagen die letzteren während der Execution einer ziemlich strengen Kontrolle*».

¹⁹ D. 21.2.50: «*[...] sed si dolo rem viliori pretio proiecierunt tunc de dolo actio datur adversus eos domino rei*».

²⁰ D. 10.2.49: «*Qui erat heres ex parte institutus, testatorem iussus a praetore sepelire servum, cui erat testamento data libertas, ideo distraxit duplamque promisit et ex ea cautione conventus praestitit: quaesitum est, an familiae eriscundae iudicio consequatur, quod ex duplae stipulatione*

enterrar al testador, vendió a un esclavo al que se le había concedido la libertad en el testamento. El problema era que, habiendo hecho una *promissio duplae*, para garantizar una posible evicción del comprador, fue demandado por esta caución y pagó el doble del precio recibido, sin duda, aunque el texto no lo explica, porque el esclavo alcanzó la libertad y, consiguientemente, el comprador vio frustrada su adquisición. El heredero quería demandar a los demás coherederos con la *actio familiae erciscundae* para conseguir la merma que había sufrido en su parte, al haber pagado el doble del precio del esclavo vendido. La respuesta del jurisconsulto, finalmente, se inclina por conceder una *actio utilis* al heredero contra su coheredero, si aquél incurrió en error al prestar la caución por el doble, porque, afirma, no tenía que haberla dado, puesto que no vendió por su voluntad. Es aquí donde Ulpiano, para apoyar su opinión, recurre a la comparación con quien vende habiendo sido nombrado por el pretor para ejecutar una sentencia, quien, al no vender por su voluntad, no debe ser obligado a cumplir lo mismo que los que venden voluntariamente, es decir a prometer en una *stipulatio duplae* para garantizar al comprador contra una eventual evicción, pues, añade, hay mucha diferencia entre el que cumple un encargo (*officium*) y el vendedor voluntario:

«[...] *ceterum si officio distrahentis fungitur, non debet adstringi, non magis quam si quis ad exsequendam sententiam a praetore datus distrahat: nam et hic in ea condicione est, ne cogatur implere quod coguntur hi qui suo arbitrio distrahunt: nam inter officium suscipientis et voluntatem distrahentis multum interest [...]*».

Como se observa, en este texto ulpiano, la referencia al *exsecutor a praetore datus* es una mera alusión comparativa, traída al texto para fundamentar la argumentación en virtud de la cual no tenía el heredero, en el caso descrito, que prestar la garantía de evicción.

abest. primo videamus, an hic debuerit duplam cavere. et mihi videtur non debuisse: hi enim demum ad duplae cautionem compelluntur, qui sponte sua distrahunt: ceterum si officio distrahentis fungitur, non debet adstringi, non magis quam si quis ad exsequendam sententiam a praetore datus distrahat: nam et hic in ea condicione est, ne cogatur implere quod coguntur hi qui suo arbitrio distrahunt: nam inter officium suscipientis et voluntatem distrahentis multum interest. quapropter re quidem integra stipulationem duplae interponere non debuit, sed decernere praetor debet esse emptori adversus heredem existentem actionem ex empto, si res distracta fuisset evicta. si autem heres erravit et cavit et servus perveniat ad libertatem, stipulatio committetur: quae si fuerit commissa, aequum erit utilem actionem ei adversus coheredem dari deficiente directo iudicio familiae erciscundae, ne in damno moretur. nam ut familiae erciscundae iudicio agere quis possit, non tantum heredem esse oportet, verum ex ea causa agere vel conveniri, quam gessit quodque admisit, posteaquam heres effectus sit: ceterum cessat familiae erciscundae actio. et ideo si ante, quam quis sciret se heredem esse, in hereditate aliquid gesserit, familiae erciscundae iudicio non erit locus, quia non animo heredis gessisse videtur. quare qui ante aditam hereditatem quid gessit, veluti si testatorem sepelevit, familiae erciscundae iudicium non habet: sed si post aditam hereditatem id fecit., consequenter dicemus familiae erciscundae iudicio consequi eum posse sumptum quem fecit in funus».

Dos leyes de Constantino hacen referencia a los *exsecutores dati*. La primera la encontramos en C. 8.16.7, del año 315²¹, donde amenaza con una pena, que se estimará por el juez, a los ejecutores nombrados por cualquier juez para exigir deudas reclamadas civilmente, que embargan los esclavos o los bueyes que aran o los aperos de labranza, con lo cual se retarda el pago de los tributos. Esta regla se extiende también al acreedor, al prefecto de un lugar o una aldea y al decurión:

C. 8.16.7.pr.: «*Exsecutores a quocumque iudice dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios aut instrumentum aratorum pignoris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum illatio retardatur.*

1: *Si quis igitur intercessor aut creditor vel praefectus pagi vel vici vel decurio in hac re fuerit detectus, aestimando a iudice supplicio subiugetur.*».

Se habla de *exsecutores*, en la transmisión justiniana, no en la del Código Teodosiano²², donde se le llama *intercessor*, como ocurre en el párrafo 1 del texto transcrito, pero el propósito legal es, evidentemente, señalar la inembargabilidad de los elementos de producción agrícola, cuestión de suma importancia sobre la que volveremos en su momento.

La segunda ley constantiniana, aducida por LITEWSKI, es la contenida en C. 1.22.4 (*Const.* 333), y de forma idéntica en C. Th. 1.2.6 [Brev. 1.2.4], que dispone que aún en el caso de que no se haya mandado el conocimiento, sino la ejecución, conviene que sea investigada la veracidad de las pretensiones, con el fin de que, si hubiese mediado fraude, se conozca el negocio por entero²³:

«*Etsi non cognitio, sed exsecutio mandatur, de veritate precum inquiri oportet, ut, si fraus intervenit, de omni negotio cognoscatur.*».

Observemos que en el texto no se habla de *exsecutor*, ni se refiere a esta figura de forma directa, sino de manera muy general, al caso en el que se hubiese mandado (*mandatur*) la ejecución y no la cognición. Ciertamen-

²¹ SCHWARZ, F., «Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht», en *Arch.für Civ. Praxis* 152 (1952), pp. 193-215.

²² C. Th. 2.30.1 [Brev. 2.30.1], donde se habla de *intercessores dati* y no de *exsecutores* y se precisa la pena capital para los infractores:

«*Intercessores a rectoribus provinciarum dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios pignoris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum illatio retardatur. si quis igitur intercessor aut creditor vel praefectus pacis vel decurio in hac re fuerit detectus, a rectoribus provinciarum capitali sententiae subiugetur.*

Interpretatio. Multi pro fiscali debito servos cultores aut boves aratorios de possessionibus causa pignoris auferre praesumunt, de quorum laboribus tributa redduntur, et ideo si quis creditor vel curator pacis vel curialis aut quicumque exactor hoc facere praesumpserit*, a provinciae iudice puniatur.*

²³ Vid. *Praescriptio mendaciorum*, KASER, *ZPR*, par. 98. IV, *in fine*. Cfr. C. 1.23.7pr. (*Zen.* 477).

te que la expresión *mandare* tiene unas ciertas connotaciones de «encargo libremente aceptado» (*mandatum*) que podrían llevar a pensar en la *datio* de un *exsecutor*, más que en el *iussum*, que se dirige a los *apparitores*, para que actuasen en virtud del poder (*officium*) conferido por el juzgador, según la distinción de LITEWSKI, pero, a nuestro entender, nos parece un apoyo muy débil. El propósito de la norma es permitir que, aún en la fase de ejecución de sentencia recaída en un procedimiento, pueda surgir la existencia de un fraude en las alegaciones y que ello lleve a la nulidad del proceso entero, que debe ser conocido de nuevo, destruyendo la inatacabilidad («santidad») de la *res iudicata*. Se trata, evidentemente, de una de tantas manifestaciones de la reverencia de Constantino por la *veritas* y en suma de la «tendencia moralizante», presente en el Derecho posclásico y tenida por un muy amplio sector de la romanística como una de las características del fenómeno denominado «vulgarismo»²⁴. Pero además cabe preguntarse a quién correspondería *de veritate precum inquiri*, y, por supuesto no parece que fuese al ejecutor de la sentencia, cuyas funciones estaban siempre apartadas de la cuestiones de fondo. Parece que lo que pretende la norma es la posibilidad de sustentar una acción de nulidad contra la sentencia, no una *appellatio* o *provocatio*, que sólo era posible contra sentencias válidas, cuando se pudiese probar el fraude, aunque la resolución viciada por la falsedad estuviese ya ejecutándose. Hay que pensar que esta petición de nulidad no se podría deducir ante el *exsecutor* ni los *apparitores*, sino ante el juzgador que dictó la sentencia y, probablemente, sería decidida por su superior, que sería el Emperador, o persona en quien delegase, como ocurría en las apelaciones. Es muy expresiva, para entender el designio de esta *lex interpretatio* que la acompaña en el Teodosiano 1.2.6 [Brev. 1.2.4]:

«*Quicquid non vera, sed falsa petitio a principe obtinuerit, quia fraus intervenit, non valebit*».

Más sustento podría hallar, a nuestro juicio, la opinión de LITEWSKI, en la ley de Valentiniano, Teodosio y Arcadio, del 386, recogida por los compiladores en C. 1.40.8. En ella se dispone que ningún juez nombre en su provincia *intercessor*; es decir, *exsecutor*; en un negocio público o privado, a petición de un litigante, a un empleado de la prefectura, a un palatino o a un militar y ni siquiera a ninguno que anteriormente hubiera desempeñado alguno de estos cargos. Y concluye amenazando a quienes contraviniesen estas «celestiales» disposiciones no sólo con el detrimento de su buena reputación (*fama*), sino también con daños patrimoniales, no especificados:

«*Ne quis iudicium in provincia sua praefectianum vel palatinum vel militem vel ex his etiam omnibus, qui antea in huiusmodi officiis fuerunt commo-*

²⁴ Sobre vulgarismo *vid.* resumidamente en D'ORS, *DPR* par. 57, con indicaciones bibliográficas.

rati, intercessorem (id est exsecutorem) cuiusquam litigatoris petitione in quolibet seu privato seu publico negotio putet esse tribuendum. nam peccantem circa consulta caelestia cum suo officio non solum detrimentum famae, sed etiam patrimoniorum damna comitentur».

Nos aventuramos a pensar que el sentido de esta norma no es el de apartar a estos altos funcionarios de las tareas ejecutivas, que podrían «distráerles» del desempeño de sus funciones, porque la prohibición se extiende también a los que ya cesaron en sus cargos, sino, más bien, a evitar que estos personajes emplearan abusivamente su poder en el desarrollo de la ejecución, y, quizá, que las irregularidades o colusiones en que podían incurrir al desempeñar la función ejecutiva, salpicase a la organización político-administrativa. Pero no parece que los *apparitores* entrasen en este círculo de altos funcionarios y que, por ende, les estuviese vedado ser designados *exsecutores*.

De todo lo anterior parece deducirse que la separación entre *apparitores* y *exsecutores* no sería tan nítida y tajante como mantiene LITEWSKI²⁵. La diferenciación, como ya hemos visto, descansa más sobre apreciaciones terminológicas que sobre cuestiones materiales o de fondo. Ya para el Derecho clásico se debe mantener un prudente escepticismo respecto a las argumentaciones puramente filológicas, porque jamás leemos los textos en su redacción primigenia, ni podemos elevar a categoría absoluta la, ciertamente admirable, precisión lingüística de los jurisconsultos. Pero, respecto al Derecho posclásico tal cautela resulta insoslayable a causa del descenso en la precisión técnica del lenguaje jurídico. Es, por consiguiente, posible que en la toma de prendas para la ejecución de sentencias condenatorias insatisfechas interviniesen los funcionarios subalternos del juez, es decir, los *apparitores*, y también otras personas nombradas ad hoc como *exsecutores* por el juzgador. Pero no conocemos con exactitud cuáles eran las funciones de unos y otros, ni si era obligatorio designar siempre un *exsecutor* privado distinto de los *apparitores*, o bien si el papel de aquél podía ser encomendado por el juez a uno de estos funcionarios, con o sin nombramiento especial. El propio LITEWSKI, tras haber defendido cuidadosamente la distinción entre la actuación de los *apparitores* y los *exsecutores dati*, reconoce las dificultades para diferenciarlos²⁶.

Podría pensarse que en las ejecuciones más sencillas y de menor importancia bastase con la actuación de los funcionarios judiciales a quienes

²⁵ KASER, *ZPR*, par. 76.II.2, habla, en general, de «funcionarios de ejecución» (*Vollzugsbeamten*) para referirse tanto a los *exsecutores* como a los *apparitores*. «Auf Antrag des Gläubigers stellt der Gerichtsherr die Voraussetzungen fest und weist seinen Vollzugsbeamten an, Vermögensstücke des Schuldners pfandweise in Besitz zu nehmen (pignoris causa capere)».

²⁶ *Op. cit.*, p. 243: «In bezug auf sie würde es schwer fallen, von "executionem dare" oder "mandare" zu sprechen».

se les ordenase, y, en las más complejas, se produjese la *datio* de un *exsecutor* experto, y, en todo caso, podría tener relevancia la petición del actor insatisfecho, que era el interesado en que la ejecución se llevase a cabo de la mejor forma posible, pero también con los menores costes económicos, pues, probablemente, la intervención de un *exsecutor* experto podría incrementar los gastos de la ejecución. Pero todo esto son meras suposiciones no fundamentadas.

II. FUNCIONES DE LOS EJECUTORES

Aunque las fuentes no nos suministren datos sobre la toma material de los objetos embargados, es lógico pensar que el *exsecutor* tendría facultades para entrar en la casa, o en los lugares pertenecientes al ejecutado, o a un tercero, en cuyo poder se encontrasen los bienes, para tomarlos en prenda²⁷. Si pensamos que los romanos tenían muy arraigada la idea de la inviolabilidad del domicilio, hay que suponer que este registro domiciliario, amparado por el *iussus* del juzgador, debería hacerse con las debidas formalidades y garantías, pero, también, cuando fuese necesario, con el auxilio de las fuerzas públicas.

Es patente que el *exsecutor* tenía estrictamente constreñidas sus funciones a lo meramente ejecutivo y no podía atribuirse cometidos judiciales, ni hacer declaraciones que modifiquen la sentencia. Un rescripto de Filipo el Árabe, C. 7.53.6 (*Phil.* sin fecha), dirigido a Ticiano, señala que el ejecutor nombrado para las cosas juzgadas no puede atribuirse funciones del juez y, si declaró algo contrario a la sentencia, dictada a favor del consultante, esto no puede tener, de ninguna manera, la consideración de cosa juzgada:

*«Si, ut proponis, rerum iudicatarum exsecutor datus partes sibi iudicis vindicavit et contra ea, quae pridem pro partibus tuis fuerunt statuta, aliquid pronuntiandum putavit, sententia ab eo dicta vim rei iudicatae obtinere nequaquam potest»*²⁸.

Macer 1 de appellat. D. 49.1.4pr., afirma que el ejecutor no puede apelar la sentencia:

«Ab exsecutore sententiae appellare non licet».

²⁷ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 44: «Dass es dem executor zur Ausführung des jussus erlaubt war, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen und verschlossene Behältnisse öffnen zu lassen liegt in der Natur des Sache [...] aber auch bei einem Dritten verfolgen durfte, hierfür soll der Nachweis versucht werden».

²⁸ Para LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 243, n. 166, este texto puede mostrar la diferencia entre *apparitores* y *exsecutores dati*, pero no nos parece evidente que el fragmento apoye esta distinción.

Señala FLEISCHMANN, a propósito de la toma en prenda de créditos convertidos (D. 42.1.15.4), que el *exsecutor* no debía ocuparse de estas cuestiones²⁹.

Por el contrario, mantuvo BIONDI que en el proceso *extra ordinem* se convirtió el *exsecutor* en un órgano estable y autónomo que ocupaba un rango elevado en la jerarquía imperial y que, dentro de los límites de su función, tenía una particular jurisdicción³⁰, e incluso llega a sostener que se confería a los *exsecutores* la *summaria cognitio* acerca de la pertenencia de la cosa al deudor³¹, a la que, en su momento nos referiremos. Para sustentar esta afirmación acude a la interpolación, muy de moda entre los autores de su época, de *consul* por *iudex* en los textos referentes al *pignus in causa iudicati captum*³². No parece que esta fundamentación, muy típica de la metodología hipercrítica, sea demasiado convincente, pues, como el mismo autor acepta, «quizá» la sustitución de *magistratus* por *iudex* se produjese, ya en el lenguaje judicial de la última época clásica³³, que es precisamente de cuando proceden los textos que reputa alterados.

Lo que sí está claro, y así lo subraya, con nitidez C. 7.53.8 (*Diocl.-Maxim.* sin fecha), es que solamente era ejecutor el que, después de pronunciada la sentencia, oído y discutido entre las partes todo el litigio, parecía llevar a efecto el vigor de la cosa juzgada y, por tanto, cualquier actuación de un funcionario, ordenada por el juez durante el curso del proceso, no lo convertía en *exsecutor*:

«*Exsecutorem eum solum esse manifestum sit, qui post sententiam, inter partes audita omni et discussa lite, prolatam iudicatae rei vigorem ad effectum videtur adducere*»³⁴.

²⁹ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 25: «*Die Regel wird es jedoch nicht sein, dass sich der Exekutor mit sochen Bedenken zu plagen hat*».

³⁰ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 87. Para rematar esta afirmación dice que «*già in una costituzione di Costanzo, sono gli exsecutores che procedono di propria iniziativa alla pignoris capio*», pero no dice de qué constitución se trata y resulta muy difícil averiguarlo porque, según la base de datos B.I.A. el C. Th. contiene 110 constituciones de este emperador y el *Codex Justinianus* 188.

³¹ BIONDI, B., *op. cit.*, p. 88.

³² BIONDI, B., *op. cit.*, p. 87: «*Questa sostituzione era imposta non tanto dal nuovo ordinamento amministrativo, ma soprattutto dal fatto che l'exsecutor ha ormai carattere e funzioni giurisdizionali*».

³³ *Ibid.* n. 219. VON DER FECHT, W. R., *op. cit.*, p. 57: «*Schon in klassischer Zeit wurde mit iudex auch der magistratus bezeichnet*».

³⁴ Sobre apelación en los rescriptos de Diocleciano, *vid.* FERNÁNDEZ BARREIRO, A., «Un edicto general de Diocleciano sobre procedimiento», en *Estudios A. D'Ors I*, Pamplona, 1987, pp. 417-426, y DÍAZ BAUTISTA, A., «La apelación en las constituciones de Diocleciano», en *Estudios sobre Diocleciano*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 15-42.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS AUXILIARES

1. Por colusión (dolo)³⁵

Quienes llevaban a efecto la ejecución por encargo del juez, tanto si eran denominados *executores dati* como *apparitores*, estaban sometidos a las reglas generales de responsabilidad. El cauce normal contra las irregularidades que podían cometer era la *actio de dolo*, que reprimía todo tipo de engaño, colusión o maquinación insidiosa en el desarrollo de los negocios. Ya hemos apuntado cómo *Ulp. 10 ad ed. D. 3.5.3.8* la aplica, con carácter muy general al dolo cometido por el *executor a praetore datus*. Pero también *Ulp. 25 ad ed. D. 21.2.50*, tras señalar que los *apparitores* del pretor que venden las prendas, cumpliendo las sentencias dictadas *extra ordinem*, no están sujetos a responsabilidad por evicción y «nadie lo dijo jamás», sin embargo, en el inciso final, nos describe lo que debía ser el fraude más frecuente, la colusión entre el que ejecutaba y el comprador para rebajar el precio, concluyendo que, si incurrieran en dolo vendiendo la cosa por un precio muy bajo, se daría al dueño de la cosa, es decir al ejecutado, la *actio de dolo* contra ellos:

«*Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, nemo umquam dixit dandam in eos actionem re evicta: sed si dolo rem viliori pretio proiecerunt, tunc de dolo actio datur adversus eos domino rei*»³⁶.

Ésta parece la interpretación más lógica, pero quizá no se deba descartar que la expresión *domino rei* tuviese un sentido más genérico y pudiera referirse al *dominus negotii*, es decir, a aquel «para quien» se realizaba la ejecución, el actor ejecutante, que saldría perjudicado en su pretensión si los funcionarios malbarataban las cosas tomadas en prenda, como parece inferirse de *D. 3.5.3.8* («*executor [...] in negotio meo datus*»). Lo más probable, en definitiva, es que tanto el ejecutante como el ejecutado estuviesen activamente legitimados para ejercitar la *actio de dolo* contra el *executor* o el *apparitor* que cometiesen colusión en la venta de los bienes.

³⁵ Si bien resulta casi inevitable identificar colusión y dolo, conviene recordar que el derivar colusión de *colludere*, a su vez de *cum ludo*, término apto para indicar, por un lado, una discrepancia entre apariencia, representada por un acuerdo formal adoptado y la realidad encubierta y, por otro lado, su vinculación al proceso (las fuentes se refieren a procesos hereditarios, penales, relativos a la libertad e ingenuidad o en que intervienen tutores o procuradores) hace que deba prestársele una mayor atención y dotarle de cierta singularidad, que eluda una precipitada identificación con el dolo. La colusión podría darse sin el sustrato procesal que posee el dolo siempre que aparecieran como requisitos la existencia de un acuerdo o connivencia, que fuera contrario a la buena fe, que del mismo resulte un perjuicio para tercero y, por último, lógica consecuencia de lo anterior, se obtuviera alguna ventaja, cuando menos, para uno de los coludentes.

³⁶ *Ulp. 25 ad ed. D. 21.2.50*. Vid. TALAMANCA, M., «La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano», en *Studi De Francisci* 2, Napoli, Giuffrè, 1956, pp. 239-272.

2. Por daños

Cuestión distinta era la responsabilidad por daños causados en las cosas tomadas en prenda. En el embargo, siempre era posible que existiera resistencia por parte del ejecutado y fuese preciso recurrir a la fuerza, por ejemplo, la rotura de puertas o del receptáculo donde se encerrasen los bienes embargados. Esta violencia ejercida contra el condenado renuente a la toma de bienes en prenda nunca podía derivar responsabilidades *ex lege Aquiliae*, pues no se trataba de un daño injusto, como dice el último inciso de *Ulp. 18 ad ed. D. 9.2.29.7*. El jurista, comienza afirmando, en términos generales, que los magistrados municipales pueden ser responsables por la Ley Aquilia si hubiesen causado daño injusto:

«*Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri [...]*».

Continúa el fragmento, todavía de modo genérico, recordando que quien recibió un ganado en prenda y lo mató de hambre, al no permitir que se le llevase comida, sería responsable por una *actio in factum*, complementaria de la *lex Aquilia*, al no haber habido propiamente contacto corporal entre el agente y la cosa dañada (*damnum corpus corpore datum*):

«*[...] nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est [...]*».

En las frases siguientes se precisan las anteriores alusiones a la responsabilidad de los magistrados municipales y a la de quienes recibían bienes en prenda, introduciendo así el tema central del fragmento, que no es otro que las posibles responsabilidades aquilianas en el *pignus in causa iudicati captum*. Señala que quien tomó prendas ilegalmente, creyendo que lo hacía legalmente, y las devolvió estropeadas o destrozadas, será responsable en virtud de la Ley Aquilia, pero añade a continuación que también lo será el que había tomado la prenda legalmente, luego no es la legalidad o ilegalidad del embargo lo que desencadena la responsabilidad aquiliana, sino el posible deterioro de la cosa embargada:

«*[...] item si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquiliam locum habere: quod dicendum est et si ex lege pignus cepit [...]*».

Sin embargo, concluye Ulpiano, si el daño se hubiese producido al tener que obrar el magistrado con violencia, ante la resistencia del embargado, no quedará obligado por la ley Aquilia³⁷:

³⁷ TORRENT, A., *La iurisdictio de los magistrados municipales*, Salamanca 1970, p. 123, afirma que esta parte del fragmento «permite suponer en los magistrados municipales poderes

«[...] *si quid tamen magistratus adversus resistantem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: [...]*».

El fragmento concluye con un curioso ejemplo: si se embargó un esclavo y éste se ahorcó, no hay acción alguna contra quién lo tomó en prenda.

«[...] *nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio*».

3. Criminal, por extralimitación

Las funciones del ejecutor se limitaban al embargo de los bienes y no podían alcanzar ningún tipo de ejecución personal. Una constitución de Constancio, del año 345 (C. 10.19.3), seguramente para reprimir abusos que solían darse por parte de quienes ejecutaban las sentencias o los débitos fiscales, establece que si un deudor, privado o del Fisco, es aprisionado por un funcionario (*ab uno officio*), será obligado el que lo prendió al pago de toda la suma debida.

«*Quotiens quis et privati debitor invenitur et fisci, et abreptus ab uno officio teneatur, ad universi debiti solutionem qui eum abstulit coartetur ac totius summae exactionem in se suscipiat, qui eundem avellendum subtrahendumque crediderit*».

represivos», y lo pone en relación con la *modica castigatio* reconocida a estos magistrados, respecto a los esclavos, por *Ulp. 18 ad ed. D. 2.1.12*, que, en la reconstrucción de Lenel, se sitúa a continuación.

CAPÍTULO V

LA TOMA DE PRENDAS

I. LA TOMA DE POSESIÓN POR EL ÓRGANO JUDICIAL

Siguiendo la terminología acuñada por SAVIGNY se pregunta FLEISCHMANN si la toma de prenda por «el magistrado», es decir, por el órgano judicial, o quizá por el *exsecutor*, era una posesión en sentido jurídico, o una simple detentación¹. Su opinión es que, al igual que sucedía con la situación del acreedor pignoraticio convencional, se trataba de una verdadera *possessio*, aunque, al tratarse el embargo de un acto del poder estatal, sería innecesario aplicarle las reglas generales de la protección posesoria². Pero, subraya que, por similitud con el *pignus* convencional, el ejecutado, pese a no tener la posesión de la cosa, podría adquirirla por usucapión³, en caso de que no fuera dueño de ella y habiéndola adquirido de buena fe y con justa causa, completase el tiempo estando el objeto embargado. En cuanto a si el acreedor ejecutante obtenía la posesión del objeto embargado, se inclina este autor por la negativa⁴.

¹ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 69: «*Es wird darüber gestritten, ob dieser Besitz juristischer ist oder blosse Detention*».

² *Ibid.*, pp. 69-71.

³ *Ibid.*, p. 70: «*Der Schulner behält aber wie bei Vertragspfandrechte den Usukapionbesitz*».

⁴ *Ibid.*, p. 71: «*In übereinstimmung mit unserer Annahme, dass der Magistrat, beim pignus i.c.j.c. kraft eigenen Rechtes fungiert, kommt auch dem Gläubiger kein Besitzrecht zu den die zur Erlangung des Besitzes gegebene Klage, die actio hypothecaria, wird ihm auscheinend ausdrücklich abgesprochen*». En las pp. 72-77 desarrolla ampliamente su posición, apoyándose en C. 8.17[18].2; C. 8.17[18].4[3]; C. 7.53.3.

II. OBJETO DEL EMBARGO

1. Posibilidad de embargar cosas futuras

Parece que, en principio, sólo podría recaer el *pignus in causa iudicati captum* sobre cosas que existieran en el momento de practicar el embargo, pero surge la duda de si los productos embargados, o los incrementos que experimentaban después de haber sido tomados en prenda, se consideraban también incluidos y, por ende, susceptibles de realización para satisfacer al ejecutante. No habiendo reglas específicas sobre este punto en la prenda judicial es conveniente fijar la atención en los textos relativos a la prenda convencional, pues, posiblemente, fuesen de aplicación analógica al caso que nos ocupa.

Respecto al *pignus* convencional, establece *Gai. lib. sing. de form. hypoth.* D. 20.1.15pr., que se podían hipotecar cosas futuras⁵ como frutos pendientes, partos de las esclavas, fetos del ganado y, en general, aquellas cosas que han de nacer. Pero, naturalmente, esto exigía convención expresa, con consentimiento del propietario o del usufructuario⁶:

«*Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata*».

En el mismo sentido, exige el pacto expreso PS. 2.5.2:

«*Fetus vel partus eius rei quae pignori data est pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit*».

Sin embargo, otros fragmentos jurisprudenciales parecen inclinarse por considerar que los frutos, las acciones de las cosas dadas en prenda y también los partos de las esclavas pignoradas, que en rigor no eran frutos, entraban en la consideración de bienes pignorados tan pronto como se hacían presentes, sin que, algunos de ellos, aludan al consentimiento del pignorante, y parece que esta solución podrían servir también en el caso del *pignus in causa iudicati captum*.

⁵ *Ulp. 35 ad ed.* D. 27.9.5.9, contempla el supuesto de que hubieran de enajenarse bienes del pupilo para pagar deudas, y establece un orden bastante parecido al del *pignus* judicial y admite enajenar la «esperanza» de rentas y de ganancias (*vel etiam in redditum speatque obventionum*), pero evidentemente no se refiere al *pignus* ni cabe, pues, extrapolar esta posibilidad.

⁶ Como precisa Gayo al final de este fragmento, recogiendo una opinión de Juliano: «*[...] idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usu fructu aut de his quae nascuntur sive is, qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit*».

A. Frutos

Dos fragmentos jurisprudenciales, insertados por los compiladores en D. 20.1 (*De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum*) hacen referencia a los frutos de la cosa dada en prenda, es decir, obligada convencionalmente, y, aunque sin demasiada rotundidad, parecen inclinarse a la idea de que los frutos producidos por la cosa empeñada pueden considerarse también pignorados, al menos en ciertos casos.

Pap. II resp. D. 20.1.1.2 nos informa de que se había pignorado (en realidad hipotecado) un predio, conviniendo expresamente que los frutos también entrarían en la prenda:

«*Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit [...]*».

El predio fue adquirido por un comprador de buena fe que consumió los frutos:

«*[...] eos consumptos bona fide emptor [...]*».

Señala el jurista que no se puede exigir la restitución del valor de los frutos, cuando el acreedor insatisfecho ejercite la *actio Serviana utilis* contra este tercero adquirente, para reclamarle la cosa hipotecada:

«*[...] utili Serviana restituere non coetur: [...]*».

Lo justifica diciendo que, si bien la prenda no se extingue ni siquiera por usucapión, porque la persecución de la cosa hipotecada está separada de la intención de poseer a título de dueño, sin embargo, para los frutos es distinto, porque en este caso no llegaron a ser propiedad del deudor, sino que, añadimos nosotros, se hicieron del poseedor de buena fe⁷.

«*[...] pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt*».

Aunque se trata de una hipoteca convencional constituida sobre el predio y los frutos, el texto, *contrario sensu*, permite concluir que si los frutos no hubiesen sido consumidos por un tercero poseedor de buena fe, sino que hubiesen sido percibidos por el propio pignorante, el deudor en este

⁷ Vid. KRELLER, H., «Pfandrechtliche Interdikte und formula Serviana», en *ZS* 64 (1944), pp. 306-345. VALIÑO, E., «“Intentio” en el Digesto. Una revisión de textos», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. U. Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 519-534. KASER, M., *Studien zum römischen Pfandrecht. Neudrucke mit Nachträgen des Verfassers*, Neapel, Jovene, 1982.

caso, se habrían hecho de su propiedad y consiguientemente podrían haber sido reclamados por el acreedor hipotecario con la *actio Serviana*.

Más interés presenta, para nosotros, lo que nos dice *Marc. lib.sing. ad form. hypoth.* D. 20.1.16.4, respecto al *pignus* convencional: a veces, debe el juez decidir sobre los frutos a contar desde el momento en que se inició el litigio, para condenar al poseedor de la cosa pignorada con la *actio Serviana*, y pone un ejemplo, preguntando qué ocurre si el predio vale menos que la deuda garantizada. Concluye afirmando que de los frutos precedentes no puede decidir el juez, salvo que subsistan y la cosa pignorada no baste⁸.

«Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit».

La formulación del fragmento resulta algo ambigua pues no establece la extensión de la garantía a los frutos como regla general, sino que «a veces» (*interdum*) debe el juez arbitrar sobre ellos y pone el ejemplo de insuficiencia del valor de la cosa pignorada para cubrir la deuda, pero no explica si habría más casos. Por otra parte, la referencia a los frutos anteriores (*de antecedentibus fructibus*) tanto podría interpretarse como los frutos «anteriores al inicio del litigio», como los «anteriores a la decisión del juez sobre la conveniencia de tenerlos por pignorados»⁹. Nos inclinamos por esta segunda posibilidad, pues parece que el texto viene referido a los frutos que se separan durante el litigio.

Un rescripto de Alejandro Severo, del año 223, conservado parcialmente en C. 8.14.3, permite que los frutos de los predios pignorados, se consideren incluidos, por pacto tácito, en la prenda:

«Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse, [...]»¹⁰.

Salvando las distancias entre la prenda judicial y la convencional, no vemos inconveniente en que también los frutos que produjese la cosa sobre la que se constituyó un *pignus captum* fuesen tenidos por pignorados y vendidos, en su caso, y más todavía cuando, como en el caso que recoge Marciano, el valor de lo embargado no bastase para satisfacer la condena.

⁸ Vid. KASER M., «Die Interesseberechnung bei der "vindicatio pignoris"», en *IVRA* 18 (1967), pp. 1-19.

⁹ Ni la traducción de GARCÍA DEL CORRAL ni la de Aranzadi sirven de base para aclarar este punto.

¹⁰ FREZZA, P., *op. cit.*, p. 151, restituye «aperte "locatione" non sit expressum», lo que, implícitamente, lleva a referirlo a los *invecta et illata* y considera que esta constitución fue reelaborada en Oriente en una época próxima a la Compilación, o por las propios compiladores.

Un argumento a favor de que los frutos nacidos durante la ejecución se consideraban incluidos, nos lo da una constitución de Valente, Graciano y Valentiniano, del año 378, recogida en C. 7.65.5.2. Dispone que si se concedió la ejecución sobre posesión¹¹ o sobre fundos, y fuese ésta suspendida por la apelación, todos los frutos que fueron tomados al tiempo de interponer el recurso o que nacieron después, debían ser puestos en depósito, quedando establecido con el derecho del fundo en poder del apelante:

«Quod si de possessione vel de fundis exsecutio concessa erit et eam suspenderit provocatio, fructus omnes, qui tempore interpositae provocationis capti vel postea nati erunt, in deposito collocentur, iure fundi penes eum qui appellaverit constituto».

B. Partos de las esclavas

Respecto a los partos de las esclavas, no eran frutos, sino que pertenecían al propietario como una extensión del dominio¹². Esta regla tiene relevancia en el caso del usufructo¹³, pues implicaba que los esclavos nacidos de la esclava usufructuada, pertenecían al nudo propietario y no al usufructuario. Pero en la mayoría de los casos, su tratamiento era similar al de los frutos. En caso de pignoración convencional de la esclava, afirma *Paul. 5 resp. D. 20.1.29.1*, que, cuando los esclavos fueron dados en prenda, sus hijos estaban sometidos a la misma condición jurídica, tanto si se convino expresamente como si no, pero, puntualiza, siempre que el pignorante o su

¹¹ Probablemente la palabra *possessio* no esté empleada en este texto en su sentido técnico, sino en el más vulgar de «una posesión», es decir, un bien inmueble.

¹² Pues se consideraba absurdo que un ser humano fuese fruto cuando todos los frutos habían sido destinados por la naturaleza para los seres humanos, *Gai. 2 rer. cott. D. 22.1.28.1= Inst. 2.1.37: «Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit».*

Ulp. 15 ad ed. D. 5.3.27pr., añade que las esclavas no se compran para parir: *«Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem: quippe cum ea omnia fiunt hereditaria, dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat aut post petitam hereditatem dolo malo fecit quo minus possideret, debeat restituere. Aunquē Ulp. 1 ad ed. aedil. curul. D. 21.1.14.1 afirma que la mayor y principal función de la mujer es concebir y conservar lo concebido («[...] maximum enim ac praecipuum munus feminarum est accipere ac tueri conceptum»).*

¹³ El tema suscitó una polémica, de la que hace eco *Cic. de fin. 4.12: «An partus ancillae sitne in fructu habendus, disseretur inter principes civitatis, P. Scaevolam M. Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet [...]».* *Ulp. 17 ad Sab. D. 7.1.68pr.: «Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarium habebit. quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius».* KASER, «Partus ancillae», en *ZS*, 75 (1958), pp. 156-200.

heredero hubiesen adquirido la propiedad, pero, si los hijos hubiesen nacido, estando las madres en poder de otro, no estarían obligados en prenda. Hay que pensar que este régimen se aplicaría también al *pignus in causa iudicati captum*, en caso de que el parto se produjese después de haber sido embargada la esclava:

«*Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem eius: ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata*».

C. *Accesiones*

La posibilidad de que la cosa tomada en prenda sufriera algún aumento por accesión, lo cual podría tener importancia económica en el caso de inmuebles, resulta una hipótesis poco probable en el *pignus in causa iudicati captum*. Estas mutaciones, salvo el caso de la *avulsio*, se producen de ordinario en un periodo temporal relativamente dilatado, mientras que la situación producida por la prenda judicial se procuraría que durase lo menos posible, extinguiéndola cuanto antes, bien mediante el pago de la condena por el ejecutado, bien por la venta de la cosa para satisfacer al ejecutante. Aun así, no hay que descartar que alguna vez pudiesen darse incrementos por accesión en los predios embargados que, evidentemente, aumentarían su valor en venta, al considerarse inmersos en el *pignus*.

En general establece *Ulp. 73 ad ed. D. 20.1.21.2* que el aumento o la disminución de la prenda por caso fortuito pertenece al deudor:

«*Quidquid pignori commodi sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet*».

Respecto a casos concretos de accesión, sobre predios hipotecados convencionalmente, abordan la cuestión dos fragmentos de Marciano, tomados de su *liber singularis ad formulam hypothecariam*.

El primero, *D. 20.1.16pr.*, hace referencia al fundo hipotecado que se hacía mayor por *alluvio* quedaba todo él obligado, es decir con el incremento:

«*Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione maior factus est, totus obligabitur*».

La *alluvio* era el incremento paulatino que podían experimentar los predios ribereños (*arcifini*) por el aporte de los ríos, y es difícil pensar en su aplicación a la prenda judicial, porque, para que produjese un incremen-

to estimable del predio embargado, tendría que transcurrir un largo periodo de tiempo, lo que se aviene mal con el funcionamiento del *pignus in causa iudicati captum*. Pero cabe plantearse también la posibilidad del incremento que se producía, de manera rápida, por una avenida violenta, algo, por lo demás, frecuente en los cauces mediterráneos, es decir, la llamada *avulsio*¹⁴. Este supuesto parece, en principio, más aplicable a la prenda judicial, pues la riada podría darse mientras el fundo estaba embargado, aunque no sería, ni mucho menos, frecuente que la avenida proporcionase un «regalo» inesperado para el ejecutante, al aumentar la extensión del terreno. *Gai.* 2.71 se inclina por considerar que la parte de terreno arrancada por la fuerza de la corriente y depositada en otro predio continuaba perteneciendo al propietario del predio que la perdió¹⁵. Sin embargo el mismo jurista, *Gai. 2 rer cott.* D. 41.1.7.2, reproducido en las *Institutiones* justinianeas (2.1.21), introduce la posibilidad de que el propietario del predio ribereño, al que se ha adherido el terreno, adquiera la aportación, *longiore tempore*, cuando los árboles que fueron arrastrados con el terreno echasen raíces en el nuevo lugar¹⁶. Salvo que, por alguna circunstancia, durase mucho la prenda judicial establecida sobre un predio embargado, sería difícil que, durante esta situación, se produjese el enraizamiento de los árboles de la porción de terreno adherida por la riada.

El segundo fragmento de Marciano, *lib sing. ad form hypoth.* D. 20.1.16.2, hace referencia a las mutaciones que se pudieran producir en la cosa hipotecada por la actividad del hombre: si la cosa dada en hipoteca fuere cambiada, compete igualmente la acción hipotecaria, como sucedería si la casa hipotecada fuere convertida en huerto, o si se convino la hipoteca sobre un terreno y se edificó, o si se dio un terreno y se plantaron viñas en él:

«*Si res hypothecae data postea mutata fuerit, aequae hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horto facta: item si de loco convenit et domus facta sit: item de loco dato, deinde vineis in eo positis*»¹⁷.

También nos parece difícil, aunque no imposible, la aplicación de esta decisión de Marciano a los bienes sobre los que se estableció un *pignus in*

¹⁴ VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 321. KASER, *RPR*, I, par. 102, III, 2, califica este término como «no romano». D'ORS, *DPR*, par. 167, n. 5, considera este tipo de accesión como «desconocido por los clásicos». Vid. MADDALENA, P., «“Accedere” e “cedere” nelle fonti classiche», en *Labeo* 17 (1971), pp. 169-186, y «A proposito di incrementi fluviali», en *Labeo* 20 (1974), pp. 224-233.

¹⁵ *Gai.* 2.71. «*Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet*».

¹⁶ *Gai. 2 rer cott.* D. 41.1.7.2 = Inst. 2.1.21: «*Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse*».

¹⁷ WATSON, A., «“Actio serviana” and “actio hypothecaria” a conjecture», en *SDHI* 27 (1961), pp. 356-363.

causa iudicati captum, porque este tipo de mutaciones requieren cierto tiempo. Por lo demás, aunque Marciano no lo dice, solamente serían admisibles las mutaciones que aumentasen el valor de la cosa hipotecada, pues no es pensable que se pudiese admitir una transformación en la cosa que supusiese disminución de la garantía. El jurista se refiere a la prenda sin desplazamiento posesorio, es decir, a la hipoteca, porque en la prenda con desplazamiento no sería posible que el pignorante modificase el objeto, al no tenerlo en su poder. No sabemos si la prenda judicial implicaba siempre la entrega de la cosa, o bien cabía que en ciertos casos quedase la cosa embargada en poder del ejecutado¹⁸, con lo que se trataría de una «hipoteca judicial», y en este caso es cuando tendría cabida alguna mutación del objeto que incrementase su valor.

2. Indivisibilidad del *pignus in causa iudicati captum*

Hay que pensar que, una vez embargados los bienes correspondientes a cada orden, no podría el ejecutado liberarlos más que pagando el total de la condena, sin que pudiese obtener la devolución de algunos de los objetos tomados en prenda pagando parte de lo que debía. El principio de «indivisibilidad de la prenda»¹⁹, formulado rotundamente por *Ulp. 21 ad ed. D. 20.1.19* respecto al *pignus* debería ser también de aplicación a la prenda judicial:

«Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantum debetur».

III. ORDEN PARA PROCEDER

1. Formulaciones generales sobre el orden de proceder

El establecimiento de un orden para proceder al embargo y venta de los bienes, tanto en Derecho romano como en nuestros días, está presidido por una doble finalidad: hacer esta medida extrema lo menos gravosa posible al ejecutado y, al mismo tiempo, facilitar su realización económica para satisfacer, de la mejor manera posible, el interés del ejecutante²⁰. De ahí el

¹⁸ Como es posible en nuestros días, nombrando «depositario» al propio ejecutado. Art. 625 LEC.

¹⁹ WACKE, A., «Ungeteilte Pfandhaftung», en *Index 3* (1972), pp. 454-502.

²⁰ El art. 592 LEC establece como primer criterio para determinar el orden de proceder en los embargos el acuerdo entre las partes y en su defecto el criterio del secretario judicial valorando «la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado». Sólo subsidiariamente se establece un orden específico para proceder (dinero, bienes y créditos de muy fácil realización, bienes muebles, inmuebles, salarios y otros créditos).

orden de prelación que se estableció entre muebles e inmuebles, pues, en una economía campesina, el perjuicio patrimonial para el deudor sería normalmente menor si se le despojaba de los primeros, que si se le privaba de los predios sobre los que asentaba su vivienda o constituían el soporte imprescindible de su explotación. No queda en este procedimiento vestigio alguno de la antigua distinción entre cosas *mancipi* y *nec mancipi*.

Sólo en caso de que los muebles ejecutados fuesen insuficientes para cubrir el total de la condena se debía pasar a embargar los inmuebles, lo que en muchos casos ocasionaría, no ya un empobrecimiento, sino la ruina total del ejecutado. Pero, por otra parte, el menor valor de los muebles, singularmente considerados, supondría una considerable ventaja para el ejecutante, pues sería mucho más fácil su venta en el mercado, para obtener dinero y hacerse pago con él, aparte de que la posibilidad de ocultación sólo existe respecto a los bienes muebles, lo que justifica también que su embargo se hiciese previamente al de los predios, que siempre se tenía por seguro.

Como último recurso, cuando ni los muebles ni los inmuebles bastasen para satisfacer el crédito del ejecutante, se procedía al embargo de los «derechos», probablemente los derechos reales de goce, que siempre podían ser de más difícil realización, a causa de su posible discusión²¹.

Este orden, primero muebles, después inmuebles y, finalmente, derechos, aparece nítidamente enunciado en *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.2, aunque la redacción algo reiterativa y en algún punto imprecisa del fragmento pudiera ser indicio, si no de alteración, sí, al menos, de una mala transmisión. Pero este orden tripartito se veía alterado, en la práctica, por la presencia del dinero, líquido o fácilmente liquidable, que se embargaba en primer lugar²², y los créditos que se tomaban en prenda después de los derechos reales de disfrute y, en último lugar, los sueldos y retribuciones. Por eso afirma LITEWSKI, contradiciendo el tenor literal de D. 42.1.15.2, que el orden para embargar se articulaba en cinco clases: dinero, muebles, inmuebles, *iura*, exigencia de deudas y retribuciones²³. Por nuestra parte, seguiremos la estructura tripartita del texto ulpiano, si bien dedicaremos unos apartados especiales al dinero, a los créditos, que debían ser indiscutidos, y a las retribuciones.

Es preciso subrayar que, según su tenor literal, el fragmento, contenido en D. 42.1.15.2, no se refiere realmente a un orden para embargar, sino, como señala en su inicio, un orden para vender los bienes tomados en prenda:

²¹ Para FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 28, la consecuencia ineludible de este principio es la imposibilidad de tomar en prenda un patrimonio entero: «Die unbeweisbare Konsequenz dieses scharf ausgesprochenen Prinzips liegt in der Unmöglichkeit der Pfandung eines Gesamtvermögens».

²² LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 247 n. 180, afirma del dinero que «Das war offenbar die erste Klasse».

²³ LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 247.

«*In venditione itaque pignorum captorum facienda [...]».*

Esta frase podría hacer pensar que se permitiría, como medida precautoria, embargar toda suerte de bienes y derechos²⁴, aunque después, a la hora de venderlos, hubiese que respetar escrupulosamente la prelación establecida, no sacando a la licitación pública los de un escalón, antes de constatar que los del anterior habían resultado insuficientes. Sin embargo, el desarrollo posterior del fragmento deja claro, a todas luces, que no se podían tomar en prenda bienes de un orden sin haber vendido los del anterior y resultar su precio insuficiente.

En primer lugar, señala el texto, se manda tomar en prenda los muebles y los animales, y que enseguida (*mox*) sean enajenados:

«*[...] primo quidem res mobiles et animales pignori capi iubent, mox distrahi».*

No deja de suscitar dudas la expresión *mox distrahi* pues *Call. 2, cogn. D. 41.1.31*, transcribiendo, al parecer, literalmente el rescripto de Antonino Pío a Cassio, establece que la venta de los bienes tomados en prenda se hará «si no pagaren dentro de dos meses», y se devuelva el posible obrante de los precios obtenidos a aquél de quien eran las prendas vendidas.

«*[...] pignora capi, eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant».*

Aunque el adverbio *mox*, empleado en el fragmento ulpiano, puede significar «más tarde» o «después», su significado más usual es el de «enseguida» o «inmediatamente», y esta inmediatez o celeridad se aviene mal con el plazo bimestral, previo a la venta, concedido al ejecutado para pagar en el rescripto de Pío, según la transcripción de Calístrato, que vivió en tiempos de Severo y Caracalla, siendo, por tanto, coetáneo de Ulpiano²⁵. Resultaría sorprendente que un autor, como Ulpiano, de amplia erudición doctrinal, y habitualmente preciso, no se hiciese eco de este plazo, por lo que es preferible suponer que el vocablo *mox* está empleado en el fragmento ulpiano con el sentido de «más tarde» o «después».

Continúa Ulpiano diciendo que, si el precio obtenido por la venta bastare para cubrir la condena, ya no había que seguir el embargo (*bene est*) y, si no bastare, se manda tomar en prenda los inmuebles y venderlos.

«*[...] quarum pretium si suffecerit, bene est, si non suffecerit, etiam soli pignora capi iubent et distrahi [...]».*

²⁴ Como sucedía en la antigua ejecución universal del proceso *per formulas*.

²⁵ KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, t. I, Leipzig, 1885, p. 738, afirma que los seis *libri de cognitionibus* de Calístrato fueron escritos, con seguridad, bajo el principado conjunto de Septimio Severo y Antonino Caracalla.

Se deduce de estas frases que sólo se podría pasar a embargar los inmuebles una vez vendidos los muebles tomados en prenda, lo que sólo se podría hacer respetando el plazo bimestral para liberarlas de que nos habla Calístrato; cabe preguntarse si, en caso de embargo de predios, habría que dar al ejecutado un nuevo plazo de dos meses para pagar, desde que se realizó esta nueva toma de prendas.

A continuación expone Ulpiano la posibilidad de que el *pignus in causa iudicati captum* se iniciara con los bienes inmuebles, cuando no existiesen muebles en el patrimonio del ejecutado:

«[...] *quod si nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt: [...]*».

Y añade que así se «suele» disponer (*interloqui*), de manera que se tomen en prenda los bienes raíces, si no hay muebles, pues, insiste, no se ha de comenzar por embargar los inmuebles.

«[...] *sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur: nam a pignoribus soli initium faciendum non est.*».

Aparte de lo superfluas e innecesarias que son estas explicaciones, que, en principio, presentan un claro aspecto de glosema²⁶, aunque quizás sirviesen para advertir de posibles excesos por parte de los funcionarios, llama la atención el empleo de la palabra *solent* que, en rigor, parece referirse más a una práctica habitual que a un procedimiento estrictamente regulado. Sin embargo no parece, a primera vista, que el texto esté apuntando a una cierta discrecionalidad del juzgador que pudiese alterar el orden establecido para los embargos, sino que, más bien, pudiera ser una expresión inexacta.

Para concluir dice el texto que si no eran suficientes los inmuebles, es decir el precio obtenido por ellos, para pagar la condena, o si no había bienes de esta clase, entonces se llegaría a los derechos:

«[...] *quod si nec quae soli sunt sufficient vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad iura. [...]*».

Hay que pensar que, después de la toma en prenda de los *iura*, se concedería al ejecutado un nuevo plazo de dos meses para pagar y extinguir el embargo, con lo que una ejecución podría dilatarse hasta seis meses, si no surgían otras cuestiones, que, como veremos más adelante, eran posibles.

Finaliza el fragmento con un colofón, también innecesario, diciendo que de este modo ejecuta el gobernador (de la provincia) la cosa juzgada:

«*exsequuntur itaque rem iudicatam praesides isto modo.*».

²⁶ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 27-28, analiza las innecesarias repeticiones del fragmento ulpiano.

Un paralelismo con este orden para tomar prendas en ejecución de sentencia lo encontramos en un texto ulpiano (35 *ad ed.* D. 27.9.5.9), que contempla el supuesto de que hubieran de enajenarse bienes del pupilo, para pagar deudas. Se inicia el fragmento afirmando que no se debió permitir a los tutores la venta desordenada, so pretexto de deudas dinerarias, porque no se les atribuyó posibilidad para estas enajenaciones, y, por esto, el Senado dejó este asunto al arbitrio del pretor (tutelario):

«Non passim tutoribus sub optentu aeris alieni permitti debuit venditio: namque non esse viam eis distractionis tributam. et ideo praetori arbitrium huius rei senatus dedit, [...]».

Ante todo, continúa, debe el pretor examinar mediante sus atribuciones (*officium*), en primer lugar, si de otra manera se puede hallar dinero para extinguir los débitos:

«[...] cuius officio in primis hoc convenit excutere, an aliunde possit pecunia ad extenuandum aes alienum expediri. [...]».

Precisando más, añade que debe (el pretor tutelario) buscar si el pupilo tiene dinero, o en metálico o en créditos que se puedan reclamar, o en frutos «sazonados» (*conditi*), o la esperanza de rentas y de ganancias:

«[...] quaerere ergo debet, an pecuniam pupillus habeat vel in numerato vel in nominibus, quae conveniri possunt, vel in fructibus conditis vel etiam in redituum spe atque obventionum. [...]».

Si no se hallara dinero, ni ninguno de los bienes enunciados anteriormente, debía el pretor buscar si había otras cosas, aparte de los predios que se pudieran vender y con cuyo precio fuera posible satisfacer las deudas:

«[...] item requirat, num aliae res sint praeter praedia, quae distrahi possint, ex quarum pretio aeri alieno satisfieri possit. [...]».

Finalmente, en caso de que no se encontrara otra manera de pagar las deudas más que con la venta de los predios, entonces la permitiría, pero restringe, aún más, esta posibilidad a dos supuestos: o bien que el acreedor exigiese el pago, o bien que la cuantía de los intereses aconsejara extinguir la deuda:

«[...] si igiturprehenderit non posse aliunde exsolvi quam ex praediorum distractione, tunc permittet distrahi, si modo urgeat creditor aut usurarum modus parendum aeri alieno suadeat.».

Aunque la similitud entre ambos órdenes sea evidente, hay que señalar que este texto contempla una realidad bien diferente de la del *pignus in*

causa iudicati captum y su finalidad es salvar a toda costa los inmuebles pupilares de la venta en caso de que fuese preciso hacer frente a deudas del sometido. Por eso establece una prioridad absoluta del dinero, pero, y esto es lo más curioso, equipara el dinero líquido (*in numerato*) con el que está en créditos exigibles (*in nominibus, quae conveniri possunt*) y, junto a ello, considera como dinero los frutos que ya son aprovechables (*vel in fructibus conditis*) o, incluso las rentas esperadas (*vel etiam in redituum spe*) y, en general, las ganancias (*atque obventionum*). En pura técnica el dinero líquido es un bien mueble y en el embargo ejecutivo entra en el primer rango, como también lo son los frutos naturales aún no enajenados, pero los créditos vencidos y las rentas esperadas, no son bienes muebles sino créditos y, en el caso de la toma ejecutiva de prendas, sería su lugar, después de los predios y los derechos reales. Pero, como ya veremos, al ocuparnos del dinero, también en el *pignus captum* aparecen ciertas alteraciones del orden de prelación, considerando los créditos, especialmente los derivados de préstamos, como si fuesen dinero y, en consecuencia, ejecutándolos en primer lugar. En este punto, sin duda, prevalecen consideraciones de carácter económico, probablemente de influencia helénica, que empañan un tanto el rigor lógico de los conceptos jurídicos²⁷.

No aparece en las fuentes criterio alguno de prelación entre los bienes pertenecientes a la misma clase. Evidentemente podría haber unos más aptos que otros para satisfacer el interés del ejecutante, por su valor o por la facilidad para su realización, pero, seguramente, la elección quedaría al arbitrio del juzgador, o quizás del encargado de ejecutar la sentencia, que podría tener en cuenta las preferencias manifestadas por el ejecutante. De algunos textos se deduce que, como sucede en nuestros días, el dinero líquido sería el bien más apetecible para embargarlo en primer lugar, dentro de los bienes muebles, puesto que con él se hacía el pago, inmediatamente, al ejecutante sin necesidad de realizar venta alguna. Pero cuando el dinero no estaba en poder del ejecutado sino que se le debía, y por tanto se trataba técnicamente de un crédito, se planteaban problemas especiales a cuya consideración dedicaremos un apartado.

Una extensa constitución del emperador León, del año 446, contenida en C. 1.12.6, bajo la rúbrica general *De his, qui ad ecclesias confugiunt vel ibi exclamant*, regula minuciosamente el asilo de quienes se refugiaban en las iglesias, prohibiendo tajantemente, bajo pena de muerte, que fueran detenidos o sacados del lugar sagrado²⁸. Pero, a continuación establece ciertas matizaciones a tan rotunda inmunidad, en las que se alude al embargo de sus bienes. Según el parágrafo 3, si el refugiado hubiese sido citado por una

²⁷ Como ocurre, en Derecho moderno, con el orden establecido en el art. 592.2 LEC, que antepone a los bienes muebles, junto con el dinero, los créditos y objetos de muy fácil realización.

²⁸ Vid. HERRMANN, J., «Kaiserliche Erlasse zum kirchlichen Asylschutz für Sklaven», en *Studi Sanfilippo IV*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 255-265.

acción civil, derivada de un contrato público o privado, puede elegir entre responder a la investigación del juez por cuya sentencia había sido citado, por sí, o por medio de un procurador, solemnemente nombrado²⁹. Es decir, que el asilo no proporcionaba inmunidad al condenado por sentencias civiles³⁰:

«3. *Cum autem monitus fuerit in publico privatove contractu actione civili, in eius sit arbitrio sive per se seu, si magis elegerit, instructo sollemniter procuratore directo in eius iudicis, cuius pulsatur sententiis, examine respondere*».

El párrafo siguiente dispone que, si se negara, o difiriese, hacer esto, es decir, responder por sí o mediante *procurator*, se observaría el orden acostumbrado en los juicios:

«4. *Sed si hoc facere detractat aut differt, iudiciorum legumque solitus ordo servetur [...]*».

Pero la continuación del párrafo parece alterar el orden tradicional de los embargos, al referirse, en primer lugar a los inmuebles, estableciendo que, tras la citación de los edictos solemnes se hiciera entrega de los predios o la venta de ellos en virtud de la sentencia del juez hasta satisfacer la cuantía de la deuda:

«[...] itaque si res immobiles possidet, post edictorum sollemnia sententia iudicantis usque ad modum debiti bonorum eius sive praediorum traditio seu venditio celebretur».

Es en el párrafo siguiente donde la ley imperial aborda la cuestión de los bienes muebles, disponiendo que si el refugiado los tenía ocultos fuera de los límites de la iglesia, habían de ser buscados por el *executor* en virtud de la sentencia del juez y sacados de allí donde estuvieran, para ser aplicados, como medida de equidad, al pago de las cuentas públicas y privadas en la cuantía de la deuda del condenado:

«5. *Quod si res mobiles habet easque extra terminos occultat ecclesiae, sententia iudicantis et executoris sollicitudine perquisitae, quocumque occultantur, erutae pro aequitatis tramite modoque debiti publicis rationibus privatisque proficiant*».

También eran embargados los muebles del refugiado, si se hallaban dentro de los límites de la iglesia, o se afirmase que fueron escondidos o

²⁹ GARCÍA DEL CORRAL traduce *sententia* como «providencia», pero pensamos que, si se pone el texto en relación con los pars. siguientes, no está hablando de cualquier trámite procesal, sino de la ejecución de una sentencia recaída en un procedimiento civil.

³⁰ Vid. ARU, L., *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano (Studia Juridica, 64)*, Roma, L'Erma, 1971.

depositados en poder de algún clérigo, pero entonces la búsqueda no sería realizada por el *exsecutor*, sino por el reverendísimo ecónomo o por el defensor de la iglesia. Sin embargo, una vez hallados los bienes muebles y, de cualquier modo venidos a poder de la iglesia, se aplicaba la misma medida equitativa de destinarlos, al pago de la deuda al fisco, la república, los acreedores o cualesquiera demandantes legítimos:

«6. Sane si intra fines habentur ecclesiae vel apud quemlibet ex clericis absconditae sive depositae fuisse firmantur, studio et providentia viri reverentissimi oeconomi sive defensoris ecclesiae diligentia inquisitae quolibet modo ad sacrosanctam ecclesiam pervenientes proferantur, ut pari aequitatis ordine ex isdem bonis fisco vel rei publicae sive creditoribus et quibuscumque iustis petitoribus ad modum debiti consulatur».

Si se hubiera dicho que los muebles del refugiado habían sido depositados o dados en comodato, y se trataba de una mera sospecha, sería el obispo quien, con su autoridad, los haría restituir en conciencia a aquél en cuyo poder se suponía que estaban.

«7. Sicubi depositae vel commendatae dicuntur, inquirendi tantam volumus esse cautelam, ut, si sola suspitione apud aliquem adserantur absconditae, de sua etiam conscientia satisfacere auctoritate venerabilis antistitis iubeatur».

Se cuidó el emperador de señalar que las anteriores disposiciones se aplicaban no sólo a los deudores principales, sino también a sus garantes, como fiadores o mandantes de crédito³¹, con sus bienes o con los de sus familiares, socios o partícipes y, en general, con los de todos los que resultaban obligados por las mismas causas. Por supuesto, si todos éstos se hubiesen refugiado dentro de los límites de las iglesias, se haría, respecto a ellos, la misma búsqueda de los bienes allí donde hubieran sido depositados, incluso si fueran personas ingenuas y libres:

«8. Adicientes, quod ea, quae de principalibus personis decrevimus, etiam in fideiussorum sive mandatorum seu rerum ad eos pertinentium vel familiarium et sociorum vel participum et omnino in isdem causis obnoxiorum personis praecipimus observari, scilicet si ipsos quoque secum confugae intra ecclesiarum terminos habere voluerint, ut ex eorum quoque bonis publica debita privataque solvantur et per eos rerum ubicumque depositae sunt procedat inquisitio. et haec quidem de ingenuis liberisque personis».

Aunque no de manera clara, establece esta constitución una inversión en el orden de proceder, para el caso de ejecutados que se refugiaban en las iglesias y no colaboraban con el procedimiento ejecutivo, ordenando en primer lugar el embargo y realización de los inmuebles. El fundamento de

³¹ No «mandatarios», como traduce, erróneamente, GARCÍA DEL CORRAL la palabra *mandatorum*.

esta excepción parece palmario: los inmuebles no se podían ocultar, mientras que los muebles, si no habían sido entregados por el deudor, era preciso buscarlos, como el propio texto ordenaba, para recuperarlos, tanto si los había llevado consigo al refugio sagrado, como si estaban depositados o escondidos fuera de la iglesia. Parece razonable que en tal caso se tomaran en prenda primeramente los inmuebles para satisfacer al ejecutante.

2. Análisis de las diversas clases de bienes

A. *La especial consideración del dinero*

Merece una especial consideración el dinero, que, en caso de ser embargado, permitía un pago inmediato de la condena, pues no precisaba, como los demás objetos, de una venta para realizar su valor. La *pecunia* ha sido siempre el bien más deseable a efectos de ejecución, porque su existencia facilita enormemente la satisfacción del ejecutante³². Sin embargo la absoluta fungibilidad del dinero ha suscitado, en todas las épocas, perplejidades y discusiones en el plano conceptual, que, en ocasiones, no dejan de tener consecuencias prácticas. Las monedas, o, en nuestros días, los billetes, parece que, como regla general son propiedad de aquél en cuyo poder están, independientemente de que deba una suma determinada, pues su inidentificabilidad impide cualquier reivindicación sobre los mismos. Quien tiene un dinero de procedencia ajena, podrá estar obligado a su devolución, que podrá serle reclamada con la acción personal correspondiente, pero, en buena lógica, siempre será propietario del mismo. Sin embargo este principio, mantenido con bastante rigor en el pensamiento jurídico de Roma³³, quiebra, en muchas ocasiones, tanto en el propio Derecho romano como también en los modernos ordenamientos³⁴, y la consideración del dinero tomado en

³² Así el art. 634 de la LEC prescribe que «El tribunal entregará directamente al ejecutante, por su valor nominal, los bienes embargados que sean:

Dinero efectivo.

Saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición.

Divisas convertibles, previa conversión, en su caso.

Cualquier otro bien cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado, o que, aunque inferior, el acreedor acepte la entrega del bien por su valor nominal».

³³ Tres rescriptos de Diocleciano y Maximiano, C. 8.13.16 (293); C. 8.13.17 (293) y C. 8.27.19 (294) rechazan que existiera un *pignus* sobre el bien adquirido a favor de aquél de quien procedía el dinero. La propiedad de la cosa comprada se debía transferir, mediante la *traditio*, a quien había prestado el consentimiento para comprar, aunque el dinero fuese de otro: *Pomp. ad Sab. D. 13.7.2; Ner. 6 reg.D. 41.1.13pr.; C. 4.50. (Ant. 213); C. 5.3 (Alex. 228), C. 5.16.9 (Gord. 238), C. 3.32.6 (Gord. 239)*. En este punto son muy firmes los rescriptos de Diocleciano y Maximiano recogidos en C. 4.50.9 (294), C. 4.37.2 (sin fecha), C. 4.50.8 (294), C. 4.19.21.1 (294), C. 5.51.10pr. (294), C. 5.12.12 (293). *Vid. PRINGSHEIM, F., Der Kauf mit fremden Geld (Studien über Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentümserwerb nach griechischen und römischen Recht)*, Leipzig, 1919.

³⁴ Así sucede, por ejemplo con la consideración de los bienes en el régimen económico matrimonial de gananciales. CC español, art. 1346: «Son privativos de cada uno de los cónyuges:

préstamo como *aes alienum*³⁵ era, a veces, tenida en cuenta para conceder prioridad a determinados acreedores³⁶ y para dispensar un tratamiento jurídico diferenciado a los bienes según sea la procedencia del dinero con que habían sido adquiridos³⁷, o con el cual se ha sufragado la incorporación a ellos de determinadas mejoras³⁸, aunque ello llevase consigo, en la práctica, la dificultad de probar la procedencia del dinero³⁹.

La razón de estas desviaciones hay que buscarla, desde luego, en razones de utilidad pragmática, pero también en una cierta influencia helenística, puesto que el Derecho griego consideraba que el dinero prestado en

3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos». Art. 1347: «Son bienes gananciales: 3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos». Art. 1354: «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». Art. 1356: «Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza».

³⁵ *Ulp. 1 reg. D. 50.16.213.1*: «*“aes alienum” est, quod nos aliis debemus: “aes suum” est, quod alii nobis debent*».

³⁶ *C. 8.17.7 (Diocl. Max. 293)* establece que, en caso de existir varios acreedores pignoratícios sobre el mismo predio, se alteraba el principio de prioridad temporal, a favor de aquel con cuyo dinero se había adquirido el bien. Según *Ulp. 35 ad ed. D. 27.9.3pr., 3 disp. D. 20.4.7.pr., y C. 7.9.6 (Alex. sin fecha)* tenía el pupilo un *pignus* sobre el fundo adquirido con dinero pupilar. Los cargos adquiridos por los banqueros se presumían *iuris tantum* adquiridos con dinero de sus acreedores, es decir de sus clientes que les habían prestado, quienes podían reivindicarlos con derecho de hipoteca, *C. 8.13.27 (del 528)*, este privilegio fue concedido también, de forma inversa, a los banqueros respecto a los cargos comprados por sus clientes, en *Nov. 136.3 (de fecha incierta)*.

³⁷ *Vid. Gai. ad ed. de praed. D. 23.3.54, y Ulp. 33 ad ed. D. 24.3.22.13*, donde se afirma que las cosas compradas con dinero dotal eran dotales (en contra *C. 5.12.12, Diocl. Max. 293*). Según *Ulp.- Iul. 18 ad Sab. D. 7.1.25.1*, el esclavo comprado por otro esclavo en usufructo pertenecía al propietario o al usufructuario, según quién hubiese pagado el precio. *Paul. 6 quaest.* concedía una *vindicatio utilis* a la mujer, cuyo marido había comprado un fundo con dinero donado por ella. *Ulp. 1 opin. D. 26.9.2* la daba al sometido, sobre las cosas compradas por el tutor o el curador con dinero de aquél (en lugar del *pignus* establecido en *Ulp. 35 ad ed. D. 27.9.3pr., 3 disp. D. 20.4.7.pr. y C. 7.9.6 (Alex. sin fecha)*, negado en *C. 5.51.10pr. Diocl. Max. 294*). *C. 3.32.8 (Philipp. 246)* concede la *vindicatio utilis*, en términos más generales a aquél con cuyo dinero se hizo la compra. *C. 5.51.3 (Ant. 215)* permitía al *curator*, que había comprado para sí un fundo con dinero del sometido, la alternativa de considerar el predio como comprado para él o exigir intereses del dinero empleado. *Vid. FREZZA, P., op. cit., pp. 119-125 (pegno legale)*.

³⁸ El caso más característico es el del «crédito refaccionario» establecido por un S. C. de Marco Aurelio, que estableció un privilegio a favor de quien prestó dinero para reparar un edificio, *Ulp. lib. sing. de off. cos. D. 12.1.25, 63 ad ed. D. 45.5.24.1 y 17 ad ed. D. 42.3.1. Pap. 10 resp. D. 20.1.1* lo considera un *pignus*.

³⁹ *C. 5.51.10.1 (Diocl. Max. 294)* subraya esta dificultad, afirmando que el hecho de que ni el marido tutor ni la mujer tuviesen patrimonio antes de asumir la tutela no es suficiente pues no se puede prohibir a los pobres aumentar su patrimonio con su trabajo y su industria («[...] *nec enim pauperibus industria vel augmentum patrimonii, quod laboribus ac multis casibus quaeritur, interdicendum*»).

mutuo seguía siendo propiedad del mutuante⁴⁰, y que la cosa comprada se subrogaba en la misma situación jurídica que tenía el dinero con el que se había pagado el precio⁴¹. Sin descartar que el vulgarismo de los últimos siglos del Imperio pudiese haber acentuado esta consideración, siempre más asequible para el pueblo, al estar asentada en términos económicos⁴².

En este sentido hay que señalar cómo los textos jurisprudenciales referentes al *pignus in causa iudicati captum* de dinero del ejecutado parecen oscilar entre ambos puntos de vista. Por una parte, no faltan menciones al dinero identificado, como sucede cuando está encerrado en una caja, y que, indudablemente puede ser embargado, como cualquier otro bien mueble. Así, *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.12 nos dice que el dinero depositado a nombre del condenado, o guardado en un arca, suele ser tomado para satisfacer lo juzgado, y, más aún, también el dinero del pupilo encerrado en un arca para la compra de predios, suele ser cogido, incluso sin permiso del pretor (tutelario) por el que ejecuta la sentencia y ser aplicado a la causa de la cosa juzgada:

«Praeterea pecuniam [...] in arcam reclusam solent capere, ut iudicato satisfiat. hoc amplius et si pupillaris pecunia in arcam reposita sit ad praediorum comparationem, et citra permissum praetoris ab eo, qui exsequitur iudicatum, solet capi et in causam iudicati converti».

Aunque este párrafo aparece como continuación de otros, relativos a la prenda sobre créditos, que se tomaba en último lugar, no nos aclara si este dinero, identificado como del deudor condenado, por estar encerrado en un arca, se embargaba, como un bien mueble más, en el primer peldaño de la ejecución. Parece lógico que así fuera.

Más problemático resulta el tema del embargo del dinero ingresado en una cuenta bancaria, o en poder de otro, pero destinado al condenado o depositado a nombre del mismo. Lo correcto, en rigor técnico, sería que fuese tratado como la prestación debida por un crédito del ejecutado, y consiguientemente, se embargase en último lugar, optando, los jueces que ordenaron la ejecución, entre demandar al deudor o vender el crédito a un tercero, como se afirma en *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.10, decidiendo que los jueces deberán hacer aquello que les parezca más fácil para la ejecución:

«Item quid dicemus? utrum ipsi iudices convenient nomen exigentque id quod debetur et in causam iudicati convertent, an vero vendent nomen, ut

⁴⁰ WOLFF, H. J., «Die Grundlagen des griechisches Vertragsrecht», en *ZS* 74 (1957), pp. 126 y ss.

⁴¹ *Vid.* PRINGSHEIM, F., *The Greek Law of The Sale*, Weimar, 1950; DÍAZ BAUTISTA, A., «La venta real», en *El Derecho Comercial de Roma al Derecho Moderno*, vol. 1, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2006, pp. 13-47.

⁴² Sobre estas cuestiones, *vid.* DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la banca bizantina*, Murcia, 1987, cap. II, pp. 60-105.

pignora corporalia solent? et necesse est, ut quod eis facilius videatur ad rem exsequendam, hoc faciant».

Sin embargo, parece que el dinero ingresado en un banco solía ser embargado directamente, como si estuviese en poder del condenado, es decir, como un bien mueble, tal como ocurre hoy día⁴³. *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.11, afirma que, si el dinero estuviere en poder de los banqueros, solía ser tomado igualmente en prenda⁴⁴, y además si estuviere en poder de otro cualquiera, pero destinado al condenado, también solía ser tomado en prenda y aplicado a la cosa juzgada:

«Sed et si pecunia penes argentarios sit, aequè capi solet. hoc amplius et si penes alium quem, destinata tamen ei, qui condemnatus est, solet pignoris iure capi et converti in causam iudicati».

El fragmento, ya examinado, *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.12, referente al dinero encerrado en un arca, comienza estableciendo que el dinero depositado a nombre del condenado solía tomarse en prenda, para satisfacer lo juzgado:

«Praeterea pecuniam quoque depositam nomine condemnati [...] solent capere, ut iudicato satisfiat [...]».

Es cierto que el dinero del cliente que estaba en poder de los banqueros constituía técnicamente un mutuo, reclamable con la *condictio* y no un bien del ejecutado, y lo mismo hay que decir del dinero que un deudor del condenado tuviese para pagarle a él. Pero, sin duda, consideraciones de eficacia práctica y económica aconsejaban embargarlo directamente, en lugar de vender el crédito o reclamarlo judicialmente. En cuanto al dinero depositado a nombre del condenado, es evidente que se refiere a la figura jurídica anómala del «depósito irregular»⁴⁵, en el que el depositario había de restituir la cantidad entregada y no los bienes mismos, con lo que, en buena técnica, era también un mutuo, si bien se encubría bajo esta apariencia contractual engañosa, para poder reclamar con la *actio depositi in ius ex fide bona*, que permitía pedir intereses, aunque no se hubiesen estipulado, y no con la

⁴³ El actual art. 592 de la LEC prescribe el embargo de «dinero o cuentas corrientes de cualquier clase, créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo», con preferencia a cualquier otro bien mueble.

⁴⁴ BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, t. II, par. 115, p. 695, tras referirse al ganado y los esclavos, afirma: «Auch baares Geld, das ist in der Kasse findet, oder beim Wechsler deponirt ist, kann genommen [...]». Aunque el empleo del verbo *deponieren* puede hacer pensar en un dinero «depositado», el que se refiera al que lo está *beim Wechsler*, en poder de un «cambista» o banquero, demuestra que los autores están pensando en el dinero «depositado» en el banco, lo que, si bien es técnicamente un mutuo, se configuraba, por ser más ventajoso para el banquero, como la figura anómala del «depósito irregular».

⁴⁵ KASER, M., *RPR.* I, par. 126.II.

condictio que, como acción de derecho estricto que era, no lo permitía. Curiosamente, esta anomalía todavía tiene reflejo en la terminología bancaria de nuestros días.

También resulta del texto que se acudía a la solución práctica de embargar directamente el dinero «del condenado» que estaba en poder de los banqueros o de otra persona. Observemos, no obstante, que no parece haber escapado a la finura del pensamiento de Ulpiano el carácter «atécnico» de estas soluciones, pues, aparte de haberlas situado en la sede del *pignus* de créditos, y no en el de muebles, utiliza siempre el verbo *solere*, como apuntado que «se suele» hacer así, aunque, conceptualmente, no fuese lo más ortodoxo.

Pero es preciso considerar que la toma del dinero del reo, bien porque estuviese en poder del ejecutado, de un banquero, o de otro, pero destinado a él, si bien era la mejor forma de ejecución, no era técnicamente una prenda, aunque los textos lo llamen así. Las razones son evidentes: la toma del dinero no tenía la función de garantizar la deuda derivada del *iudicatum*, que, no lo olvidemos, había de ser siempre dineraria. Esta función de garantía era una característica esencial tanto del *pignus* convencional como del judicial que no se daba en el embargo de dinero, porque su entrega al ejecutante constituía, por sí misma, la satisfacción de su pretensión⁴⁶. No cabe pensar, por tanto, que el ejecutado a quien se le había retirado una suma de dinero, tuviese la posibilidad de extinguir éste, así llamado, *pignus in causa iudicati captum* pagando el montante de la condena, para recuperar el dinero embargado, pues sería absurdo dar una suma para recuperar la misma cantidad. A lo sumo podría reclamar el eventual *superfluum* en caso de que la cantidad embargada fuese superior a la deuda derivada de la sentencia, lo cual resulta en este caso difícilmente pensable. La prenda, propiamente dicha, sólo podía recaer sobre cosas específicas⁴⁷ y más tarde sobre derechos reales de goce⁴⁸ cuya restitución, una vez extinguida la obligación garantizada, podía exigirse mediante la *actio pigneraticia* personal e *in factum*⁴⁹, pero no se constituía sobre dinero⁵⁰. Por todo ello no

⁴⁶ BETHMANN-HOLLWEG, *loc. cit.*: «[...] und ohne weiteres der Gläubiger damit befriedigt werden».

⁴⁷ D'ORS, DPR, par. 410. VOLTERRA, E., *Istituzioni...*, *op. cit.*, p. 433: «Ogetto del pegno è in diritto classico una cosa corporale [...]».

⁴⁸ VOLTERRA, E., *op. cit.*, p. 433: «Nel diritto giustiniano è ammessa la costituzione di pegno anche su cose incorporali, quali il diritto di usufrutto, di enfiteusi, di superficie, e persino sulle servitù».

⁴⁹ LENEL, O., *EP*, p. 255. *Gai. 2 aur.* D. 44.7.1.6: «Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur».

⁵⁰ D'ORS, DPR, par. 420, n. 1, lo deduce de *Marcel. 25 dig.* D. 48.13.14, donde se afirma que no comete *peculatus* el que exige dinero a un deudor suyo, que también lo es del Fisco, porque el dinero no se le quita al Fisco sino a un deudor suyo que permanece siendo deudor del Fisco: «*Peculatus nequaquam committitur, si exigam ab eo pecuniam, qui et mihi et fisco debet: non enim pecunia fisci intercipitur, quae debitori eius aufertur, scilicet quia manet debitor fisci*».

aceptamos la opinión de LITEWSKI, quien considera «infundada» la doctrina de autores como FLEISCHMANN⁵¹, que entienden que, en este caso, sólo se puede hablar de *pignus in causa iudicati captum* en sentido impropio, aunque, admite, presenta algunas «especialidades». Se basa LITEWSKI en que, para la toma de dinero, emplean los textos los mismos términos (*iure pignoris capere*) que para los otros objetos, y también, añade, en otras clases de bienes, como los créditos tomados en prenda, también se observan diferencias, respecto de los objetos corporales, ya que tanto pueden venderse como ser realizados directamente por el ejecutante para cobrar, sin que por esto, dice, se pueda considerar que el *pignus nominum in causa iudicati captum* sea una prenda en sentido impropio⁵². La argumentación no nos parece convincente. En primer lugar, el hecho de que los juristas empleen para el *pignus in causa iudicati captum* del dinero los mismos vocablos que para los demás objetos, tan sólo indica que se produce en el mismo procedimiento ejecutivo y, por razones de analogía, emplean los términos en un sentido más bien metafórico. Por otra parte, la alusión que realiza el autor a la toma de prenda sobre créditos, tampoco nos parece que sea definitoria, porque el *pignus nominis*, en realidad una hipoteca sobre un crédito, estaba admitida en la práctica del *pignus* convencional⁵³, lo que no sucedía con la *pecunia*, y el acreedor pignoraticio se consideraba un cesionario del crédito pignorado que podía demandar al deudor del pignorante, o bien realizar una nueva cesión del crédito a un tercero mediando un precio en dinero⁵⁴.

nihilo minus». Seguramente el Fisco habría establecido una hipoteca sobre los bienes del contribuyente deudor, pero en ella no se consideraba incluido el dinero. En la actualidad es frecuente la entrega de una suma de dinero, en garantía del cumplimiento de una obligación, p. ej. en los arrendamientos de viviendas, pero esta figura no es propiamente una prenda, aunque a veces se le llame así, o también, incorrectamente, «fianza». En realidad, es como una «prenda irregular».

⁵¹ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 78, en la extensa n. 1, lo argumenta y comienza diciendo: «Hier könnte es ja zweifelhaft sein, ob man überhaupt von der Begründung eines Pfandrechtes sprechen darf».

⁵² LITEWSKI, W., *op. cit.*, pp. 248-249: «Unbegründet ist die Abschauung, dass man hier vom *pignus in causa iudicati captum* nur in einem uneigentlichen Sinn sprechen könne. Zwar hatte die Exekution hier einige Besonderheiten. Dessen ungeachtet benutzen aber die Quellen im Zusammenhang mit der Gepfändung die gleichen technischen Termini wie bei der Pfändung anderer Gegenstände. Einige Unterschiede treten übrigens auch in anderen Klassen auf, z.B. bei den nomina. Gepfändete Schulforderungen wurden eingezogen oder verkauft. Trotzdem kann man nicht sagen, dass es sich bei ihnen um ein *pignus* im uneigentlichen Sinn gehandelt habe».

⁵³ Paul. 29 ad ed. D. 13.7.18pr.: *Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, [...]; Marcian. lib. sing. ad form. hypoth. D. 20.1.13.2* alude a esta figura. Vid. KASER, M., «Zum “*pignus nominis*”», en *Etudes J. Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, pp. 399-409.

⁵⁴ A partir de Antonino Pío se fue independizando la posición del cesionario, concediéndole acciones útiles para reclamar los créditos cedidos y estableciendo la *denuntiatio* del cesionario al deudor comunicándole la cesión realizada, lo que impedía que el deudor pudiera liberarse pagando al cedente, *vid. D'ORS, DPR*, par. 476.

B. *Bienes muebles y animales*

Retornando a *Ulp. 3 de off. cons* D. 42.1.15.2, ya hemos visto que en primer lugar se manda tomar en prenda los bienes muebles y los animales (*[...] primo quidem res mobiles et animales pignori capi iubent, [...]*) e insiste en que sólo se pueden embargar los inmuebles cuando no haya muebles o resulten estos insuficientes. Pero, en esta reiteración, ya no emplea la expresión *mobiles et animales*, sino el plural *moventia* (*[...] quod si nulla moventia sint, [...] si moventia non sint, [...]*) que es habitualmente utilizado en las fuentes para designar los «semovientes» y no los demás bienes muebles. No cabe sospechar, de ello, que Ulpiano quisiera restringir la prenda judicial de los predios, tan sólo a la falta de animales para embargar, pues se deduce claramente del contexto general del *pignus captum* que se aplicaba a todo tipo de bienes muebles. Seguramente, la alusión a los *moventia* derive de que los animales eran los muebles de más valor en la economía agraria⁵⁵. Sin embargo, esta cierta incorrección terminológica podría ser indicio de que el fragmento pudo ser alterado.

Por supuesto que entre estos bienes muebles entrarían tanto el dinero que estuviese en poder del ejecutado, que sería el objeto más apetecible, como el ganado y los esclavos. Incidentalmente hace referencia al *pignus captum* sobre animales y esclavos *Ulp. 18 ad ed.*D. 9.2.29.7, al que ya nos hemos referido cuando establece la responsabilidad por la Ley Aquilia, y sus complementarias *in factum*, de los magistrados municipales que tomasen en prenda ganado («*[...] cum pecudes aliquis pignori cepisset [...]*») o esclavos («*[...] cum pignori servum cepisset [...]*»).

Un tema recurrente en el pensamiento de los juristas romanos es el del rebaño, que, seguramente, y junto con el de *populus*, fue uno de los primeros conceptos abstractos que se formularon⁵⁶. El rebaño no era la mera suma de los animales que lo componían, sino una *universitas*, es decir, una unidad de explotación económica susceptible de permanecer y seguir produciendo rendimientos, aunque sus componentes desaparecieran siendo sustituidos por otros⁵⁷. No hay razones para descartar que se pudiese tomar un *pignus in causa iudicati* sobre un rebaño del ejecutado, considerado en su conjunto, y, con toda probabilidad, se aplicaría a este caso la regla que expresa *Marc. l.sing. ad form. hypoth.* D. 20.1.13pr. para la prenda convencional, y que la extiende también a las crías que nazcan después de constituida, añadiendo que, aunque mueran las primitivas cabezas de ganado y el rebaño se renovase por entero, seguirá pignorado.

⁵⁵ Recordemos el parentesco filológico entre *pecus* y *pecunia* o *peculium*.

⁵⁶ Vid. DÍAZ BAUTISTA, A., «La reivindicación de cosas genéricas», en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, Salamanca, 2002, vol. 1, p. 316.

⁵⁷ Inst. 2.20.18: «*[...] Iulianus ait: esse enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicuti aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus*».

«Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur».

Cabe preguntarse si podía el deudor pignorante de un rebaño, enajenar, aisladamente, algunas de las cabezas que lo componían entiende FREZZA, respecto al *pignus* convencional que, no habiendo fuentes que decidan la cuestión, no se puede establecer una responsabilidad del deudor enajenante, sino en tanto en cuanto la enajenación se pudiese cualificar como realizada en fraude de los intereses del acreedor, ni que el acreedor pudiera reclamar a un tercero estos animales⁵⁸. La hipótesis sólo podía darse en el *pignus in causa iudicati captum*, cuando el rebaño permaneciese en poder del ejecutado (*hypotheca*) y nos inclinamos a pensar que, para que el ejecutado enajenase singularmente ciertas cabezas de ganado haría falta el consentimiento del ejecutado, pues, de otro modo podría el ejecutado disminuir la garantía a su arbitrio.

Semejante al rebaño era, en la mentalidad romana la *taberna* como unidad patrimonial que comprendía diversos elementos, lo que, modernamente llamamos «empresa». Para el *pignus* convencional de una *taberna*, se preguntaba *Scaev. 27 dig. D. 20.1.34pr.* si era nulo, o bien había que considerar pignoradas las mercancías existentes, aunque hubiese vendido unas, introduciendo otras en su lugar, y responde que, en caso de haber muerto el deudor se entendían pignoradas todas las mercancías que se encontrasen en el local⁵⁹:

«Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur».

No debía ser infrecuente que se estableciese un *pignus* judicial sobre una empresa y hay que pensar que, siendo necesario que siguiese realizando su actividad comercial, para mantener su valor, sería lógico admitir la subrogación real de las mercancías. También sería habitual que la empresa embargada siguiese en poder del ejecutado, mediante un *pignus conventum*, ya que empresario ejecutado sería el más idóneo para hacerla funcionar. Seguramente, en estos casos, el *exsecutor*, a petición del ejecutante, se encargaría de controlar la actividad mercantil del ejecutado, hasta que

⁵⁸ FREZZA, P., *op. cit.*, p. 164.

⁵⁹ FREZZA, P., *op. cit.*, p. 166, considera clásica esta argumentación y añade: «[...] possiamo tranquillamente completare il pensiero del giurista aggiungendo che il momento in cui cessa la libera commerciabilità non è soltanto quello della morte del debitore, ma anche quello della sua insolvenza nei confronti del creditore pignoratico».

se extinguiese el embargo, por pago de la condena o venta del objeto, para evitar que se pudiesen defraudar los intereses del ejecutante.

En el caso del esclavo embargado es lógico pensar que su peculio, aunque, en muchos casos fuese considerado como una «pertenencia» del esclavo y se enajenase con él, no entraría como tal en el *pignus captum*, sino que los bienes que lo formaban, que eran propiedad del *dominus*, serían embargados separadamente del esclavo y en su orden correspondiente. Los muebles que pudiera haber en el peculio, serían tomados en prenda en primer lugar, al mismo tiempo que el esclavo, pero los inmuebles y los derechos, si los había, sólo podrían ser embargados en segundo o tercer lugar y siempre que, una vez realizados los bienes del orden anterior, hubieran resultado insuficientes para satisfacer al ejecutante. Esta solución puede deducirse de un fragmento de Papiniano (*11 resp. D. 20.1.1.1*), según el cual, habiéndose dado en prenda un esclavo, no podía el acreedor vender su peculio, salvo que hubiese habido un acuerdo especial que lo permitiera, sin que importe cuándo hubiera adquirido el esclavo el peculio para su dueño. Aunque el jurista está refiriéndose a la prenda convencional (*pignus datum*) nos parece que podría aplicarse también al *pignus in causa iudicati captum*:

«Servo pignori dato peculium eius creditor citra conventionem specialiter super eo conceptam frustra distrahit, nec interest, quando servus domino peculium adquisierat».

Un supuesto especialmente complejo era el del esclavo *statuliber*, es decir, aquel al que se le manumitió bajo condición, o, posiblemente, a término⁶⁰ en testamento, lo que no era posible en las otras formas de manumisión. Mientras estaban pendientes la condición o el término, continuaba el *statuliber* en situación servil y pertenecía al heredero, o, en su caso, al legatario, y en consecuencia podía ser enajenado; pero, si se cumplía la condición, adquiría inmediatamente la libertad, en todo caso, incluso tanto si se encontraba en poder de un tercero. Afirma rotundamente *Marc. l. sing. ad form. hypoth. D. 20.1.13.1*, que el *statuliber* también podía ser dado en hipoteca, aunque una vez cumplida la condición se «desvaneciese» la prenda:

«Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet condicione existente evanescat pignus».

Hay que pensar que, del mismo modo que podía el *statuliber* ser dado en prenda o hipoteca convencional, sería posible que recayera sobre él un *pignus in causa iudicati captum*, aunque su utilidad para satisfacer al eje-

⁶⁰ D'ORS, *DPR*, par. 287, n. 1, afirma que «no hay que excluir el *dies* para retrasar la libertad del esclavo, y, si suele hablarse sólo de la *condicio*, es porque, al no haber *dies cedens* en ese tipo de disposición testamentaria, el resultado del *dies*, a causa de la contingente supervivencia del esclavo respecto al *dies* señalado, es el mismo de una *condicio*».

cutante estaría, evidentemente, limitada por la amenaza de una eventual libertad del esclavo embargado. Si se producía la *distractio* del *statuliber*, su valor en venta podría variar mucho según las circunstancias fácticas. Si la condición era de cumplimiento poco probable, o su realización estaba diferida para un momento lejano en el tiempo, o si se trataba de un término dilatado, el valor del esclavo podía ser considerable. Por el contrario, si la eventualidad de la liberación del esclavo era percibida por el *emptor* como próxima y altamente probable, tan sólo aceptaría adquirirlo por un precio muy inferior al normal. También era posible que la condición se hiciese deficiente, en el intervalo entre la toma de prendas y su realización, con lo que el riesgo de que el esclavo obtuviese la libertad desaparecería y, llegado el momento, podría ser adquirido por un comprador con total seguridad.

Un caso excepcional de inembargabilidad de bienes muebles lo hallamos en una ley de Constantino, C. 8.16.7, del 315, a la que ya nos hemos referido⁶¹ que prohíbe tomar en prenda, en ejecución de sentencias civiles, los esclavos o los bueyes que aran o los aperos de labranza («[...] *servos aratores aut boves aratorios aut instrumentum aratorium* [...]»), aunque la justificación de lo que podría parecer un precedente de la moderna inembargabilidad de los instrumentos de trabajo⁶² aparece en la norma constantiniana apoyada en un fundamento mucho menos «humanitario», pues no es otra que evitar que con el embargo se retrase el pago de los tributos («[...] *ex quo tributorum illatio retardatur*»), es decir que el interés del Fisco se sobrepone al del particular ejecutante⁶³. Esta regla aparece con una formulación mucho más escueta y general en una constitución de Honorio y Teodosio II, del año 414, recogida por los compiladores en C. 8.16.8, que prohibía quitar, a causa de una prenda, algo que correspondiera al cultivo del campo:

«*Pignorum gratia aliquid quod ad culturam agri pertinet auferri non convenit.*»

Cabe preguntarse, dada la amplísima formulación de la norma, si se refiere al *pignus in causa iudicati captum*, o, como parece deducirse de su tenor literal, a la prenda en general, incluyendo también el *pignus* convencional. Quizás una prohibición absoluta de pignoración de todos los instrumentos de cultivo agrario fuese excesiva y es muy posible que, como la

⁶¹ *Vid. supra*, a propósito del *executor*.

⁶² LEC art. 606: «Son también bienes inembargables [...] 2. Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde relación con la deuda reclamada».

⁶³ Esta ley aparece en C. Th. 2.30.1 [= BREV.2.30.1], pero en lugar de una pena indeterminada, amenaza al contraventor con la pena capital. La *interpretatio* subraya el motivo fiscal: «*Multi pro fiscali debito servos cultores aut boves aratorios de possessionibus causa pignoris auferre praesumunt, de quorum laboribus tributa redduntur, et ideo si quis creditor vel curator pacis vel curialis aut quicumque* exactor hoc facere praesumpserit*, a provinciae iudice puniatur.*»

constitución constantiniana, ésta se refiriese, solamente, a los embargos por débitos fiscales⁶⁴. Es posible que, a diferencia de la constitución de Constantino, que limitaba la exención a los muebles, ésta de Honorio y Teodosio II también la extendiera a los predios dedicados a la agricultura⁶⁵.

El texto *ulpiano*, D. 42.1.15.2, concluye el embargo de muebles afirmando que si el precio obtenido por ellos es suficiente, ya está bien, es decir no hay que seguir con el embargo:

«[...] *quarum pretium si suffecerit, bene est, [...]*».

C. *Inmuebles*

El *pignus in causa iudicati* sobre bienes inmuebles aparece en *Ulp. 3 de off. cons* D. 42.1.15.2 como un recurso al que sólo se puede acudir cuando lo obtenido por la venta de los muebles embargados no bastase para cubrir el montante de la condena:

«[...] *si non suffecerit, etiam soli pignora capi iubent et distrahi [...]*».

No indican las fuentes si este *pignus in causa iudicati captum* sobre bienes raíces se desarrollaría siempre como una prenda ordinaria, con transferencia posesoria al *executor*, o si podría revestir la forma del *pignus conventum* o *hipoteca*. Es bien sabido que los textos acostumbra a referirse a uno u otro con el vocablo *pignus*, sin añadir más, y, generalmente, es el contexto lo que nos permite colegir de cuál de entre ambas modalidades está hablando⁶⁶. No es, por tanto, descabellado suponer que, en muchos casos, permaneciese el inmueble judicialmente pignorado en poder del ejecutado hasta que levantara el embargo, mediante el pago de la condena, o se produjese la venta⁶⁷, aunque, posiblemente, sería preciso, para ello, un acuerdo entre el ejecutante y el embargado, que quizá tendría que ser

⁶⁴ Así lo cree LITEWSKI, *op. cit.*, p. 254: «Der Zweck der Einführung solcher exekutionsverbote lag im fiskalischen Interesse des Staates, insbesondere in der Sicherstellung einer fristgemässen Erfüllung der Steuerpflicht [...] Dasselbe Ziel schwebte zweifellos auch den Kaisern Honorius und Theodosius II vor».

⁶⁵ FLEISCHMAN, M., *op. cit.*, p. 34: «Es fragt sich, wie weit die Erlasse von Constantin und Honorius auf Immobilien zutreffen. Constantin hatte ja zweifellos nur auf vereinzelt Mobilien abgesehen. Honorius aber giebt als Prinzip – und dem stimmt Justinian bei -: quod ad culturam agri pertinent. Aus der Tendenz sowohl wie aus dem Wortlaute wird man daher entnehmen müssen, dass, soweit Immobilien diesen Zweck erfüllen, auch sie eximiert sein sollen».

⁶⁶ Tampoco es cierto, como dice Marc. *lib.sing. ad form. hypoth.* D. 20.1.5.1, que la única diferencia entre ambas figuras jurídicas, sea «el sonido del nombre»: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*.

⁶⁷ GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, F., *op. cit.*, p. 415, señala que: «De una manera absoluta Girard siguiendo a Jourdan y a Dernburg afirma que nuestra institución, al igual que el *pignus praetorium* son prendas y no hipotecas». Opinión de la que disintimos, pues algunos textos dan motivo para sospechar que se establecía también como *pignus conventum*.

aprobado por el juzgador que ordenó la ejecución, o, al menos, por el *executor*. Este *pignus conventum* no mermaría las expectativas de cobro del ejecutante, dada la imposibilidad de hacer desaparecer la cosa, y ahorraría los gastos de administración que podrían ser necesarios para conservar la explotación del inmueble o evitar su deterioro o depreciación⁶⁸.

Al igual que ocurría con los muebles no hay en las fuentes muestra alguna de que se observase rango alguno entre los inmuebles a la hora de tomarlos en prenda.

Los textos nos suministran algunas referencias a fundos tomados en prenda en ejecución de sentencia. Así, en un rescripto de Caracalla, del 214, recogido en C. 7.53.3, se habla de «[...] *res soli, quae pignori datae sunt* [...]», a propósito de la posibilidad de no encontrar comprador en la subasta, a causa de maquinaciones⁶⁹. También una constitución de Constantino, del año 337, C. 4.46.3=C. Th. 11.9.2, se refiere a fundos u otras cosas ocupadas por impago de impuestos y que, una vez celebrado el juicio, son vendidas en subasta, por no haber pagado:

«*Si quis fundum [...] ob cessationem tributorum [...] occupata convento debitore et apud iudicem interpellatione celebrata, cum solutio cessaverit, sub hasta distracta [...]*».

Pero el problema que más parece haber preocupado a los juristas es el del embargo de un fundo del pupilo, o del sometido a *cura*, o del *minor*, al estar prohibida su venta por el *curator* sin permiso de las autoridades, o al poder ejercitar el menor una *restitutio in integrum ob aetatem*.

Ulp. 35 ad ed. D. 27.9.3.1, al que ya nos hemos referido, afirma que, al igual que sucede en otras *missiones in possessionem*, se puede tomar en prenda, y vender, el fundo del pupilo por orden del magistrado, o del presidente, o de otra potestad («*Pignori tamen capi iussu magistratus vel praesidis vel alterius potestatis et distrahi fundus pupillaris potest [...]*»), y lo

⁶⁸ Esta es, sin duda, la causa de que el CC español, apartándose de la tradición romana, reserve exclusivamente la prenda para los bienes muebles y la hipoteca para los inmuebles. Art. 1864: «Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión». Art. 1874: «Sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca: 1.º los bienes inmuebles. 2.º Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase. Sin embargo se reconoce en nuestro Derecho, como en Roma, la posibilidad de constituir un gravamen pignoraticio sobre bienes muebles, sin transferir la posesión de la cosa al acreedor, en la L. de 16 de diciembre de 1954 de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y otras leyes especiales».

⁶⁹ C. 7.53.3: «*Ordo rei gestae et mora solutionis, quae intercessit, constantius desiderat remedium. si itaque praesidem provinciae, qui rem iudicatam exsequi debet, adieris et adlegaveris res soli, quae pignori datae sunt, diu subastatas ex compacto sive ambitione diversae partis emptorem non invenire, in possessionem earum te mittet, ut vel hoc remedio res tam diu tracta ad effectum perducatur*». KASER, *ZPR*, par. 96, n. 3, considera inalterado este texto y referido a la *cognitio* clásica.

justifica diciendo que estos gravámenes y enajenaciones no se realizan por voluntad del tutor o el *curator*, que no podían hacerlo libremente, sino por la autoridad de los magistrados⁷⁰.

En el mismo sentido se manifiesta Caracalla en C. 5.71.1pr., del 212, precisando que el Senadoconsulto que se dictó, para que no se enajenasen predios de pupilos o adolescentes sin autorización del pretor o del presidente de la provincia, no se aplicaba a la venta derivada de un *pignus in causa iudicati captum*⁷¹:

«Venditio quidem praedii, quod iure pignoris vel in causa iudicati captum et distractum est, ad senatus consultum, quod de alienandis praediis pupillarum vel adulescentium auctore praetore vel praeside provinciae factum est, non pertinet».

Sin embargo los juristas de la Cancillería diocleciana, introdujeron una importante restricción a esta libertad de embargar y vender los inmuebles del sometido, cuando éste sufría un grave perjuicio (*laesio enormis*) a consecuencia de la venta. En C. 2.28.1, del año 290, se señala que, ya de antiguo, se auxiliaba a los menores, incluso contra la venta de prendas que realizaban los acreedores, pero sólo cuando se le producía un gran quebranto (*magno detrimento*). En consecuencia, se respondió a los consultantes, Sabino y otros, que si, habiéndoseles tomado en prenda y vendido unos predios, se les había causado enorme perjuicio, y probaban que aún eran menores, se les auxiliaría con la restitución⁷²:

«Etiam adversus venditiones pignorum, quae a creditoribus fiunt, minoribus subveniri, si tamen magno detrimento adficiantur, iam pridem placuit. si igitur pignori captis praediis ac distractis enorme damnum ex huiusmodi venditione passos vos ostenderitis, praesertim cum hodieque vos minores esse adfirmetis, auxilium restitutionis vobis impertietur».

D. Derechos

Si tampoco fuesen suficientes los bienes inmuebles o no los hubiere, continua *Ulp. 3 de off. cons* D. 42.1.15.2, entonces se llegará a los derechos

⁷⁰ *«[...] hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex magistratum auctoritate».*

⁷¹ *Vid.* BURDESE, A., «Di un particolare caso di applicazione della “restitutio in integrum”», en *Festschrift Schulz I*, Weimar, 1951, pp. 74-96. CERVENCA, G. «Studi sulla “cura minorum” 3. L’estensione ai minori del regime dell’“oratio Severi”», en *BIDR.* 82 (1979), pp. 41-94.

⁷² *Vid.* ALBERTARIO, E., «Sulla vendita del pegno giudiziale e convenzionale di un minor viginti quinque annis», en *SHDI* 1 (1935), pp. 427 y ss. HARTKAMP, A., «Die Drittwirkung der in integrum restitutio», en *Daube noster. Essays in Legal History for D. Daube*, A. WATSON (ed.), Edimburgh-London, Scottish Academic Press, 1974, pp. 131-160.

«[...] *quod si nec quae soli sunt sufficientiant vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad iura [...]*».

Y concluye afirmando que los presidentes ejecutan de este modo la cosa juzgada:

«[...] *exsequuntur itaque rem iudicatam praesides isto modo*»⁷³.

La alusión a los *iura* suscita muchas más dudas que los casos anteriores, porque en la terminología tradicional de los juriconsultos clásicos, tal expresión solía aplicarse más a los derechos reales sobre cosa ajena (*iura in re aliena*) que a los créditos, habitualmente designados como *nomina*. Cabe, pues, preguntarse si la referencia que hace Ulpiano está pensada para unos o para otros, o bien para ambos⁷⁴. La redacción del fragmento (D. 42.1.15pr.) arranca del rescripto de Antonino Pío (138-161), que estableció, al parecer, la toma de prendas en ejecución de sentencia, pero, ya en el párrafo 1 alude a otro rescripto de Caracalla (*imperator noster*), con su padre (Septimio Severo), que la atribuye a los presidentes de las provincias. En los párrafos sucesivos reitera Ulpiano las reformas establecidas por Caracalla, con lo que no sabemos si la posibilidad de tomar en prenda los *iura* aparecía ya en el rescripto de Pío, o bien se trata de una innovación del tiempo de los Severos. La cuestión se complica si leemos el párrafo 8 de D. 42.1.15, donde Ulpiano nos dice que los jueces ejecutarán la sentencia, tomando en prenda los créditos (*nomina*), porque «nuestro emperador» resolvió por rescripto que se pudieran tomar en prenda, si no hubiera otra cosa que pudiera ser tomada:

«*Sic quoque iudices exsequuntur iudicatum, ut nomina iure pignoris capiant, si nihil aliud sit quod capi possit: posse enim nomen iure pignoris capi imperator noster rescripsit*».

Cabe deducir, de esta afirmación, que fue a partir de Caracalla cuando los derechos de créditos comenzaron a poder ser embargados. No sabemos, pues, si el recurso a los *iura* estaba inicialmente constreñido a los derechos reales y después se ampliaría a los créditos.

Marc. l.sing. ad form. hypoth. D. 20.1.11.3 nos dice que los derechos sobre predios urbanos no pueden ser dados en prenda y, por tanto, no se puede convenir que estén hipotecados⁷⁵:

⁷³ Aunque el *Praeses* es el gobernador de la provincia, no hay por qué pensar que este orden se respetase tan sólo en las ejecuciones provinciales de las sentencias. Probablemente sería el mismo en las ordenadas en Italia por los funcionarios imperiales.

⁷⁴ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 34-43, estudia conjuntamente los derechos reales y los créditos en el par. 8 como «cosas incorporales» (*Die unkörperlichen Sachen*).

⁷⁵ *Vid.* RASCON, C., *Pignus y custodia en el Derecho romano clasico*, Oviedo, 1976.

«*Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint*».

Pero en el fragmento que los compiladores colocaron a continuación, *Paul. 68 ad ed. D. 20.1.12*, se nos refiere que, según Pomponio, habrá que considerar si tuviere lugar un acuerdo de prenda sobre las servidumbres de camino (*via*), paso (*iter*), senda (*actus*) o acueducto, de modo que tal pacto permita al acreedor usar de tales servidumbres (siempre que tuviese un fundo vecino), mientras no se hubiese pagado el dinero, y si no fuese pagado el dinero dentro del plazo determinado, podría venderlas al vecino, es decir, atribuirle el derecho a cambio de la deuda impagada. Paulo concluye que esta opinión (de Pomponio) se debe admitir por utilidad de los contratantes⁷⁶:

«*Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est*».

A pesar de la posibilidad, ciertamente rebuscada, que abre esta opinión de Pomponio, parece sumamente difícil que, en ejecución de sentencia, se pudiese tomar en prenda una servidumbre rústica a un ejecutado que fuera dueño de un predio dominante, pues, previamente, se habría embargado el predio en el orden anterior. A mayor abundamiento, nadie estaría interesado en comprarla, salvo que fuese vecino y pudiera aprovecharla, o quizá que fuese propietario del predio sirviente y quisiera extinguirla⁷⁷.

También debía ser posible tomar en prenda el derecho del superficiario, que tenía en su poder un edificio construido sobre terreno público⁷⁸ ajeno,

⁷⁶ MAYER-MALY, T., «Die Verpfändbarkeit von Grunddienstbarkeiten», en *Satura R. Feenstra oblata*, Fribourg (Suiza), 1985, pp. 173-182.

⁷⁷ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 35-36, pone de relieve estas dificultades y concluye: «*Die Servitut zu pfänden wäre also durch und durch unpraktisch [...]*».

⁷⁸ D'ORS, *DPR*, par. 505, lo considera una forma especial de arrendamiento de solares pertenecientes a las ciudades. En la n. 2 considera que las aparentes alusiones a superficiarios en suelo privado, que aparecen en D. 43.18.1.1 y 39.2.18.4, fragmentos que considera interpolados, deben referirse originariamente a una relación arrendaticia ordinaria (*ex conducto*), con una accesión del derecho del edificio (*superficiaria aedes*), cuyas consecuencias se absorbían en la misma relación contractual, añadiendo que el legado de lo edificado que aparece en D. 30.86.4 (también, a su juicio, interpolado) debe entenderse como legado de liberación a favor del propietario. VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, p. 429, señala que, en Derecho clásico, se utilizaba esta figura jurídica sobre todo, mediante concesiones de los magistrados para los comercios (*tabernae*) que se edificaban en las calles y plazas de las ciudades, pero admite la posibilidad de que concesiones con el mismo contenido se hicieran a particulares por propietarios de fondos privados, aunque reconoce las dificultades que ello presentaba en caso de venta o arrendamiento del fundo a un tercero, lo que supondría el establecimiento de relaciones personales entre el propietario, el concesionario cedente y el tercero cesionario, para que la

durante un plazo muy largo o a perpetuidad, pagando, normalmente⁷⁹, un canon, denominado *solarium*, mientras no se destruyese o arruinase el edificio⁸⁰.

Paul. 29 ad ed. D. 13.7.16.2 acepta la pignoración de los derechos del vectigalista y el superficiario⁸¹:

«Etiam vectigale praedium pignori dari potest: sed et superficiarium, quia hodie utiles actiones superficiariis dantur.»

El superficiario tenía la facultad de enajenar su derecho por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Paulatinamente se fue fortaleciendo su situación. Ya en el Edicto se le concedían acciones útiles para defender su derecho «como si fuera propietario»⁸² y en Derecho posclásico continuó esta tendencia hasta que, en Derecho justiniano, se configuró la superficie como un *ius in re aliena*, junto con las servidumbres⁸³ y similar a la enfiteusis. Respecto a la prenda convencional, sostiene *Marc. l.sing. ad form. hypoth.* D. 20.1.13.3 que, también si se trata de superficiarios, puede el acreedor defenderse, legítimamente, contra cualquier poseedor, tanto si hubiera realizado un *pactum conventum* de hipoteca (sin entrega del fundo), como si hubiese sido entregada la posesión y después se hubiese perdido:

«Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit.»

No parece que haya inconveniente para que pudiese establecerse el *pignus* judicial sobre el edificio del superficiario, ya que su derecho era enajenable, aunque, como es natural, el comprador tendría que seguir pagando el *solarium*. La duda que suscita este supuesto es la de si el edificio sería embargado en el segundo rango, con los inmuebles, o en el tercero con los *iura*. Lo correcto sería esto último, puesto que el superficiario no tenía más que un derecho sobre un fundo que pertenecía, por accesión, al propietario del solar. Pero tampoco sería extraño que, por razones prácticas se tomase en prenda en el segundo escalón, considerando que, aunque gravado con el *solarium*, y, consiguientemente, mermado en su valor venal, se trataba de

posición jurídica de este último fuera respetada. Por el contrario KASER, *RPR*, I, par. 107, II, lo considera propio de los predios privados.

⁷⁹ VOLTERRA, E., *op. cit.*, p. 430: «[...] il pagamento di esso non era però essenziale all'esistenza del diritto di superficie».

⁸⁰ PASTORI, F., *La superficie nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1962.

⁸¹ KASER, M., *RPR*, I, par. 107, II, n. 19, señala que Albertario lo consideraba alterado. *Vid.* KRELLER, H., «Formula fiduciae und Pfandedikt», en *ZS* 62 (1942), pp. 143-208.

⁸² D'ORS, A., «Sobre las pretendidas acciones reales *in factum*», en *IVRA*, 1969, III, La acción del superficiario, pp. 77-81.

⁸³ *Iul. 34 dig. D. 30.86.4*, llama a la superficie *hac servitute*, según D'ORS., *loc. cit.*, el texto está interpolado.

un inmueble «en poder» del ejecutado. Es posible que a lo largo de la evolución de esta modalidad de aprovechamiento se pasara de una solución a otra y, en los tiempos tempranos se embargase el *ius*, mientras que en los más tardíos, al fortalecerse la posición jurídica del superficiario, se tomase en prenda el inmueble mismo. Pero en este punto, como en tantos otros, no hemos hallado testimonios en las fuentes referentes al *pignus in causa iudicati captum* y nos movemos en el terreno de la hipótesis⁸⁴.

Del mismo modo cabría establecer la prenda convencional, y también la judicial, sobre el derecho del enfiteuta, después llamado «dominio útil», que es una adaptación tardía de la *conductio agri vectigalis*, en la que se fue fortaleciendo la posición del arrendatario. Como acabamos de ver, la pignoración del derecho del vectigalista era admitida por Paulo en D. 13.7.16.2, aunque existan dudas sobre la posible alteración del fragmento.

Marc. lib. sing. ad form. hypoth. D. 20.1.11.2 se pregunta si el usufructo puede ser dado en prenda o hipoteca, tanto si lo hubiese convenido el nudo propietario o el usufructuario, refiriendo una opinión de Papiniano (*II resp.*): el acreedor (pignoraticio) ha de ser protegido, y, si el nudo propietario lo demandare con la acción negatoria, alegando que no tiene derecho contra él a usar y disfrutar de la cosa, el pretor lo defenderá con la excepción de «a no ser que entre el acreedor y el usufructuario se hubiera convenido que el usufructo quedase en prenda», pues, añade con una pregunta retórica, si el pretor protege al comprador del usufructo, ¿por qué no protegerá al acreedor pignoraticio? Y concluye con una afirmación bastante obvia: por la misma razón podría oponer el acreedor pignoraticio esta excepción, es decir, la de haberse convenido la prenda sobre el usufructo, contra el deudor, o sea contra el usufructuario pignorante que reclamaba el *usus* y disfrute sobre la cosa sin haberse extinguido la prenda⁸⁵.

«Usus fructus an possit pignori hypothecae dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere “non esse ei ius uti frui invito se”, tali exceptione eum praetor tuebitur: “si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit”: nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio».

También en este punto creemos que, del mismo modo que sucedía con la prenda convencional, se podría establecer una prenda judicial, embargan-

⁸⁴ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 37.

⁸⁵ Vid. SOLAZZI, S., «L'usufrutto della cosa propria», en *SDHI* 18 (1952), pp. 229-236. BALDESSARELLI, F., «La ricostruzione giuridica italiana del concetto romano di “usufructus”», en *RIDA* 38 (1991), pp. 41-102.

do el derecho del usufructuario, que sería enajenable, aunque el *emptor* sólo podría usar y disfrutar mientras durase el usufructo, normalmente mientras viviese el usufructuario ejecutado⁸⁶.

El *usus sine fructus*⁸⁷, sólo fue configurado como un *ius in re aliena* en tiempo de Justiniano, incluyéndolo, junto al usufructo, la habitación y las *operae servorum*, en la categoría de las «servidumbres personales»⁸⁸. Ni el mero *usus*, ni la *habitatio*, ni las *operae servorum* podían ser pignora, pues no era posible su cesión a un tercero⁸⁹. Consiguientemente, no eran susceptibles de *pignus in causa iudicati captum*. En la actualidad, tanto el uso como la habitación, se consideran inembargables⁹⁰.

E. Créditos

a. Posibilidad de embargar créditos

Ya hemos visto que la alusión a los *iura* en D. 42.1.15.2, suscitaba la duda sobre si se refería exclusivamente a los derechos reales, o también a los créditos, aunque lo más probable es que constriñera tan sólo a los primeros. En todo caso, *Ulp.3 de off. cons.* D. 42.1.15.8 dedica un apartado

⁸⁶ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 36, admite la posibilidad de que el *executor* pudiese embargar un usufructo constituido sobre el predio del deudor, porque este derecho no implica, como en la servidumbre, que el titular fuera vecino del fundo. Más abiertamente acepta la pignoración del derecho del deudor usufructuario: «Ebensowenig wie eine Realservitut könnte ein Niessbrauchsrecht an dem Grundstücke des Schuldners durch den executor bestellt werde, wiewohl nicht verkannt werden soll, dass, da dieses Recht aktiv nicht an ein benachbartes Grundstück geknüpft zu sein braucht [...] Dagegen lässt sich sehr wohl ein dem Schuldner bereits zustehendes Niessbrauchsrecht der Ausübung nach pfänden».

⁸⁷ Vid. GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, pp. 430 y ss. Sobre *usus* de una vivienda GARCÍA SÁNCHEZ, J., «Domus usus», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. U. Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 175-184.

⁸⁸ La expresión aparece incidentalmente en *Pomp. 6 ad Sab. D. 34.3.8.3*: «[...] quotiens enim cohaeret personae id quod legatur, veluti personalis servitus, ad heredem eius non transit, si non cohaeret, transit. y en *Marc. 3 reg. D. 8.1.1*: «Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum». Para D'ORS, *DPR*, par. 182, n. 2, ambos fragmentos están alterados.

⁸⁹ VOLTERRA, E. *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 423, «[...] a differenza dell'usufrutto l'esercizio dell'usu non è cedibile a terzi». Tres fragmentos de la Insittuciones justineas lo corroboran. Respecto al *usus*, 2.5.1: «Minus autem scilicet iuris in usu est quam in usufructu. namque is qui fundi nudum usum habet, [...] nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest, cum is qui usufructum habet potest haec omnia facere». Para la *habitatio*, 2.5.2: «Item is qui aedium usum habet hactenus iuris habere intellegitur ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest: [...]». Por lo que toca a las *operae servorum*, y también las de bestias: 2.5.3: «Item is ad quem servi usus pertinet ipse tantum operis atque ministerio eius uti potest: ad alium vero nullo modo ius suum transferre ei concessum est. idem scilicet iuris est et in iumento».

⁹⁰ CC español, art. 525: «Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título».

especial a la toma en prenda de créditos, subrayando su carácter subsidiario, como último recurso, lo que puede inclinarnos a pensar que se tomarían en prenda después de los derechos reales (*iura*) y separadamente de ellos⁹¹. Los jueces, escribe, ejecutarán también la cosa juzgada, de manera que tomen créditos en prenda, si no hubiera ninguna otra cosa que pueda ser tomada, porque nuestro emperador resolvió por rescripto que se podía tomar en prenda un crédito⁹².

«Sic quoque iudices exsequentur iudicatum, ut nomina iure pignoris capiant, si nihil aliud sit quod capi possit: posse enim nomen iure pignoris capi imperator noster rescripsit».

Aunque no nos aclara qué rescripto estableció esta posibilidad, quizá se trate del de Caracalla recogido en C. 4.15.2: (ant. 205)⁹³ y que dispone que si nada de Valente se pudo tomar en prenda y venderse sin discusión, sus deudores serán demandados y compelidos al pago por la autoridad del presidente de la provincia⁹⁴.

«Si in causa iudicati Valentis, quem tibi condemnatum esse proponis, nihil est, quod sine quaestione pignoris loco capi et distrahi possit, debitores eius conventi ad solutionem auctoritate praesidis provinciae compelluntur».

Por su parte, dos rescriptos de Gordiano, aceptan este recurso. El primero, dirigido a Primiano, es del año 240, y aparece recogido en C. 4.15.3. Establece que se puede demandar a los deudores de quienes deben al Fisco, siempre que tales subdeudores no negaran sus deudas.

«Si debitum non infitiantur hi, quos obnoxios debitoribus fisci esse proponis, potest videri non esse iniquum quod desideras, ut ad solutionem per officium procuratoris compellantur. nam si quaestio aliqua refertur, id concedi non oportere et ipse perspicis».

Es preciso subrayar un diferente matiz verbal entre D. 42.1.15.9 y este rescripto. En el texto ulpiano se utiliza el verbo *negare* («[...] si neget quis se debere [...] ceterum si negetur [...]») para considerar el crédito discutido, mientras que, en el rescripto de Gordiano, se emplea el verbo *infitari*,

⁹¹ Así lo acepta LITEWSKI, *op. cit.*, p. 253, aunque reconoce que ningún texto lo aclara. Además, cree, siguiendo a Fleischmann, que en la práctica se embargarían en primer lugar como el dinero.

⁹² Entiende FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 38, que es inverosímil que ya en tiempos de Antonino Pío fuese posible un *pignus nominis*.

⁹³ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 41, n. 3, sospecha que la datación de este rescripto corresponda al año 211.

⁹⁴ Admite esta posibilidad LITEWSKI, *op. cit.*, p. 252, pero resulta sorprendente que si se trataba de este rescripto, y es ciertamente del 205, como suele aceptarse, refiera Ulpiano a su autor como *imperator noster*, sin la añadidura *cum divo patre suo*, cuando en esa fecha aún vivía Septimio Severo, que murió el 211.

que tiene un sentido procesal más preciso, como oposición del demandado formulada en un proceso. Pero no nos parece que este distingo implique un diferente tratamiento procesal, según que el *pignus* se tomase en ejecución de reclamaciones privadas o fiscales⁹⁵, pues el término *negare* tanto se puede referir a una simple negativa como a una oposición procesal. No parece que la pura manifestación infundada del subdeudor fuera, en ningún caso, bastante para impedir el embargo de créditos del ejecutado, sino que tendría que haber una oposición razonada y apoyada en argumentos sostenibles.

El segundo, del art. 240, dirigido a Amando, C. 7.53.5, y redactado como una *regula*, considera «no desconocido» que el *pignus in causa iudicati captum* podía realizarse sobre créditos, sin hacer ya referencia al Fisco, como en el fragmento anterior.

«Etiam nomen debitoris in causa iudicati capi posse ignotum non est».

En el mismo sentido que el primero de los rescriptos de Gordiano, que acabamos de referir, otro de Diocleciano y Maximiano, del año 293, dirigido a Zósimo, C. 4.15.4, determina, *contrario sensu*, la posibilidad de demandar a los deudores de los contribuyentes que debían al Fisco, aunque, eso sí, subrayando que ha de quedar patente la insolvencia de los deudores principales:

«Non prius ad eos, qui debitoribus fisci nostri sunt obligati, actionem fiscalem extendi oportere, nisi patuerit principales reos idoneos non esse, certissimi iuris est».

No aparece en las fuentes relativas al *pignus* judicial una regulación especial para el caso de que los créditos constasen documentalmente, pues la idea moderna del «derecho incorporado al título», es ajena a la tradición romana. Sin embargo es posible que, en algún caso, fuese posible el embargo de los documentos de adquisición de un bien, para exigir la entrega del mismo. Un rescripto de Severo y Caracalla, del año 210, C. 8.53.1, afirma que habiéndose donado y entregado los documentos de la compra de unos esclavos, debían entenderse realizada la donación y la entrega de los esclavos mismos y, por tanto, podía el donatario de los documentos reclamar los esclavos, mediante acción real al donante. Pero la posibilidad de que esta regla pudiese extenderse a la pignoración, no es más que una hipótesis⁹⁶:

«Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere».

⁹⁵ Como parece apuntar LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 264.

⁹⁶ Así lo señala VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 83.

A pesar de la rotunda formulación de los textos que permiten la toma de prenda sobre los créditos, debió la cuestión suscitar dudas en la práctica y, todavía en el siglo VI sintió Justiniano la necesidad de reiterar la posibilidad de embargar créditos, como lo manifiesta en una constitución del año 529, insertada por los compiladores en C. 8.21.1⁹⁷, donde se dispone que, si cualquier juez considerare que se debía dar a alguien una «prenda pretoria» mandamos que se le permita decretarla no sólo sobre los bienes muebles y semovientes, sino también sobre las acciones que competen al deudor:

«*Si praetorium pignus quicumque iudices dandum alicui perspexerint, non solum super rebus mobilibus et immobilibus et se moventibus, sed etiam super actionibus quae debitori competunt praecipimus hoc eis licere decernere*».

Como bien se observa el anhelo «clasicista» de la Cancillería justiniana, le lleva a emplear no sólo la expresión, evidentemente anticuada, de *pignus praetorium*, sino también la referencia a las *actiones*, para designar los créditos, en lugar de *nomina*.

Surge la duda de cómo se procedería para que el *pignus in causa iudicati captum* sobre los créditos lograra satisfacer el interés del ejecutante y *Ulp. 63 ad ed. D. 42.1.15.10* plantea las dos alternativas: o bien que los mismos jueces que conocían de la ejecución demandaran a los deudores del ejecutado y le exigiesen pagar lo que debían, para entregárselo a quien instó la ejecución, o bien que vendieran el crédito, como se hacía con las prendas de cosas corporales, para satisfacer al ejecutante con el precio obtenido. Ambos recursos eran razonables y el jurista se inclina a dejar su elección al arbitrio judicial, según cuál de estas soluciones fuera más fácil para ejecutar la sentencia. No sabemos, aunque no es aventurado suponerlo, que, si bien la decisión aparece claramente atribuida al arbitrio judicial, pudiese el ejecutante solicitar al órgano de la ejecución una de las dos soluciones, argumentando que era más «fácil».

«*Item quid dicemus? utrum ipsi iudices convenient nomen exigentque id quod debetur et in causam iudicati convertent, an vero vendent nomen, ut pignora corporalia solent? et necesse est, ut quod eis facilius videatur ad rem exsequendam, hoc faciant*».

Los dos términos de la alternativa planteada en este fragmento podían llevar consigo dificultades. El proceso de reclamación contra el subdeudor, no era, ciertamente, fácil, pues comprendía, según el pasaje ulpiano tres momentos: demandar al subdeudor (*convenient nomen*), reclamarle la deuda (*exigent*), y, finalmente, hacerle pagar para invertir la suma en el pago al ejecutante (*convertere*). La sentencia condenatoria pronunciada contra el

⁹⁷ Aparece erróneamente citada como C. 8.22.1 en VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 95.

ejecutado, no era, desde luego un título que permitiese extender la ejecución contra el subdeudor. El procedimiento podría acabar en una sentencia condenatoria contra el subdeudor, pero en caso de que éste no la cumpliera, llevaría a un nuevo *pignus in causa iudicati captum*, que dejaría en suspenso el primero, hasta que se llegasen a subastar, con éxito, los bienes del subdeudor. Naturalmente este camino se abreviaba mucho si el deudor del ejecutado no se oponía a la reclamación, y, quizás por ello, se mantuvo, aunque no sabemos si de manera absoluta, la exigencia de que los créditos fuesen confesados, a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

Por su parte la venta del crédito, «tal como se solía hacer con las cosas corporales» no debía presentar en esta época considerables dificultades, pues la antigua limitación subjetiva de las obligaciones al estricto círculo acreedor-deudor y sus causahabientes, había sido hábilmente superada, sorteando la exigencia de la novación. Esto se produjo, primeramente, mediante el recurso a la *procuratio in rem suam*, que permitía, incluso, ejercitar al *procurator* la *actio iudicati*⁹⁸. Más adelante, se concedió una *actio utilis*⁹⁹ al cesionario de un crédito y se estableció la *denuntiatio* del cesionario al deudor que impedía que éste pudiera liberarse de su deuda pagando al acreedor cedente. De manera casuística, se fue extendiendo esta posibilidad a diversos casos entre los que revisten especial interés la pignoración¹⁰⁰ y la venta de créditos¹⁰¹.

⁹⁸ Gai. 2.39. «Sine hac uero nouatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri». FV.317: «Apud acta facto procuratori haec satisfactio remitti solet; nam cum apud acta non nisi a praesente domino constituitur, cognitoris loco intellegendus est. ad defendendum cognitore constituto dominus, non cognitor actori satisfactio cogendus est; cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus, sed procurator iudicatum solvi satisfactio compellitur. quae satisfactio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiamsi apud acta procurator constituitur, diuus Severus constituerit. cognitore enim interveniente iudicati actio domino vel in dominum datur; non alias enim cognitor experietur vel ei actioni subicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit. interveniente vero procuratore iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit».

⁹⁹ C. 4.39.8: (Diocl., Maxim. sin fecha): «Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratori facto vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur».

¹⁰⁰ C. 8.16.4 (Sev. 225): «Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit., cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compellitur, quatenus tamen ipse debet».

¹⁰¹ C. 8.42.5: (Gord. 238), lo da por supuesto: «Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest eo, quod debitam ei quantitatem offerens ius obligationis in te transferri desideras, cum ab eo te nomen comparasse non suggeras, licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio. Mod. 6 resp. D. 46.3.76: Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superferret: quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset mandatum subsecutum est, salvae esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit premissa videatur».

Pero, si técnicamente estaba solucionada la posibilidad de tomar en prenda un crédito y venderlo, directamente o en subasta, hay que pensar que en la práctica sería difícil, en muchos casos, encontrar un comprador conveniente, que estuviese dispuesto a pagar un dinero, a cambio de convertirse en acreedor del deudor del ejecutado y tener que perseguirlo, quizás judicialmente, para lograr el pago. Seguramente sólo encontrarían comprador los créditos muy seguros, cuyos deudores fueran conocidamente solventes, y aún así, el precio de adquisición sería notoriamente inferior al valor nominal del crédito. Frecuentemente serían adquiridos los créditos por especuladores, dedicados habitualmente a esta actividad, cuyos abusos trató de atajar la famosa *lex Anastasiana* del 506¹⁰².

b. *La exigencia de que los créditos fuesen confesados por el deudor para ser tomados en prenda*

Pero la posibilidad de embargar créditos lleva siempre consigo el riesgo de ser contradichos por el deudor, lo que retrasaría la ejecución, al tener que subordinarse al desarrollo de un nuevo juicio declarativo sobre la procedencia de los mismos, e incluso de una ejecución de la sentencia que recayese, con la eventualidad de oposición en la misma. Tanto la venta de estos créditos controvertidos como su realización por el ejecutante, sería considerablemente trabajosa y lenta. Por ello se optó por permitir tan sólo el embargo de créditos confesados, es decir de aquellos cuya aceptación por el deudor constase y fuesen, por tanto, ejecutables sin discusión alguna. Lo señala *Ulp. 3 de off. cons* D. 42.1.15.9, cuando se pregunta si se puede tomar solamente un crédito confesado, o también aquél en el que el deudor negare deber, y responde: es más cierto que se toma tan sólo el que ha sido confesado:

«Sed utrum confessum nomen tantum capi possit an etiam si neget quis se debere, videamus. et magis est, ut id dumtaxat capiatur, quod confitetur [...]».

El tema fue discutido y Ulpiano se hace eco de la polémica, al decir que si algún deudor se opusiere, lo más justo será apartarse del crédito, es decir, no embargarlo, aunque «puede que alguno», siguiendo el ejemplo de lo que sucede con las prendas de bienes corporales, siguiere adelante y dijere que los mismos jueces que conocen sobre la propiedad, en caso de discusión sobre la titularidad de los bienes embargados, es decir, de la tercera, deben conocer también sobre el crédito. Pero, concluye, se resolvió lo contrario por rescripto, aunque no nos aclara cuál fue el rescripto que

¹⁰² C. 4.35.22.

puso fin a la discusión, como tampoco qué opiniones jurisprudenciales mantenían la tesis rechazada:

«[...] *ceterum si negetur, aequissimum erit discedi a nomine, nisi forte quis exemplum secutus corporalium pignorum ultra processerit dixeritque ipsos debere iudices de nomine cognoscere, ut cognoscunt de proprietate: sed contra rescriptum est*».

La redacción de este fragmento suscita a VON DER FECHT, la razonable duda de que un ejecutado podría fácilmente eludir el embargo de créditos, simplemente consiguiendo que el subdeudor los negase, y frustrar la ejecución si no había más créditos indiscutidos¹⁰³. Sospecha este autor que Ulpiano no quiso rechazar en D. 42.1.15.9 de manera categórica la pignoriación de créditos discutidos, sino señalar una tendencia, expresada fundamentalmente en el fragmento siguiente, donde recomienda que se actúe de la manera que parezca más fácil para ejecutar la sentencia¹⁰⁴.

Apunta FLEISCHMANN que podría darse la situación inconveniente de que, si un deudor negase el crédito, sin incurrir en fraude, tendría el acreedor que renunciar inmediatamente al crédito y tampoco podría incluirlo en un concurso¹⁰⁵. Concluye afirmando que esto fue modificado por Justiniano, en C. 8.21.1, del año 529, ya examinado¹⁰⁶. Ciertamente, el empleo de la palabra *actio*, en esta constitución, parece indicar que se podrían embargar los créditos aunque el deudor los discutiese, pero la redacción no es tan tajante que permitiera afirmarlo, de manera rotunda, pues la formulación general de la embargabilidad de los créditos discutidos venía aceptada de antiguo.

F. Premios y coronas

Dentro de estos créditos indiscutidos figuran los que el condenado tuvo respecto al Poder a causa de premios obtenidos al ser condecorado

¹⁰³ VON DER FECHT, W. R., *op. cit.*, p. 95: «*Mit dem Verzicht auf die streitigen Forderungen konnte demnach auf kein anderes Vollstreckungsgut mehr zugegriffen werden, wenn es keine anderen, unstreitigen Forderungen mehr gab. Ferner musste es sich als unpraktisch erweisen, das sich der Drittschuldner ohne weiteres willkürlich der Inanspruchnahme in der Zwangsvollstreckung durch blosses Ableugen der Forderung entziehen konnte*».

¹⁰⁴ *Ibid.*: «*Es liegt daher die Vermutung nahe, dass Ulpian in D. 42.1.15.9 die Pfändung streitiger Forderungen nicht kategorisch ablehnen, sondern nur eine Richtschnur beschreiben wollte, und entsprechend dem Grundsatz in D. 42.1.15.10 (necesse est, ut quod eis facilius videatur ad rem exsequendam, hoc faciant) [...]*».

¹⁰⁵ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 59: «*Ein Übelstand war es freilich, dass, wenn der Drittschuldner fraudulos die Rechtsbeständigkeit der Forderung ableugnete, der Gläubiger auf diese Pfandgegenstand völlig verzichten musste und ihn auch nicht in einem Konkurse angreifen konnte*».

¹⁰⁶ Que permite establecer el *pignus praetorium*, no solamente sobre los muebles y los inmuebles, sino también sobre las acciones que competiesen al deudor: «*Si praetorium pignus quicumque iudices dandum alicui perspexerint, non solum super rebus mobilibus et immobilibus et se moventibus, sed etiam super actionibus quae debitori competunt praecipimus hoc eis licere decernere*».

por méritos militares¹⁰⁷, políticos¹⁰⁸ o deportivos, con una *sacra corona* y también los estipendios debidos a los militares. Curiosamente Ulpiano, tan cuidadoso en sus descripciones, no se hace eco de estas posibilidades de embargo en la minuciosa descripción que realiza en D. 42.1.15.

Probablemente lo que, en los primeros tiempos, serían meros galardones honoríficos, de gran aprecio social, se convertirían pronto en valiosos obsequios, que el militar, el político o el atleta distinguido, podría enajenar para su propio provecho, y, por tanto, susceptibles de ser embargados en ejecución de sentencia como bienes muebles. Más adelante debieron volver a ser condecoraciones simbólicas, como las actuales medallas deportivas, que, sin embargo, llevarían aparejado el cobro de importantes cantidades de dinero¹⁰⁹ y quizá, en algunos casos, una pensión vitalicia, como ocurre en nuestros días con las medallas militares «pensionadas». Los textos que conocemos hacen referencia más a las coronas concedidas a los atletas que a las cívicas y a las militares

El desarrollo de las competiciones deportivas y la actividad de los atletas han merecido cierta atención por parte de los historiadores, mucho más en el mundo helénico que en el romano¹¹⁰ pues fue en Grecia donde surgieron las competiciones deportivas. En el terreno jurídico, sin embargo, los estudios son muy escasos¹¹¹. Sabemos que la posición social de los deportistas era honorable¹¹² y no incurrían en *infamia*¹¹³, como era tradicional para los actores de teatro y, en general, las personas dedicadas a los espectáculos¹¹⁴.

¹⁰⁷ En la conquista de Cartagonova, refiere *Liv. ab Urb. cond.* 26.48.8 que Escipión prometió una *corona muralis* al soldado que fuese el primero en alcanzar la cima de la muralla y, habiendo dos que parecían haberlo logrado simultáneamente, hubo de nombrar un tribunal de *recuperatores* para decidir quién recibiría el galardón.

¹⁰⁸ A Octavio le concedió el Senado el 16 de enero del 27 a. C. una corona de laurel, junto con el título de Augusto, por su labor pacificadora.

¹⁰⁹ Refiere VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 82, que Solón estableció en Atenas, para los juegos olímpicos, una suma de 500 dracmas.

¹¹⁰ WACKE, A., «Athleten als Darlehensnemer nach römischen Recht», en *SDHI* 44 (1978), pp. 439-440, cita en las notas abundante bibliografía.

¹¹¹ AMELOTI, A., «La posizione degi atleti di fronte al diritto romano», en *SDHI* Respecto a accidentes en competiciones deportivas WACKE, A., «Unfälle bei Sport und Spiel nach römischen und geltenden Recht», en *Stadion* 4, y, para los préstamos concedidos a los atletas, el citado trabajo en *SDHI* 44 (1978), pp. 439-452.

¹¹² En la *Coll.* 0.6 se les equipara a los grandes oradores, los cultivadores de la justicia, a los mejores jueces y a los gobernadores: «[...] et oratores maximi et iustitiae satellites inveniantur et iudiciorum optimi tam athletae quam gubernatores in omni loco aevoque felices».

¹¹³ *Ulp. 6 ad ed. D. 3.2.4pr.*: «Athletas autem Sabinus et Cassius responderunt omnino artem ludicram non facere: virtutis enim gratia hoc facere. et generaliter ita omnes opinantur et utile videtur, ut neque Thymelici neque xystici neque agitatores nec qui aquam equis spargunt ceteraque eorum ministeria, qui certaminibus sacris deserviunt, ignominiosi habeantur».

¹¹⁴ *Ulp. 6 ad ed. D. 3.2.2.5*: «Ait praetor: "qui in scaenam prodierit, infamis est". scaena est, ut Labeo definit, quae ludorum faciendorum causa quolibet loco, ubi quis consistat moveaturque spectaculum sui praebiturus, posita sit in publico privatove vel in vico, quo tamen loco passim homines spectaculi causa admittantur. eos enim, qui quaestus causa in certamina

A los más destacados se les concedían exenciones para los cargos civiles¹¹⁵ y excusas para la tutela¹¹⁶.

Seguramente el carácter personalísimo de estas distinciones, y el hecho de tratarse de créditos contra el Erario público, suscitaba discusiones sobre si eran o no susceptibles de embargo, pero prevaleció el criterio económico de considerarlos como una ganancia más.

En D. 22.2, dedicado al préstamo marítimo (*De nautico fenore*), colocaron los compiladores un texto de Cervidio Escévola, jurista de la época de Marco Aurelio, en el que trata del aumento de la cantidad debida por el prestatario, cuando el prestamista asumía un alto riesgo (*Scaev. 6 resp. D. 22.2.5*). En el *pr.* se contemplan, entre otros, dos supuestos sobre los que no cabía duda alguna: el de quien dio una fuerte suma de dinero a un pescador para el aparejo de pesca para que, si pescare, lo devolviese, y el de quien lo dio a un atleta para que se ejercitase y se exhibiera, de manera que, si venciese, lo pagara:

«[...] *nec dubitabis, si piscatori erogatur in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet*».

Añade el jurista en el fragmento siguiente (*Scaev. 6 resp. D. 22.2.5.1*) que en todos estos casos el pacto, sin estipulación, sirve para aumentar la obligación:

«*In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest*».

Aunque Scévola sostiene, en la primera parte del *pr.*, que estos negocios no sean propiamente de azar¹¹⁷, parece que la similitud del préstamo hecho al pescador, con el *iactum retis*, que era una *emptio spei*, y la colocación que hicieron los compiladores de estos fragmentos en sede de *fenus nauti-*

descendunt et omnes propter praemium in scaenam prodeuntes famosos esse Pegasus et Nerva filius responderunt».

¹¹⁵ Cuando habían luchado durante toda su vida y habían sido coronados al menos tres veces, una de las cuales hubiese sido en Roma o en la antigua Grecia, no habiendo corrompido o comprado a sus émulos. C. 10.54.1 (*Diocl. Maxim.* sin fecha): «*Hermogeni: Athletis ita demum, si per omnem aetatem certasse, coronis quoque non minus tribus certaminis sacri, in quibus vel semel Romae seu antiquae Graetiae, merito coronati non aemulis corruptis ac redemptis probentur, civilium munerum tribui> solet vacatio*».

¹¹⁶ *Mod. 2 excus. D. 27.1.6.13*: «*Ulpianus libro singulari de officio praetoris tutelaris ita scribit: athletae habent a tutela excusationem, sed qui sacris certaminibus coronati sunt*».

¹¹⁷ Se refiere a negocios condicionales en los que el aumento de la prestación viene supeditado a cláusulas como «si no manumites», «si no haces aquello» o «si sano»: «*Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut "si non manumittas", "si non illud facias", "si non convaluero" et cetera [...]*».

cum, llevan a pensar en el carácter aleatorio de ambos supuestos. En el caso del atleta se le prestaba una fuerte cantidad, con altos intereses, seguramente para los gastos del entrenamiento, que sólo tendría que devolver si ganaba la competición, pues, en tal caso obtendría, sin duda, como premio una suma de dinero mucho mayor. En realidad, se trataba, probablemente de una participación del financiador en las ganancias, como podía darse en la *pecunia traiecticia*¹¹⁸. También debió existir la posibilidad de que se acordase que el atleta debería devolver el dinero, en todo caso, aunque no ganase la competición. Sólo así se puede explicar el sorprendente supuesto de hecho que nos cuenta Ulpiano en el libro *4 opinionum*¹¹⁹, y que los compiladores colocaron en D. 4.2.23.2. Un prestamista que había detenido injustamente a un atleta, impidiéndole concurrir a las competiciones, le había obligado a consignar en el documento una cantidad de dinero mayor que la debida; si esto se llegase a probar, decretaría el juez competente que se restituyera la cosa a sus justos términos:

«Si faenerator inciviliter custodiendo athletam et a certaminibus prohibendo cavere compulerit ultra quantitatem debitae pecuniae, his probatis competens iudex rem suae aequitati restitui decernat».

Este fragmento no deja de suscitar perplejidades, porque no se comprende por qué el prestamista que dio un dinero al atleta, consignando en el documento una suma mayor que la recibida, tendría interés en impedirle participar en las competiciones, ya que, aunque no se hubiese establecido la retención en caso de resultar vencido, siempre sería más solvente el atleta si triunfaba, y, por tanto tendría el prestamista más facilidades para conseguir la devolución del dinero. Quizás el texto considerase la posibilidad de que el prestamista actuase bajo soborno de otro prestamista, que sí esperaba lucrarse con la ganancia del premio por otro atleta.

Aunque pudiese un prestamista dar dinero al atleta, asumiendo el riesgo de la no devolución si no ganaba, la posibilidad de triunfar en la competición y, consiguientemente, de obtener un premio era una mera expectativa, una *spes* que no se podía «en modo alguno» pignorar por pacto privado, para garantizar una deuda, y aun en caso de que se hubiese establecido un pacto general para obligar en prenda todos los bienes del deudor, no era válida la prenda sobre estas ganancias futuras. Así lo decidió un rescripto de Alejandro Severo, del año 233, dirigido a Septimio, y recogido en C. 8.16.5, bajo la rúbrica general de *«Quae res pignori obligari possunt vel non et qualiter pignus contrahatur»*.

¹¹⁸ WACKE, *op. cit.*, p. 445: «Derartige "partiarische" Darlehen mit Gewinnbeteiligung des Gläubigers sind für die Antike zumindest als Seedarlehen nicht unwahrscheinlich».

¹¹⁹ Existen dudas en la Romanística sobre la autoría ulpiana de los *libri opinionum*. WACKE, *op. cit.*, p. 449, lo considera *apokryphe Ulpianentext*.

«Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athleticis pensitanda sunt, privata pactione pignerare minime admittendum est: et ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet».

El texto que nos interesa de manera directa para este estudio es *Pap. 10 resp. D. 42.1.40*, según el cual se determinó se podía prohibir al condenado recibir los beneficios de los premios que se daban por las «sacras coronas» y que estas cantidades podían ser tomadas en prenda judicial¹²⁰:

«Commodis praemiorum, quae propter coronas sacras praestantur, condemnato placuit interdicti et eam pecuniam iure pignoris in causam iudicati capi».

No parece que haya contradicción entre este texto papiniano y el rescripto de Alejandro Severo, ya que en el dictamen imperial lo que se prohíbe es el *pignus* convencional sobre la posibilidad de obtener el premio, mientras que en fragmento jurisprudencial se trata de embargar las ganancias de un premio ya obtenido y, por tanto, en el lenguaje administrativo moderno «ya devengado».

Tampoco parece que el texto de Papiniano se refiera exclusivamente a los premios por las coronas deportivas, aunque quizás fuese éste el supuesto más habitual. De los términos generales empleados por el jurista, se puede deducir que los premios aparejados a las coronas concedidas por relevantes méritos militares o políticos también podrían ser embargados.

G. Estipendios militares

Relacionado con lo anterior están los estipendios que percibían los militares por su servicio, es decir las ganancias ordinarias, no los premios extraordinarios. También estas soldadas podían ser retenidas en prenda para la satisfacción de la condena, pero el militar que obtuvo estipendios sólo podía ser condenado en la medida de su solvencia (*id quod facere potest*) y no por el total de la deuda reclamada, *Ulp. 66 ad ed. D. 42.1.18*¹²¹.

«Item miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quatenus facere potest, cogitur solvere».

Se cuida de advertir Caracalla en C. 7.53.4, del año 216, que el presidente de la provincia no consentirá que se haga más que como último recurso, cuando la cosa juzgada no se pueda ejecutar de otro modo, lo que parece indicar que el embargo de estos estipendios militares debería ir después de la toma en prenda de los otros créditos indiscutidos:

¹²⁰ La vigente LEC no se refiere expresamente a los premios como objeto de embargo, si bien, el tenor literal del art. 592 no permite excluirlos.

¹²¹ Como sucedía con el socio universal y el ascendiente, *Ulp. 63 ad ed. D. 42.1.16*; con el patrono o patrona y sus descendientes, y con el marido respecto a la reclamación de la dote, *Ulp. 10 ad ed. D. 42.1.17*.

*Stipendia retineri propterea, quod condemnatus es, non patietur praeses provinciae, cum rem iudicatam possit aliis rationibus exsequi*¹²².

Aunque es muy probable que los créditos seguros fuesen embargados en la práctica, en primer lugar, como si fuesen dinero líquido, en el caso de los soldados se subraya que debe embargársele el sueldo en último lugar, para proteger su, con frecuencia, débil economía, ya que los militares debían atender con su sueldo, no solamente a su manutención, sino también a los gastos para su uniforme¹²³. Sin duda, en muchos casos, el soldado, aunque fuese un verdadero *miles gloriosus*, y no un fanfarrón, como el que presenta Plauto en su divertida comedia, no tendría más bienes que su *stipendium*.

Se inicia así una tendencia, muy presente en la legislación de épocas posteriores, a considerar inembargables los salarios, en general y no sólo de los militares, al menos hasta una cierta cuantía, para garantizar al ejecutado un mínimo vital de subsistencia¹²⁴.

H. Créditos por alimentos

Dado que numerosos textos establecen medidas de protección para mantener incólumes los créditos por alimentos¹²⁵, parece que debían considerarse exentos de la posibilidad de embargo, aunque no existió una regla jurídica precisa para ellos¹²⁶.

¹²² Es bastante obvia la precisión de LITEWSKI, *op. cit.*, p. 253, n. 209, de que, en el texto, no se debe traducir *cum* como causal «porque», ya que esto llevaría a la falsa conclusión de que se prohibía totalmente el embargo de soldadas militares, sino que la traducción correcta sería: «ya que» la sentencia se podría ejecutar embargando otros bienes. *Man kann den Text nicht so auffassen, als ob er die Exekution an Sold überhaupt ausschliesst. Dann müsste cum als weil, da, übersetzt werden. Dieses würde zu falschen sachlichen Konsequenzen führen, nämlich zu der Annahme, dass man immer, obwohl das stipendium nicht abgepfändet wurde, das Urteil auf andere Art vollziehen konnte.*

¹²³ Sobre el montante de las soldadas de los militares a través de las distintas épocas, *vid.* FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 42, n. 3.

¹²⁴ El art. 606 de la LEC considera «bienes inembargables» «el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional». Sometiéndose el resto de cantidades que excedan del salario mínimo interprofesional a una escala de retenciones. Se ha planteado qué ocurre con el salario una vez que es ingresado en la cuenta del ejecutado, ya que, en ese momento pierde el carácter de salario total o parcialmente inembargable sometiéndose al régimen general del dinero y saldo en cuentas corrientes.

¹²⁵ *Ulp. 5 de omn. trib.* D. 2.15.8pr. y 2, exige la intervención del pretor para transigir sobre alimentos, donados *mortis causa*, lo que reafirma, sólo para los alimentos futuros, C. 2.4.8 (*Gord.* del 239). *Scaev. 4 resp.* D. 35.2.25.1 mantiene la cuantía de un fideicomiso de prestación dineraria anual, aunque el liberto legatario que debía pagarla viese su legado reducido en virtud de la *lex Falcidia*. *Paul. 10 quaest.* D. 34.1.11, el condenado a trabajar en las minas sigue percibiendo la prestación anual por alimentos que le hubiese sido dejada. *Ulp. 2 fideic.* D. 34.1.14.1 mantiene el fideicomiso de alimentos en favor impúberes hasta los 18 años para los muchachos y hasta los 14, para las jóvenes. *Ulp. 6 ad ed.* D. 42.1.2, las sentencias para fijar alimentos se ejecutaban, sin próroga alguna, dentro del pazo establecido.

¹²⁶ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 43: «*Auch die Exemption von Alimenterforderungen, die ja im römischen R. schon mit übergrossen Privilegien ausgestattet und auch im Executionsrechte in gewisser Weisse bevorzugt sind, würde nicht Wunder nehmen. Eine spezielle Norm hierüber ist aber ebensowenig wie bei den Soldatenforderungen worden*».

CAPÍTULO VI

CONSERVACIÓN DE LOS BIENES Y CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EL CURSO DE LA EJECUCIÓN SOBRE SU TITULARIDAD, O DERECHOS PREFERENTES SOBRE ELLOS

I. CONSERVACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS

El *pignus in causa iudicati captum* implicaba una toma de posesión física de los bienes embargados, como se deduce del propio vocablo *capere*, utilizado profusamente en las fuentes, aunque es muy posible que, en ciertos casos pudieran quedar en poder del ejecutado, constituyéndose, sobre ellos, una hipoteca. Mientras los bienes embargados permanecieran en poder del ejecutor, debían ser conservados, pudiendo incurrir en responsabilidad por la ley Aquilia los funcionarios judiciales que ordenaron el *pignus*, en caso de destrucción o deterioro de los mismos¹. Así se deduce de un texto ulpiano, al que ya nos hemos referido, a propósito de la responsabilidad de los ejecutores, colocado por los compiladores en sede de *lex Aquili-*

¹ Cfr. art. 627 LEC. «Responsabilidades del depositario. Depositarios interinos.

1. El depositario judicial estará obligado a conservar los bienes con la debida diligencia a disposición del Juzgado, a exhibirlos en las condiciones que el Juzgado le indique y a entregarlos a la persona que el tribunal designe.

A instancia de parte o, de oficio, si no cumpliere sus obligaciones, el tribunal mediante providencia podrá remover de su cargo al depositario, designando a otro, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil en que haya podido incurrir el depositario removido.

2. Hasta que se nombre depositario y se le entreguen los bienes, las obligaciones y responsabilidades derivadas del depósito incumbirán, sin necesidad de previa aceptación ni requerimiento, al ejecutado y, si conocieran el embargo, a los administradores, representantes o encargados o al tercero en cuyo poder se encontraron los bienes».

lia, Ulp. 18 ad ed. D. 9.2.29.⁷² y que, si bien hace referencia a los magistrados municipales, no parece aventurado pensar que pudiera aplicarse también a los funcionarios judiciales de la *cognitio*.

Comienza con la afirmación general de que los magistrados municipales pueden resultar obligados por la ley Aquilia si produjeran un daño injustamente:

«*Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri [...]*».

Continúa diciendo, en el mismo tono generalizante, que cuando «alguno» hubiese recibido ganados en prenda y los matase de hambre, al no permitir que tu, es decir el pignorante, les llevases comida, se ha de dar contra él la acción *in factum*³

«*[...] nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est [...]*».

Inmediatamente pasa Ulpiano a contemplar la aplicación de estos principios al *pignus in causa iudicati captum*, y comienza planteando el supuesto del embargo indebido, cuando se creyera haber tomado legalmente una cosa en prenda y no fuera así, restituyéndose las cosas destrozadas o estropeadas. En tal caso se dice que tiene lugar la acción de la ley Aquilia:

«*[...] item si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquiliam locum habere: [...]*».

Emplea Ulpiano el recurso retórico de iniciar su argumentación con un supuesto que no suscitaría duda alguna en el lector: si el embargo fue incorrecto y se devolvió el objeto estropeado es evidente que el *damnum* fue *iniuria datum*. Pero a continuación afirma rotundamente que lo mismo se ha de decir cuando la prenda fue tomada de acuerdo con la ley, o sea, cuando el embargo fue correcto, con lo que está afirmando el deber general de conservación del bien tomado en prenda:

«*[...] quod dicendum est et si ex lege pignus cepit [...]*».

² Vid. MAYER-MALY, T., «Haftung aus Miete nach Staatsunrecht», en ZS 74 (1957), pp. 363-373.

³ Esta *actio in factum* se daba como complementaria de la *lex Aquilia* porque, en este caso, no había habido contacto corporal entre el agresor y la cosa dañada, es decir, *damnum corpore corpori datum*, que, según la jurisprudencia, era imprescindible para poder ejercitar la *actio legis Aquiliae*.

Termina el fragmento advirtiéndole que los magistrados no eran responsables. si el daño se produjo cuando tuvieron que emplear la violencia contra el que se resistió⁴:

«[...] si quid tamen magistratus adversus resistantem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: [...]».

Pone, como justificación, el ejemplo del esclavo tomado en prenda que se ahorcó, en cuyo caso no se daba acción alguna⁵:

«[...] nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio».

II. CONTROVERSIAS SUSCITADAS TRAS LA TOMA DE PRENDAS

Naturalmente los bienes objeto del *pignus captum* debían ser propiedad del ejecutado. Así lo subraya un rescripto de Severo y Caracalla, del año 197, dirigido a Valeriano, C. 4.15.1, cuando señala que no se puede tomar en prenda una cosa del tutor que no tiene en su poder ningún bien del pupilo, por una deuda derivada de un préstamo (*aes alienum*) hecho a éste:

«Propter aes alienum pupilli res tutoris, qui nihil ex bonis eius tenet, pignori capi non oportet».

Respecto al caso de que el tutor obtuviese una sentencia condenatoria a su favor, o fuese él condenado, refiere *Ulp. 9 ad ed. D. 26.7.2pr.* que se daba al pupilo la *actio iudicati* a su favor o en su contra, máxime si el tutor no se ofreció espontáneamente para llevar el litigio, sino que lo hizo, al no poder autorizar al pupilo a aceptar el juicio, por ser éste un *infans* o estar ausente. Así, dice, fue establecido en un rescripto del divino Pío, y numerosos rescriptos declaran que se daba la *actio iudicati* contra el pupilo, siempre que el tutor hubiera sido condenado⁶. Pero apunta al final, y es lo que más nos interesa de este fragmento, que esta acción ejecutiva se dará «a no ser que se hubiese abstenido», es decir que el pupilo, que era un *suus*

⁴ Los magistrados municipales tenían ciertas competencias penales limitadas, así la *modica castigatio* sobre los esclavos a que se refiere *Ulp. 18 ad ed. D. 2.1.12.* y la *modica coercitio* que *Paul. 18 ad Plaut. D. 1.21.5.1* considera inherente a la *iurisdictio*. Vid. TORRENT, A., *La «iurisdictio» de los magistrados municipales*, Univ. Salamanca, 1970, p. 123.

⁵ Vid. WACKE, A., «Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung», en *ZS 97* (1980), pp. 26-77.

⁶ *D. 26.7.2pr.*: «Si tutor condemnavit sive ipse condemnatus est, pupillo et in pupillum potius actio iudicati datur et maxime, si non se liti optulit, sed cum non posset vel propter absentiam pupilli vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum iudicium. et hoc etiam divus Pius rescripsit et exinde multis rescriptis declaratum est in pupillum dandam actionem iudicati semper tutore condemnato, [...]».

y, por tanto un heredero necesario, hubiese utilizado el *beneficium abstinendi* en la herencia paterna para librarse así de las deudas hereditarias⁷, porque, concluye el jurista, en este caso no se daría la ejecución ni contra el tutor ni contra el pupilo, y frecuentemente se respondió por rescripto que no se podían tomar prendas al tutor.

«[...] nisi abstineatur: tunc enim nec in tutorem nec in pupillum. nec pignora tutoris capienda esse saepe rescriptum est».

Para los débitos públicos y privados, una ley de Honorio y Teodosio, del 422, C. 12.60.4 = C. Th. 8.8.10 dispone que no se puede perseguir un inmueble por deudas de otro:

«Nullam possessionem alterius pro alienis debitis publicis sive privatis praecipimus conveniri».

Más tardíamente, el emperador Zenón (474-491), C. 11.57.1 (sin fecha), dice que es grave, no sólo para las leyes, sino contrario a la equidad natural, molestar a alguien por deudas ajenas y prohíbe perpetrar estas iniquidades contra los aldeanos:

«Grave est et non solum legibus. Verum etiam aequitati naturali contrarium, pro alienis debitis alios molestari. idcirco huiusmodi iniquitates contra omnes vicinos perpetrari modis omnibus prohibemus».

Si bien es claro que no se debía realizar un *pignus in causa iudicati captum* sobre un bien que no era del ejecutado, cabía siempre la posibilidad de que esto se realizase por error o negligencia del *executor* o, incluso que un tercero, en connivencia con el ejecutado, alegase que el bien era suyo, para sustraerlo de la ejecución. Surgía entonces una incidencia, que siempre podía dificultar la ejecución, como era la aparición de una controversia en la que alguien, distinto del ejecutado, mantuviera que los objetos embargados le pertenecían a él, o que tenía sobre dichos bienes un derecho preferente al del ejecutante. Es lo que hoy denominamos «tercerías» y que deben ser resueltas en el curso del procedimiento ejecutivo⁸. Conviene tener presente que se trata de discusiones planteadas mientras se está tramitando la ejecución, es decir, cuando los bienes han sido trabados, pero aún no se ha procedido a su venta. Una vez vendidas las cosas tomadas en prenda cabe también que un tercero alegue derechos sobre ellas, pero la discusión será con el comprador y a ella nos referiremos más adelante, al tratar de la venta de los bienes judicialmente pignorados⁹.

⁷ Es la interpretación que da la trad. del Digesto de Aranzadi.

⁸ En el Capítulo III del Título IV del Libro III de la LEC está contenida la regulación de las tercerías de dominio y de mejor derecho.

⁹ *Vid.* D. 42.1.15.6-7 y C. Th. 11.9.1 (*Const.* 323).

Esta intervención de un extraño durante el procedimiento ejecutivo puede revestir dos modalidades diferentes, según la moderna doctrina procesal. Cuando se produce la, hoy llamada, «tercería de dominio» afirma el tercero demandante su propiedad sobre la cosa trabada y, en consecuencia, pretende que no se venda, sino que se levante el embargo sobre ella y se le entregue. En cambio, en la denominada «tercería de mejor derecho» lo que alega el tercerista es su derecho preferente al del ejecutante y, por ello, no pretende impedir la venta de la cosa embargada, sino que el precio obtenido por ella se le entregue a él hasta satisfacer su crédito dejando al ejecutante tan sólo el eventual *superfluum*.

1. Sobre la titularidad de los bienes tomados en prenda («tercería de dominio»)

*Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15.4*¹⁰ —un fragmento sobre el cual se ensañó la literatura crítica¹¹—, contempla la discusión sobre la titularidad dominical de la cosa tomada en prenda. Aunque, a lo largo del fragmento, se refiere el jurista a «controversia», lo que podría englobar no sólo la discusión sobre el dominio, sino también sobre un posible derecho real que gravase el objeto tomado en prenda, parece evidente que se refiere exclusivamente a la discusión sobre la titularidad dominical, puesto que se refiere a cosas («[...] *si rerum* [...]») y dice que los jueces de la ejecución deben conocer sobre la propiedad («[...] *cognoscere debere de proprietate*: [...]») y ejecutar la sentencia, si conocieren que es del ejecutado («[...] *et si cognoverint eius fuisse* [...]»).

El texto comienza afirmando que, si existiera controversia sobre las cosas que han sido tomadas en prenda, se estableció por nuestro emperador (Caracalla) que los mismos que ejecutan la cosa juzgada deben conocer

¹⁰ Vid. AVERSANO, N., *Constitutio principis ed interpretazione giurisprudenziale in D. 42.1.15.4*: «Un caso di opposizione di terzo ad esecuzione», en *AG*. 193 fasc. 1 (1977) pp. 79-92.

¹¹ Entre otros, han considerado que este juicio sumario era de origen posclásico, lo que supondría la alteración del fragmento, BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1, Tübingen 1910, pp. 30 y ss.; DE MEDIO, A., «I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro», en *BIDR* 13 (1900) p. 235; LEVY, E., en *ZS* 46 (1926), en una reseña de los *Studi in onore di Silvio Perozzi* (1926), pp. 413-424, recoge, en la p. 418, una opinión de Bortolucci en este sentido, contenida en su trabajo *Rivendita romana?*, ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1967, p. 157. KRÜGER, H., *Das summatim cognoscere...*, *op. cit.*, pp. 71-72, inicia su crítica al texto con la tajante afirmación siguiente: «II. Diese ganze Regelung des 4 op. cit. stammt nicht von Ulpian». Continúa con una amplia argumentación para sostener que el texto está interpolado y, en la p. 72, precisa, además que la cognición aludida en el par. 4 del fragmento es justiniana. Por el contrario SIMON, D., «Summatim cognoscere. Zwölf Exegesen», en *ZS* 83 (1966), pp. 157-158, mantiene el carácter clásico de este fragmento: «Damit können wir die Erörterung zum Verfahren der pignoris capio in cusa iudicati abbrechen, da an der Klassizität des für uns wesentlichen Teile von 1.15.4 h. t. keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen».

sobre la propiedad, y si decidieren que los bienes son del condenado, ejecutarán sobre ellos la cosa juzgada:

«*Si rerum, quae pignoris iure captae sunt, controversia fiat, constitutum est ab imperatore nostro ipsos, qui rem iudicatam exsequuntur, cognoscere debere de proprietate: et si cognoverint eius fuisse qui condemnatus est, rem iudicatam exsequentur. [...]*».

Al no estar en el texto atribuido expresamente a los jueces este conocimiento sumario, sino a *ipsos, qui rem iudicatam exsequuntur*, mantuvo BIONDI que correspondía al *exsecutor datus*¹², opinión aceptada por LITEWSKI¹³ y von der FECHT¹⁴. Sin embargo, FLEISCHMANN había sostenido que correspondía al magistrado¹⁵.

Pese a tantas apreciaciones coincidentes, nos resulta difícil aceptar que una función de tanto calado jurídico, como es la de dictaminar, siquiera sea sumariamente, sobre la propiedad de un bien, correspondiese a un ejecutor nombrado por el juez. Recordemos que el rescripto de Antonino Pío, según la descripción de *Ulp. 3 de offr. cons.* D. 42.1.15pr. atribuyó la ejecución de las sentencias a aquellos que las dictaron («[...] *rescriptum est magistratibus populi Romani, ut iudicium a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur hi qui eos dederunt [...]*»), lo que se extendió a los *praesides* de las provincias, para las sentencias dictadas en Roma, por un rescripto de Severo y Caracalla, según D. 42.1.15,1 («[...] *ad finem persequi [...]*»). Por ello, pensamos que la expresión *qui rem iudicatam exsequuntur* en el mismo texto (D. 42.1.15.4) podría referirse tanto al juez como al *exsecutor*, pero no necesariamente a éste último. Entre ambas opciones nos inclinamos por el juez. El propio verbo *cognoscere* parece más propio de la función judicial en el proceso cognitorio, que la de un ejecutor cuyos cometidos podrían ser, más bien, determinar los bienes que debían ser embargados, trabarlos, valorarlos, conservarlos y sacarlos a la venta. Conviene advertir que, en el mismo texto, dos párrafos después (D. 42.1.15.6) cuando el jurista se refería a la controversia suscitada contra el *emptorpost addictum pignus*, se preguntaba si corresponderá su conocimiento al mismo juez que

¹² BIONDI, B., en «Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano», *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1939, p. 88, considera justinaneo este pasaje y afirma: «*Il legislatore, infatti, conferisce esplicitamente agli exsecutores quella summaria cognitio circa l'appartenenza della cosa al debitore, dalla quale si sviluppò l'instituto della opposizione del terzo nel processo esecutivo [...]*».

¹³ LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 243: «*Es muss auch anerkannt werden, dass [...] die ganze Urteilsvollstreckung und auch das summatim cognoscere, wie in D. 42.1.15.4 vorgesehen ist, dem exsecutor datus zustand*».

¹⁴ VON DER FECHT, W. R., *op. cit.*, pp. 55-56, refiriéndose al *exsecutor datus*, afirma, en la n. 265: «*Dazu gehörte offenbar auch das summatim cognoscere in D. 42.1.15.4*».

¹⁵ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 55: «*Hier soll der Exekutionsmagistrate selbständig über das Eigentumsbegehren entscheiden*». En la p. 55, n. 2 señala que ésta es su opinión, pero reconoce que hay otras y cita varios autores anteriores.

ejecutó la sentencia («[...] *eiusdem iudicis, qui sententiam exsecutus fuerit* [...]»). No se comprende que, si la *controversia de proprietate* surgida antes de la *addictio* fuese conocida por el *exsecutor*, se plantease Ulpiano si correspondería a los jueces la que se producía *post addictione*. El carácter público de la *cognito extra ordinem* parece que se aviene mejor con las funciones jurisdiccionales del funcionario imperial juzgador, que con la atribución de éstas a un *exsecutor* nombrado por él. Por otra parte, si aceptásemos, con BIONDI, que el texto está muy profundamente alterado por los compiladores, se entendería aún peor esta posibilidad de que el ejecutor decidiese sobre la titularidad de las cosas, puesto que, en la época justiniana, el intervencionismo estatal era aún más acentuado que en tiempo de los Severos.

El texto advierte sobre el carácter sumario de este juicio incidental¹⁶, cuya resolución no prejuzgaba sobre la titularidad de la cosa¹⁷. Por esto dice que los jueces debían conocer sumariamente y su sentencia no afectaba al deudor, si la decisión fuese favorable al que promovió la controversia, y no a aquél a quien se embargó y, en consecuencia, se debería levantar el embargo sobre el bien discutido¹⁸:

«[...] *sed sciendum est summatim eos cognoscere debere nec sententiam eorum posse debitori praeiudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi eius sit, qui controversiam movit, non eius, cuius nomine capta est: [...]*».

Tanto el ejecutado como el tercerista, si deseaban ser declarados dueños de la cosa, podían reclamarla con la acción reivindicatoria en el juicio ordinario. Las sentencias de los jueces de ejecución sobre estas controversias contenían siempre una reserva de derechos, aunque no sabemos si se informaba expresamente en ellas a los contendientes sobre este extremo¹⁹.

¹⁶ WACKE, A., «Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozess», en *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart, 1993, p. 385, subraya que, en general, *summatim cognoscere* no significa un recorte de derechos, sino sólo el acortamiento de la lenta recepción de pruebas.

¹⁷ Expresamente advierte el art. 603 LEC que «La tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien».

¹⁸ KRÜGER, H., «Das summatim cognoscere und das klassische Recht», en *ZS* 45 (1925), pp. 70-71: «*Ergibt seine Prüfung das Eigentum des Schuldners, so wird die Vollstreckung durchgeführt: andersfalls wird sie eingestellt und eird die gepfändete Sache dem Dritten ausgehändigt. Aber ds Urteil ist nur vorläufig, es so gegen den Unterlegenen kein Präjudiz schaffen, vielmehr bleibt ihm sein Recht unversehrt*».

¹⁹ *Ibid.*, p. 71: «*Mithin kann sowohl der Schuldner, als auch der Dritte hinterher die rei. Vind., im ordentlichen Verfahren anstellen. Jenes Urteil des Exekutionsrichters ist also stets ein Urteil mit Vorbehalt der Rechte; dass der Vorbehalt im Urteil selbst auszusprechen sei, wird nicht berichtet*».

Añade el jurista que el tercerista a quien se restituyó la cosa no debería tenerla sin más, como si se le hubiese atribuido en virtud de sentencia²⁰ en caso de que se le reclamara por un juicio ordinario.

«[...] *nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte iure ordinario coeperit ab eo res peti. [...]*».

La expresión utilizada, *iure ordinario*, debe referirse a un juicio declarativo no sumario, y no a un procedimiento formulario del *ordo iudiciorum privatorum*, que sería poco probable en esta época. Por otro lado, aunque parece que el fragmento está pensando en un posible juicio declarativo reivindicatorio del deudor ejecutado contra el tercerista, que triunfó en el proceso sumario incidental, se puede pensar que, si un tercero, ajeno al procedimiento ejecutivo, reivindicaba la cosa, que se embargó indebidamente, no podría oponerle el tercerista la sentencia a su favor, para mantener su propiedad. Así se deduce de D. 42.1.15.6, del que más adelante nos ocuparemos, y que permite la controversia promovida contra el comprador, o, incluso del propio ejecutante «después de adjudicada la prenda» (*post addictum pignus*), aunque se cuida de advertir que ya no serían competentes los jueces de la ejecución, sino que se trataría de un nuevo juicio ordinario independiente²¹.

Como si el jurisconsulto tuviese gran interés en que esto quedase muy claro, continúa señalando que todos los derechos quedarán íntegros y la sentencia pronunciada por los jueces de la ejecución se circunscribirá exclusivamente a la toma de la prenda²²:

«[...] *sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res iudicata proficiat [...]*»²³.

Remata Ulpiano el fragmento, afirmando que, cuando existía discusión sobre la propiedad de algún bien tomado en prenda, debía dejarse ésta, si

²⁰ El texto emplea el término *habere*, habitualmente utilizado como «tener en propiedad», para señalar que ésa no era la posición jurídica del tercerista triunfante. Sobre si era una posesión temporal como apunta KRÜGER, H., *op. cit.*, p. 70, significativamente la trad. de Aranzadi, habla de «retener la cosa», la de GARCÍA DEL CORRAL, dice «tener la cosa». La duda es si podría reivindicar la cosa, respecto al ejecutado a un tercero, mientras no recayese sentencia firme en un juicio declarativo ordinario, atribuyendo la propiedad a otro. Se podría pensar que el recurso en estos casos sería la *actio Publiciana* como poseedor civil *in bonis*.

²¹ *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.6: «*Si post addictum pignus aliqua controversia emptori moveatur, an sit cognitio eiusdem iudicis, qui sententiam exsecutus fuerit, videndum est. et cum semel emptio perfecta sit eiusque qui comparavit periculum vertatur, non puto locum esse cognitioni: certe posteaquam inductus est emptor in possessionem, nonne cessabunt partes eorumdem iudicum? idemque et si ipsi, cui quis iudicatus est, res fuerit addicta*».

²² Para VON DER FECHT, W. R., *op. cit.*, p. 74, bastaba con «verosimilitud» de que la cosa pignorada no pertenecía al patrimonio del deudor: «*Es genügte dabei die blossе Wahrscheinlichkeit, dass die gepfändete Sache nicht zum (vollstreckungsfähigen) Vermögen des Schuldner gehörte*».

²³ Para LITEWSKI, *op. cit.*, p. 258, esta frase no es una reiteración de lo anteriormente afirmado, sino que subraya cómo se dejan a salvo no sólo los derechos del ejecutado, sino también los de los terceros.

existían otros bienes, se sobreentiende que de valor suficiente para cubrir el montante de la condena, sobre los que no se suscitase controversia:

«[...] *sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere et capi aliud, si quod est sine controversia*».

Se trata de un mecanismo de protección del interés del ejecutante, puesto que no sería fácil encontrar compradores cuando existía un riesgo de sufrir evicción.

Esta prohibición de embargar bienes sobre los que existía controversia, tiene su paralelismo, como ya hemos expuesto, en lo que sucedía con los créditos discutidos, que, según D. 42.1.15.9²⁴ no debían ser embargados, y, a diferencia de lo que sucedía con las cosas corporales, no podían los jueces de la ejecución *summatim cognoscere*²⁵. La razón de esta diferencia de trato debe estar en que, si ya era dificultosa la venta de una cosa embargada, cuando estaba el comprador amenazado de evicción, más aún lo sería la de un crédito controvertido. Pero, el hecho de que los créditos estuviesen en último lugar en el orden para embargar, haría que la discusión sobre su exigibilidad pudiese frustrar totalmente las esperanzas del ejecutante, y ello es lo que, seguramente, motivó las dudas, que se resolvieron por el dictamen imperial.

Parece existir una contradicción entre las dos partes del fragmento, que, por una parte, manda al juez de la ejecución *summatim cognoscere* cuando un tercero afirma su propiedad sobre el bien tomado en *pignus*, y, al final, prohíbe embargar los bienes cuya propiedad esté controvertida²⁶. Seguramente hay que pensar que no se debían tomar en prenda bienes en poder del ejecutado sobre los que ya se hubiese iniciado un procedimiento sobre su propiedad, porque naturalmente no tendría sentido que el juzgador de la ejecución conociera de manera sumaria e incidental sobre el dominio, interfiriendo la marcha de un proceso ordinario diferente y sobre el que podría

²⁴ D. 42.1.15.9: «*Sed utrum confessum nomen tantum capi possit an etiam si neget quis se debere, videamus. et magis est, ut id dumtaxat capiatur, quod confitetur: ceterum si negetur, aequissimum erit discedi a nomine, [...]*».

²⁵ Aunque parece que hubo quien lo sostuvo, se resolvió en contra mediante un rescripto del que no sabemos el emperador: «[...] *nisi forte quis exemplum secutus corporalium pignus ultra processerit dixeritque ipsos debere iudices de nomine cognoscere, ut cognoscunt de proprietate: sed contra rescriptum est*».

²⁶ BIONDI, B., «*Summatim cognoscere*», en *BIDR* 30 (1921), p. 236: «*La contraddizione fra le due parti del testo è palese ed insanabile: la prima ammette una sumaria cognitio de proprietate, innestata nel processo di esecuzione; la seconda invece dispone che sia liberata senz'altro dal pegno la cosa la cui sepetanza è controversa e che si passi ad un'altra su cui non cada controversia di sorta, il che suppone che la quaestio de proprietate non viene menomamente sfiorata dal giudice*». VON DER FECHT, W. R., *op. cit.*, p. 73, subraya la diferencia entre los dos supuestos contemplados en D. 42.1.15.4: «*Die Quelle kann in zwei Teile gegliedert werden. Der erste Teil bis zu den Worten res iudicata proficiat behandelt den Fall, dass sich ein Dritter erstmal gegen eine geschene Pfändung wendet. Der Schulssatz von sed illud an betrifft das Problem, dass schon vor der Pfändung Sreit um das Eigentum bestand*».

estar conociendo otro órgano²⁷. En cambio, cuando la reclamación del sedicente propietario se produjera después de haberse tomado el bien en prenda, que es el supuesto típico de la tercería de dominio, era cuando el juez de la ejecución podía conocer sumariamente, sin perjuicio de que en el juicio ordinario se decidiera de modo diferente. Es posible que, para evitar connivencias entre el ejecutado y el tercero, que intentasen liberar del embargo ciertos bienes de más fácil realización, perjudicando así el interés del ejecutante, se concediera a éste la posibilidad de solicitar al juez, que conocía del embargo, o que liberase de la prenda al bien en discusión, si en el patrimonio del ejecutado existían otros indiscutidos y de valor suficiente para satisfacer al ejecutante, o que decidiese él mismo, tras haber conocido sumariamente sobre la disputa.

En el mismo sentido, el rescripto de Caracalla a Marco, del año 205, C. 4.15.2: al que ya nos hemos referido, que permitía al *praeses provinciae* exigir el pago, en ejecución de sentencia, a los deudores del ejecutado, se cuida de advertir que se haría cuando el condenado no tuviese nada que se pudiese tomar en prenda *sine quaestione*²⁸, y parece claro que el vocablo *quaestio* no está empleado aquí en su sentido procesal de proceso criminal, sino en el más genérico de «discusión», siendo, por tanto, sinónimo de *controversia*.

«Si in causa iudicati Valentis, quem tibi condemnatum esse proponis, nihil est, quod sine quaestione pignoris loco capi et distrahi possit, debitores eius conventi ad solutionem auctoritate praesidis provinciae compelluntur».

El rechazo a embargar bienes cuya propiedad fuese discutida lo encontramos, respecto a las deudas de tipo público, en un fragmento extraído del *liber singularis de delatoribus* de Marciano, que los compiladores colocaron en D. 49.14.22pr., dentro del tít. *De iure fisci*. Aunque el fundamento de este texto es similar al de *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.4, que acabamos de comentar, existen también entre ellos ciertos matices diferenciales. Comienza diciendo que las cosas sobre las que había controversia no debían

²⁷ En sentido contrario opina LITEWSKI, *op. cit.*, p. 263, que, probablemente, también podrían tomarse en prenda los bienes, aunque la controversia hubiese surgido antes de la pignoración, cuando no hubiesen otros bienes indiscutidos para embargar: *«Das ist meines Erachtens sogar wahrscheinlicher, denn bei streitigen Schulforderungen konnte es praktisch in vielen Fällen keine anderen Gegenstände mehr geben, die zur Pfandung geeignet wären»*. No nos parece admisible esta posibilidad, al tratarse de un bien que estaba sujeto a un proceso distinto del ejecutivo e incoado previamente, a menos que se pudiese tomar en prenda *sub condicione* lo que, la luz de las fuentes, parece poco probable, salvo en el caso del *statuliber*.

²⁸ Señala LITEWSKI, *op. cit.*, p. 260, que, mientras D. 42.1.15.4 se refiere a controversias surgidas después de la toma en prenda de los bienes, el rescripto de Caracalla alude a créditos que todavía no han sido embargados, y que no se deben tomar en prenda por no estar *sine quaestione*. No parece que sea muy relevante la distinción, porque tampoco se llegarían a tomar en prenda, los bienes sobre los que, previamente a la ejecución, existiesen discusiones sobre su titularidad dominical.

ser vendidas por el funcionario imperial (*procurator Caesaris*) sino que su venta debía ser aplazada, como contestaron, en un rescripto, Septimio Severo y Antonino Caracalla.

«Res, quae in controversia sunt, non debent a procuratore Caesaris distrahi, sed differenda est eorum venditio, ut divus quoque Severus et Antoninus rescripserunt, [...]».

A continuación, se refiere el jurisconsulto a un supuesto de hecho, que era el objeto de la respuesta imperial invocada: un acusado de *crimen maiestatis* falleció y su heredero estaba dispuesto a probar la inocencia del difunto; entonces los emperadores mandaron suspender la venta de los bienes

«[...] et defuncto maiestatis reo, parato herede purgare innocentiam mortui, distractionem bonorum suspendi iusserunt, [...]».

Termina recordando que, en general, los emperadores prohibieron vender las cosas que estuviesen en controversia.

«[...] et generaliter prohibuerunt rem distrahi a procuratore, quae esset in controversia».

Mientras que en el texto de Ulpiano se habla de un juicio sumario incidental para dilucidar sobre la titularidad de la cosa tomada en prenda, que no prejuzga un previo proceso sobre la propiedad, en el de Marciano no se expresa esta posibilidad, sino que simplemente se prohíbe la venta inmediata de las cosas embargadas, aunque se alude a un «aplazamiento» (*differenda est eorum venditio*) o «suspensión» (*distraccionem bonorum suspendi*). Lo que no nos aclara Marciano es de qué modo se ponía fin a esta dilación. Es posible que se obligase a quien sostenía su propiedad sobre el bien embargado a instar un juicio reivindicatorio contra el deudor fiscal, pero es más probable pensar que, al igual que sucedía con las prendas tomadas en ejecución de sentencia, hubiese un procedimiento sumario, quizás ante el propio *procurator Caesaris*, para dilucidar sobre la propiedad. Sin embargo, en el caso que narra del difunto acusado de *crimen maiestatis* parece que se esperaba a la sentencia en la que el heredero lograra probar la inocencia de su *de cuius*, que, posiblemente, tendría que realizarse ante otra instancia.

2. Sobre preferencia de derechos reales sobre los bienes tomados en prenda («tercería de mejor derecho»)

No sólo podía surgir la controversia sobre la propiedad de los bienes embargados, sino también sobre un derecho real de garantía que los afec-

tase al pago de un crédito anterior²⁹. Es el caso de que la cosa embargada estuviese ya gravada con otra prenda, y su valor en venta hubiera de aplicarse a satisfacer el crédito del primer acreedor pignoraticio con prioridad al del ejecutante. Hay que pensar que esta prenda preferente sería el *pignus conventum* o *hypotheca* que, al no suponer desplazamiento posesorio, dejaría la cosa en poder del deudor, facilitando así la constitución de un nuevo *pignus* sobre ella. Aunque los textos no lo refieran, parece que también se tomaría un *pignus in causa iudicati* sobre un objeto que estuviese en poder de un acreedor pignoraticio del ejecutado³⁰, aparte de la posibilidad de colusión entre éste y un tercero, para hacer ilusoria una ejecución futura, al bloquearla con una prenda convencional simulada, previa al embargo, cuya impugnación vendría a través del *interdictum fraudatorium*. Cuestión distinta sería que, al no haber en Roma un sistema de publicidad registral para las hipotecas³¹, pudiera aparecer una hipoteca preferente desconocida, después de vendida la cosa, problema que abordaremos al tratar de la posible evicción del rematante.

Se refiere a esta cuestión *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.5. Comienza este fragmento haciendo un nítido planteamiento de la cuestión: habrá que ver si la cosa, que fue tomada en prenda, estando ya pignorada, puede ser enajenada para, una vez pagado el primer acreedor pignoraticio, aplicar el *superfluum* al cumplimiento de la sentencia³².

«*Quod si res sit pignerata, quae pignori capta est, videndum est, an sic distrahi possit, ut dimisso creditore superfluum in causam iudicati convertatur [...]*».

El problema es que la venta de la cosa pignorada, para hacerse pago con el precio, era un derecho del acreedor pignoraticio, pero no un deber del mismo, con lo que, en principio, podría éste, por pura benevolencia, o en connivencia con el ejecutado, dilatar *sine die* la realización del valor del bien embargado, al no proceder él a su ejecución preferente. Para evitar este resultado, a todas luces injusto, establece que si en la ejecución de la cosa juzgada se hallare un comprador dispuesto a pagar lo suficiente para cubrir

²⁹ En Derecho actual hay que tener en cuenta los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad con prioridad sobre la anotación.

³⁰ Afirma FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 59, que un acreedor pignoraticio convencional no podía oponerse a la pignoración del objeto ni siquiera cuando estuviese en posesión del mismo: «*Der Pfändung einer Sache kann ein Vertragspfandgläubiger, selbst wenn ihm der Besitz der Sache eingeräumt worden ist, nie widersprechen*».

³¹ Lo que los hipotecaristas modernos denominan «sistema de clandestinidad».

³² *Vid.* MIQUEL, J., «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», *AHDE* 29 (1959), pp. 229-316; DE CHURRUCA, J., «Pignus», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J. L. Murga Gener*; Madrid, 1994, pp. 333-386; JÖRS, P., «Erzrichter und Chrematiste», en *ZS* 40 (1919), pp. 73 y ss. cita, como un caso de aplicación de esta regla el P. Oxy. III, 653 (MITTEIS, H., *Grünzüge und Chrestomathie der Papyrskunde*, 2,1, Leipzig-Berlin, 1912, núm. 90, pp. 103-106; data este papiro hacia 160-162 d.C., es decir poco antes de Ulpiano.

el crédito del primer acreedor pignoraticio y un *superfluum*, que se aplicaría al pago de la condena, se debe vender la cosa embargada:

«[...] et quamquam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere: tamen in iudicati executione servatur, ut, si emptorem invenerit res quae capta est, qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, admittenda sit huius quoque rei distractio [...]».

Finalmente argumenta, como colofón, que con ello no se perjudica al primer acreedor pignoraticio, puesto que se le paga lo que se le debe y no se extingue su derecho de prenda hasta que no se satisfaga su crédito

«[...] nec videtur deterior condicio creditoris fieri suum consecuturi nec prius ius pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum».

Una constitución de Severo y Caracalla, y, por tanto de la época de Ulpiano, de la que habla Marciano³³, *lib. sing. de delator.*, y que los compiladores situaron en el tít. 49.14 del Digesto, bajo la rúbrica *De iure fisci* (D. 49.14.22.1), aplicó el mismo sistema a las prendas tomadas por los procuradores imperiales en ejecución de débitos fiscales. Comienza el fragmento con la enunciación general de que las cosas obligadas por prenda podían ser vendidas por los procuradores, pero si estaban antes obligadas por derecho de prenda a otros, no debía el procurador dañar el derecho del acreedor pignoraticio preferente:

«Res autem nexas pignori distrahere procuratores possunt. sed si ante alii res obligatae sunt iure pignoris, non debet procurator ius creditorum laedere: [...]».

A continuación describe el jurista tres mecanismos económicos para lograr que el derecho de los acreedores pignoraticios preferentes quedase incólume. El primero es que si hubiera un sobrante en el valor de la cosa se le permitiría al procurador venderla, con la condición de que, en primer lugar, satisficiera a los acreedores anteriores y, si quedara algún sobrante fuera atribuido al Fisco:

«[...] sed si quidem superfluum est in re, permittitur procuratori vendere ea lege, ut inprimis creditoribus praecedentibus satisfiat et si quid superfluum est, fisco inferatur, [...]».

El segundo es que, si el Fisco hubiese recibido el total, pagara él mismo a los acreedores pignoraticios preferentes:

«[...] aut, si acceperit totum fiscus, solvat ipse».

³³ No Marcelo como traduce, por error, GARCÍA DEL CORRAL.

El tercero es que, si, «simplemente», vendió el procurador, mandaría que el comprador le entregase el dinero al acreedor privado. a quien se probó que se debía:

«[...] vel simpliciter si vendidit procurator, iubebit pecuniam, quam deberi creditori privato fuerit probatum, exsolvi ei [...]».

Concluye recordando que así lo respondieron por rescripto el divino Severo y Antonino (Caracalla).

«[...] et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt».

Sobre la preferencia de prendas convencionales, realizadas antes de un embargo de carácter público, nos cuenta *Scaev. 27 dig. D. 20.4.21.1* que un negociante de mármoles había recibido un préstamo, garantizado con prenda, sobre unos bloques de piedra, que habían sido pagados con el dinero recibido del propio acreedor, lo cual en rigor sería irrelevante a la hora de considerar los bienes afectados pero, si no es una alteración posclásica, revela un cierto helenismo al subrayar que el dinero prestado se había invertido en los bienes afectados al cumplimiento de la deuda³⁴.

«Negotiatori marmorum creditur sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant: [...]».

Continúa Scévola relatando que, siendo el marmolista arrendatario de unos almacenes del César, dejó de pagar los alquileres durante algunos años, por lo que el procurador, encargado del cobro, extendió su acción sobre las piedras. Pregunta si el acreedor pignoraticio podría retener los bloques de piedra como prenda para garantizar la devolución de su préstamo, y la respuesta del jurista es afirmativa.

«[...] idem debitor conductor horreorum caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor retinere possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse»³⁵.

³⁴ Del mismo modo, el art. 634 LEC prevé que «en la ejecución de sentencias que condenen al pago de las cantidades debidas por incumplimiento de contratos de venta a plazos de bienes muebles, si el ejecutante lo solicita, se le hará entrega inmediata del bien o bienes muebles vendidos o financiados a plazos por el valor que resulte de las tablas o índices referenciales de depreciación que se hubieran establecido en el contrato».

³⁵ Vid. SCHANBACHER, D., *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 9)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987.

Con carácter general, un rescripto de Caracalla del año 212, dirigido a Chresto (C. 8.17.2)³⁶ establece la preferencia temporal entre las prendas (*prior tempore potior in iure*) y la consiguiente necesidad de posponer un *pignus in causa iudicati* sobre un bien que ya había sido embargado con anterioridad. El caso es complicado: el pretor fideicomisario ante la existencia de un fideicomiso condicional dio la posesión de un fundo hereditario al fideicomisario, como medida cautelar, para que lo conservase mientras la condición estaba pendiente y pudiera adquirirlo, si acaso se cumplía.

«*Si decreto praetoris, qui de fideicomisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi condicionalis servandi gratia [...]».*

Esto sucedió antes de que otro obtuviese un *pignus in causa iudicati*, en ejecución de una sentencia pronunciada contra el heredero fiduciario³⁷

«*[...] prius inducti estis, quam adversarius vester in causa iudicati eiusdem fundi pignus occupavit iussu eius, qui iure sententiam exsequebatur, [...]».*

La respuesta imperial es que el fideicomisario tendrá preferencia temporal:

«*[...] tempore potiores estis [...]».*

Lo que se justifica diciendo, como colofón, que, cuando dos partes contienden sobre una prenda, es preferido el de fecha anterior:

«*[...] nam cum de pignore utraque pars contendat, praevalet iure, qui praevenit tempore».*

El *pignus in causa iudicati captum*, como cualquier prenda, era preferente a otras prendas que constituyese posteriormente el ejecutado. Se cuida Ulpiano de advertirlo en *1 resp. D. 20.4.10* señalando que, si el ejecutante que obtuvo a su favor un *pignus in causa iudicati*, fallecía, tenía su heredero el privilegio temporal que correspondía a su *de cuius*.

«*Si et iure iudicatum et pignus in causa iudicati ex auctoritate eius qui iubere potuit captum est, privilegiis temporis fore potiohem heredem eius, in cuius persona pignus constitutum est».*

³⁶ Vid. ARCARIA, F., «Missio in possessionem e cognitio fedecommissaria», en *BIDR.* 89 (1986), pp. 245-304; en las pp. 279 a 283, examina la concurrencia entre dos jurisdicciones, la del pretor fideicomisario, que había concedido la *missio in possessionem*, y la del juez que decretó el *pignus in causa iudicati captum* y concluye, en la p. 282, que el rescripto debe estar alterado y que originariamente no se refería a la *missio in possessionem*, sino a la *missio in singulam rem*, abolida por Justiniano en C. 6.43.3.2.

³⁷ Así parece que debe interpretarse aunque el texto no lo diga claramente.

Lo que sí sería posible es que un acreedor pignoraticio posterior al *pignus in causa iudicati captum* utilizase el *ius offerendi et succedendi*, pagando al ejecutante lo que se le debía por la sentencia condenatoria y situándose así en el rango preferente que correspondía a éste³⁸.

³⁸ *Paul. 3 quaest. D. 20.3.3, Pap. 11 resp. D. 20.4.3pr. y D. 20.6.1.1, C. 8.18.3 (Alex. 224), C. 8.18.4 (Diocl. Max. 286). Vid. MIQUEL, J., «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», en *AHDE* 29 (1959), pp. 229-316; D'ORS, A., «El “ius offerendi” de “tertius”», en *Studi Biondi* 1, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 213-223; KASER, M., «Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht», en *Studi Grosso* 1, Torino, 1968, pp. 27-76.*

CAPÍTULO VII

REALIZACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS

I. EL PLAZO BIMESTRAL POSTERIOR A LA TOMA DE PRENDA

El condenado podía satisfacer la condena, y liberar los bienes embargados, salvo en el caso del dinero, naturalmente, a lo largo de la ejecución, hasta que se produjese la venta de los mismos, que no se realizaba hasta dos meses después de la toma de prendas. El texto de *Call.2, cogn. D. 41.1.31*, en el que se transcribe el rescripto de Antonino Pío a Cassio, estableciendo el *pignus in causa iudicati captum*, contiene en su frase final una valiosa información en este sentido. Señala que los bienes embargados se venderían, devolviendo al embargado el exceso de precio, si lo hubiere. Pero advierte que esto se hará «si no pagaren dentro de dos meses» («[...] *si intra duos menses non solverint [...]*»), lo que supone que, aparte de las posibles dilaciones, que el juzgador pudiese discrecionalmente conceder, y los posibles aplazamientos, novatorios o no, que el ejecutante pudiese acordar con el condenado, tenía éste siempre un plazo bimestral para pagar la condena y liberar los bienes embargados.

«[...] pignora capi, eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant».

Este plazo de dos meses para vender los bienes embargados, y por tanto para que pudiese pagar voluntariamente, se mantuvo largo tiempo. Una ley de Constantino del año 323, recogida en *C. Th. 11.9.1*, referente a los embargos practicados por el Fisco, lo establece en sus frases finales:

«[...] iubemus duorum mensum spatium ad solvenda debita mancipiorum dominis indulgeri, quo transacto nisi debita fuerint persoluta, firmiter mancipia comparabunt quicumque ad emptionem accesserint».

II. VENTA EN PÚBLICA SUBASTA O ADJUDICACIÓN AL EJECUTANTE

1. Venta en pública subasta

A. *La subasta de los bienes pignorados*

El *pignus* judicial, como el convencional, producía un efecto coactivo, pues mientras el ejecutado no pagara la condena, se vería privado del goce de la cosa pignorada. Pero, como ya hemos apuntado, esto no bastaba para satisfacer el interés del acreedor y, por ello, aparecieron diversos recursos para lograrlo, en la prenda convencional, como el pacto de *lex commissoria*¹, el *pactum vendendi*, o de *distrahendo pignoris*², considera-

¹ En la compraventa, permitía al vendedor asegurarse el cobro del precio reservándose la facultad de resolver la venta en caso de que el comprador no pagase en un plazo establecido D. 18.3 *De lege commissoria*. Vid. WIEACKER, F., *Lex commissoria*, 1932; KASER, M., *RPR*, I, par. 131, III; en la n. 71, recoge amplia bibliografía. D'ORS, A., *DPR*, par. 489, ii; en la n. 4 presta atención a su carácter resolutorio y a sus efectos, aludiendo a la diferente apreciación de sabianianos y proculyanos.

En la prenda convencional permitía al acreedor pignoraticio convertirse en propietario de la cosa pignorada Como ocurría en la *fiducia cum creditore contracta*. Vid. KASER, M., *RPR*, I, par. 111, II. BURDESE, A., «*Lex commissoria*» e «*ius vendendi*» nella «*fiducia*» e nel «*pignus*», Torino, 1949, p. 110; CHURRUCA, J., «*Pignus*», en *Derecho romano de obligaciones, Homenaje al Prof. Jose Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 333-386; GÓMEZ GARZAS, J., «El «*pignus*» comisorio en el «*De Agricultura*» de Catón», en *Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)*, núm. 26, 2005, pp. 511-538. Era facultativo para el vendedor, que podía pedir el precio y renunciar a la adquisición (*Herm. 2 iuris epit.* D. 18.3.7) y, seguramente, esto valdría también para el *pignus*. Fue prohibido por Constantino, C. 8.34.3, del 326.

² Mediante el cual existía la posibilidad de vender, generalmente en subasta la cosa pignorada y cobrar el crédito, con lo obtenido, devolviendo al pignorante el eventual *superfluum*. Sobre las *stipulationes* que se cruzaban entre el acreedor pignoraticio, que deseaba vender por subasta la cosa pignorada (*dominus auctionis*) y el encargado de llevarla cabo (*actor*), prometiendo éste último la entrega del precio obtenido, restándole su comisión (*merces*), y entre el *actor* y el comprador, prometiendo éste el pago del precio, según las tablillas de Pompeya (s. I d.C.), vid. BOVE, L., «Raporti tra «*dominus auctionis*» «*coactor*» ed «*emptor*»», en *Labeo*, 1975, p. 322. Según KASER, *RPR*, par. 111, II,2 ya era posible este pacto desde los primeros tiempos de la república. A principios del siglo II todavía consideraba *Iav. 15 ex Cass.* D. 47.2.74 que el acreedor pignoraticio que vendía la cosa pignorada sin haberse pactado esta posibilidad o lo hacía antes de que llegase el día convenido para venta, cometía hurto: «*Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit: furti se obligat*».

Desde finales de la época clásica tardía, podía el acreedor pignoraticio, cuando no lograba encontrar comprador, solicitar un permiso al emperador (*impetratio domini*) para adjudicarse la propiedad del objeto pignorado. *Ulp. 30 ad ed.* D. 13.7.24pr. contempla un complicado caso de

do como elemento natural, aún en defecto de pacto expreso, a finales del siglo II d.C.³.

También se producía en el *pignus in causa iudicati captum*, la realización del valor de los bienes embargados mediante la venta de los mismos. Numerosos textos hablan de *distrahere, emere* o *vendere*⁴. La venta era la solución imprescindible para satisfacer el interés del ejecutante, cuando el objeto del embargo eran bienes corporales o derechos reales (*iura*); respecto a los créditos era, como ya hemos visto, opcional, y, para el dinero, evidentemente inaplicable.

No obstante, se aprecia en las fuentes una cierta vacilación entre esta solución y la, más expeditiva, de atribuir directamente al ejecutante la propiedad de los bienes embargados. Un rescripto de Alejandro Severo del año 223, C. 8.22.2pr., nos señala que así «suele» hacerse, aunque se cuida de advertir que esta enajenación se hacía por los oficiales del juzgador, esto es de aquél que decretó el embargo, y no por el actor que pidió la traba de los bienes:

evicción de un acreedor pignoraticio que había impetrado al emperador el apoderamiento de la cosas pignorada: «*Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, [...]*». C. 8.33 (*De iure domini impetrando*) recoge tres constituciones que regulan esta posibilidad, de los emperadores Alejandro Severo (229), Gordiano (238) y Justiniano (530).

³ D'ORS, A., *DPR*, par. 414. Refiere KASER, *RPR*, par. 111, II, 2, a la época de los Severos esta consideración del *ius vendendi* como contenido del contrato (*Vertragsinhalt*) sin necesidad de pacto expreso, citando en la n. 10 bibliografía y fuentes.

⁴ Así en los textos jurisprudenciales: *Ulp. 11 ad ed.* D. 4.4.9pr., «*Si ex causa iudicati pignora minoris capta sint et distracta, [...]*». *Ulp. 25 ad ed.* D. 21.2.50: «*Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, [...]* Herm. 2 *iuris epit.* D. 21.2.74.1: «*Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur [...]*». *Ulp. 2 de off. cons.* D. 25.3.5.10: «*[...] pignoribus captis et distractis cogetur sententiae satisfacere*». *Ulp. 35 ad ed.* D. 27.9.3.1: «*Pignori tamen capi [...] et distrahi fundus pupillaris potest [...]*», *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.2: «*In venditione itaque pignorum captorum [...]* 5, *Quod si res [...] quae pignori capta est, videndum est, an sic distrahi possit, [...]* 7, *Sed si emptor, cui pignora sunt addicta exsequente iudice, [...] 10 [...] an vero vendent nomen, ut pignora corporalia solent? [...] Call. 2 cogn.* D. 42.1.31: «*[...] pignora capi eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur [...]*», *Ulp. 7 disp.* D. 42.1.58, «*Si, [...] capta sunt et distracta pignora, [...] PS 5.5A.4, «Eorum, qui debito confessi sunt, pignora capi et distrahi possunt*». En constituciones imperiales: C. 4.15.2 (*Ant.* 205), «*[...] pignoris loco capi et distrahi [...]*». C. 7.53.1 (*Sev. Ant.* 206), «*Nimis prope iudex pignora Marcellae capi ac distrahi iussit ante rem iudicatam*». C. 7.53.2 (*Ant.* sin fecha), «*[...] pignoribus captis ac distractis [...]*». C. 5.71.1pr. (*Ant.* 212), «*Venditio quidem praedii, quod iure pignoris vel in causa iudicati captum et distractum est, [...]*». C. 8.22.1 (*Ant.* 213), «*Res ob causam iudicati [...] pignoris iure teneri ac distrahi posse [...]*». C. 8.22.2pr. (*Alex.* 223), «*Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur [...] venundari solet, [...]*». C. 8.22.3 (*Gord.* 239), «*In causa iudicati pignora [...] capta potius distrahi [...]*». C. 2.28.1 (*Diocl. Maxim.* 290), «*[...] si igitur pignori captis praediis ac distractis [...] ex huiusmodi venditione [...]*». C. 7.53.9 (*Diocl. Maxim.* 294), «*[...] cum latae sententiae pignoribus etiam captis ac distractis [...]*». *Ed. Theod.* 131, «*Qui de debito in iudicio convicti vel condemnati fuerint, [...] capi eorum pignora debent et distrahi [...]*». Respecto a los débitos fiscales: C. Th. 11.9.1 (*Const.* 323).

«*Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit venundari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit*».

El empleo de la palabra *solet* parece indicarnos que la venta era el recurso ordinario para conseguir la satisfacción del actor ejecutante, pero que no se excluía alguna otra posibilidad. Quizás se refiera a la eventualidad de un acuerdo convencional entre ejecutante y ejecutado que llevase a la transmisión de la propiedad del bien a este último, como una dación en pago *in extremis*, o, más probablemente, a la posibilidad, que analizaremos en este capítulo, de que el ejecutante se adjudicase el objeto embargado, cuando no se encontrase comprador, sin olvidar que en las deudas fiscales parece haber sido posible una adjudicación directa al erario público⁵. Lo mismo puede pensarse con la lectura del rescripto de Gordiano, del año 239, colocado por los compiladores a continuación del anterior, C. 8.22.3, cuando apunta que era costumbre (*consuerunt*) que las prendas tomadas por autoridad del presidente como consecuencia de la sentencia se vendiesen preferiblemente y no se poseyeran por el ejecutante a título de dueño:

«*In causa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi quam iure dominii possideri consuerunt [...]*».

Esta venta se producía mediante subasta, como se deduce de los textos. Dos rescriptos del periodo Severiano, ambos relativos a la adquisición por el ejecutante de la cosa embargada, cuando no se encontrase comprador idóneo, aluden incidentalmente a la *licitatio* y a las *res subhastatas*⁶. El primero, C. 7.53.3, de Caracalla, del año 214 dirigido a Agrippa, establecía lo que llamaba «un remedio más eficaz», cuando existía retraso en el pago, y aconsejaba al consultante dirigirse al presidente de la provincia, que debía ejecutar la cosa juzgada y alegar que, por connivencia o maquinación del ejecutado, no se encontraba comprador para los inmuebles, que fueron dados en prenda y hacía largo tiempo fueron sacados a subasta (*diu subhastatas*). El presidente pondría al solicitante en posesión de las cosas, para que mediante esta solución, se llevase a efecto el asunto tanto tiempo retardado.

«*Ordo rei gestae et mora solutionis, quae intercessit, constantius desiderat remedium. si itaque praesidem provinciae, qui rem iudicatam exsequi debet, adieris et adlegaveris res soli, quae pignori datae sunt, diu subhastatas ex compacto sive ambitione diversae partis emptorem non invenire, in*

⁵ Según C. 10.19.2.2 (*Const.* 230).

⁶ El mismo rescripto C. 8.22.1 habla de *licitatio*. Sobre subasta en Roma *vid.* TALAMANCA, M., s.v., «Auctio», en *NNDI*, y «La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano», en *Studi De Francisci* 2, Napoli, Giuffrè, pp. 239-272; ANKUM, H., «Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit roman classique», en *Studi in onore Gaetano Scherillo*, Milano, 1972, pp. 377 y ss. *Vid.* LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales*, Comares, 2000.

possessionem earum te mittet, ut vel hoc remedio res tam diu tracta ad effectum perducatur».

El segundo es el referido rescripto de Alejandro Severo, del año 223, C. 8.22.2, cuando dispone, en su par. 1, que el ejecutante debe «comprar» a los oficiales, en lugar de cualquier otro, en caso de que no hubiese comprador o que, habiendo sido admitido a la subasta (*licitatio*) no hubiese ofrecido un precio conveniente:

«Et si alio emptore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente is cui iudicatus satis non fecit ad licitationem secundum constituta fuerit admissus, cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet».

No hay indicio en las fuentes de que se pudiese emplear otra fórmula distinta de la subasta, para vender los objetos o derechos reales embargados⁷, como podía ser la aceptación de un comprador propuesto directamente por el ejecutante o el deudor, o por ambos de acuerdo, aunque algunos autores han sostenido la discrecionalidad del *magister bonorum* para la realización de los bienes en la ejecución clásica formularia⁸. Pese al carácter administrativo del procedimiento cognitorio, no hay que descartar que se pudiera admitir por el órgano judicial el acuerdo entre el ejecutante y el ejecutado para vender a un tercero y, así, poner fin a la ejecución. Tan sólo *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.5, establece, como ya hemos visto, que, en caso de haber sido embargada una cosa que ya estaba pignorada, si se hallaba un comprador que, pagando al primer acreedor, estuviese dispuesto a pagar lo restante, se admitiría también le enajenación de esta prenda, pues no se perjudicaba al acreedor (pignoraticio anterior) que recibirá lo suyo y no perdería su derecho de prenda antes de que se le hubiera satisfecho⁹.

El procedimiento de la licitación es el que ha pasado al actual Derecho procesal español, aunque las habituales corrupciones del desarrollo de la subasta han llevado al legislador a intentar, sin mucho éxito en la práctica, sustituirlo por un convenio entre el ejecutante y el ejecutado¹⁰. Tampoco

⁷ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 281.

⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho romano clásico*, Madrid, 2000, p. 265, refiere las posiciones doctrinales, en este punto, de Accarias, Solazzi y Talamanca.

⁹ D. 42.1.15.5: «[...] tamen in iudicati executione servatur, ut, si emptorem invenerit res quae capta est, qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, admittenda sit huius quoque rei distractio. nec videtur deterior condicio creditoris fieri suum consecuturi nec prius ius pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum».

¹⁰ La vigente LEC pretende poner orden en una materia bastante confusa. La forma natural de realización de los bienes ha sido históricamente la subasta, y lo sigue siendo en la práctica forense. Sin embargo, el legislador de 2000, consciente de los problemas prácticos que surgen de la picaresca (mafias de «subasteros», escaso interés del acreedor en que el bien se venda por su valor real, una vez cubierto el montante de la deuda reclamada con los gastos correspondientes, etc.), ha regulado las formas de realización en el art. 636 estableciendo, como norma general,

parece que esta realización mediante subasta revistiera en Derecho romano especiales particularidades¹¹, ni podemos precisar si se realizaba siempre mediante licitaciones orales, dirigidas por un pregonero, como era tradicional en la ejecución formularia¹².

Sin duda, se realizaría algún tipo de publicidad para anunciar la subasta y atraer a los posibles compradores, pero tampoco conocemos cómo se hacía¹³. Para la *impetratio dominii* en la prenda convencional, es decir, la posibilidad de que el acreedor se adjudicase la cosa, si no se hallaba comprador, abolió Justiniano, en C. 8.33.3pr. (del año 530), «vetustísima» práctica de poner carteles públicos de anuncio, práctica que, según dice, había caído en desuso¹⁴. Subraya FLEISCHMANN que este anuncio, al estar íntimamente relacionado con la enajenación, se realizaría siempre después de haber transcurrido el plazo concedido al ejecutado para pagar y no durante el transcurso del mismo¹⁵. Además, añade que la posibilidad de que el deudor cancelase su deuda, durante el plazo concedido, se vería dañada si la subasta de sus bienes estuviera ya anunciada.

A diferencia de lo que sucede actualmente, en que se suele exigir a los postores un depósito previo de dinero en garantía para ser admitidos a la

el «convenio de realización» entre ejecutante y ejecutado como forma de realización de los bienes. Subsidiariamente, para la falta de acuerdo entre las partes, prevé la LEC la venta «a través de persona o entidad especializada» y sólo como último recurso se prevé la venta en pública subasta. A pesar de las buenas intenciones de la Ley, este cambio en las formas de realización de los bienes embargados se ha mostrado ineficaz en la aplicación práctica de la norma. Esto es así, no sólo porque la tradición forense pesa más que las buenas intenciones del legislador, sino porque la propia norma, pese a su enunciado general, aboca al intérprete a la aplicación directa de la subasta. El convenio de realización requiere, como es natural, del consenso entre ejecutante y ejecutado, pero la venta a través de persona o entidad especializada, que pudiera ser una solución para los defectos de la subasta, queda también, incomprensiblemente, a petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante y cuando las características del bien embargado así lo aconsejen. Es decir, que a la postre, toda la regulación de la Ley conduce a la venta en pública subasta y generalmente por precio vil de los bienes embargados.

¹¹ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 281.

¹² Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum venditio...*, *op. cit.*, pp. 265-266.

¹³ VON DER FECHT, W. R., *op. cit.*, p. 67, afirma que, a través de la publicidad de la venta pública, se podía conseguir garantizar mejor la satisfacción efectiva del acreedor y también en interés del deudor un precio justo para la cosa pignorada: «Durch die Publizität der öffentlichen Versteigerung konnte am besten gewährleistet werden, dass zur effektiven Befriedigung des Gläubigers und auch im Interesse des Schuldners ein markgerechter Preis für die Pfandsache erreicht würde». Pero no da indicaciones sobre cómo se realizaría esta publicidad.

¹⁴ «Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. igitur in pignoribus, quae iure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus luitionis antiquus introducti sunt, pignus autem publice proscriptum neque vidimus neque nisi tantummodo ex librorum recitatione audivimus».

¹⁵ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 81: «Wann darf die öffentlich Ankündigung erlassen werden? Nach Ablauf der Wartefrist oder während derselben? Ich halte dafür, dass die Ankündigung ein eng mit der Versteigerung zusammenhängender Akt ist, und dass deshalb, so lange diese ausgeschlossen ist, auch jene zu ihrer Einleitung dienende Handlung noch nicht vorgenommen werden darf».

licitación¹⁶, no parece que en Roma se exigiera ningún requisito de este tipo a los posibles oferentes, y, por tanto, las subastas estarían abiertas a cualquiera. Naturalmente, no podía pujar y adquirir la cosa el propio embargado, pues como dice *Pap. 3 resp. D. 13.7.40pr.*, refiriéndose al *pignus* convencional, era nula la compra de la cosa propia y, si la comprara por menos precio y reclamase la devolución de la prenda o reivindicase el dominio, no estaría el acreedor obligado a restituirle la posesión, si no le hubiera ofrecido el pago de la deuda por entero:

«Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit: nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur».

Tampoco podrían concurrir a las subastas, ni por sí ni por personas interpuestas, los propios funcionarios encargados de la ejecución. Se trata de una lógica incompatibilidad que nos refiere, en términos generales, *Marcian. lib. sing. de delat. D. 18.1.46*, basándose en una constitución de Severo y Caracalla, que señala que también era aplicable al *Procurator Caesaris* y que los infractores no solo perdían la cosa, sino que además serían demandados por el cuádruplo:

«Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini: et hoc ad procuratorem quoque caesaris pertinet [...]»¹⁷.

Por lo que respecta al acreedor ejecutante, sólo podía concurrir, para adjudicarse la cosa, cuando no se encontrase comprador, o el que apareciese no ofreciese un *pretium dignum*, según un rescripto de Alejandro Severo, recogido en C. 8.22.2.1.

La cosa subastada se vendía al mejor postor y, con lo obtenido, se pagaba al acreedor ejecutante; si sobraba algo se entregaba al ejecutado según describe el rescripto de Antonino Pío transcrito por Calístrato en D. 42.1.31, al que ya nos hemos referido (*«[...] si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant»*). A nuestro entender, no suministran las fuentes elementos para pensar que la subasta de la misma cosa se pudiera repetir en determinadas circunstancias, como suponen FLEISCHMANN¹⁸, LI-

¹⁶ El art. 647.3 de la LEC exige presentar el resguardo de que se ha depositado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones o de que han prestado aval bancario por el importe del 20 por 100 del valor de los bienes.

¹⁷ La frase final que lo permite, como excepción, a aquellos a quienes se les haya concedido de manera especial (*«[...] sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est»*) puede ser una interpolación.

¹⁸ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 84: *«Der Exekutor [...] kann er, wenn das Ergebnis der ersten Versteigerung nicht befriedigt, nach seinem billigen Befinden wiederholte Subhastionstermine ansetzen».*

TEWSKI¹⁹ y VON DER FECHT²⁰. Los tres autores se apoyan en el mismo argumento: las palabras «[...] *res soli [...] diu subastatas [...]*», que aparecen en el rescripto de Caracalla del año 214 recogido en C. 7.53.3 (*Ant.* 214), pero es preciso subrayar que el adverbio *diu* significa «largo tiempo» o «desde hace mucho» y no nos parece que abone la interpretación de estos autores, pues no expresa una reiteración en el tiempo. Lo que podía suceder es que, si la venta del bien embargado no alcanzaba a satisfacer al acreedor, se pasase a embargar los bienes del orden siguiente, como se establece en D. 42.1.15.2. Si después de haberse vendido todos los bienes embargables de los sucesivos órdenes, no se alcanzaba a cubrir íntegramente el valor de la condena, continuaba el ejecutado siendo deudor por el resto, del mismo modo que ocurría en el *pignus* convencional, según *Paul 3 quaest.* D. 20.5.9.1, que refiere cómo ya Pomponio consideraba *supervacuum* pactar, como solía hacerse, que si la prenda se hubiese vendido por menos debería el deudor abonar el resto, porque esto era así *ipso iure*, aunque no se pactase:

*«Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit: quod in pignori-
bus dandis adici solet, ut, quo minus pignus venisset, reliquum debitor redde-
ret, supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo.»*

Sin embargo, como después veremos, en D. 42.1.15.3²¹ nos informa Ulpiano de que, según un rescripto de Caracalla, cuando el acreedor se adjudicaba la cosa embargada por no encontrarse comprador, debía contentarse con la cosa y no reclamar más, porque era como si hubiese transigido sobre su crédito.

Produce cierta perplejidad *Gai. 24 ad ed. provinc.* D. 42.5.16 según el cual, cuando se vendían los bienes del deudor, a efectos de su compra por un extraño o por el acreedor o un cognado, tenía preferencia en primer lugar el acreedor sobre el cognado, y, entre varios acreedores, el que lo fuera por una cantidad mayor.

*«Cum bona veneunt debitoris, in comparatione extranei et eius, qui cre-
ditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve, magis tamen credi-
tor quam cognatus, et inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur.»*

¹⁹ LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 282: «*Unter Umständen kam eine nochmalige Versteigerung derselben Sache in Betracht*». En la n. 331 apoya esta afirmación en las palabras «[...] *res soli [...] diu subastatas [...]*».

²⁰ VON DER FECHT, W. R., *op. cit.*, pp. 67-68, también basándose en el adverbio *diu*.

²¹ *Ulp. 3 de off. cons.* D. 42.1.15.3: «*Si pignora, quae capta sunt, emptorem non invenient, rescriptum est ab imperatore nostro et divo patre eius, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est, addicantur autem utique ea quantitate quae debetur: nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere isque esse contentus, rescriptum est non posse eum quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transigisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere et superfluum petere*».

El texto fue colocado por los compiladores en el título 42.5 (*De rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*) que parece hacer referencia al *pignus praetorium*²², es decir, a la venta de bienes en la ejecución de sentencias recaídas en el proceso *per formulas*. Indudablemente, la referencia a la concurrencia de varios acreedores indica una ejecución concursal, que no existía en el *pignus in causa iudicati captum*. No sabemos si en tiempos de Gayo se practica aún el procedimiento formulario, aunque parece muy poco probable, o si el rescripto de Antonino Pío, que introdujo la prenda judicial, permitía algún tipo de ejecución concursal. En todo caso, fue con Severo y Caracalla, D. 42.1.15.3, cuando se determinó que la adquisición por el acreedor del objeto embargado, sólo se produciría si no se encontraba en la subasta comprador que ofreciese un precio digno. El enigma es por qué conservaron los compiladores justinianos este texto gayano.

La adjudicación en propiedad al rematante de la cosa subastada o de la titularidad del derecho real, en su caso, era considerada como una *addictio* en D. 42.1.15.6 (al comienzo, *Si post addictum pignus [...] y al final, [...] res fuerit addicta*) y 7 (*Sed si emptor, cui pignora sunt addicta [...] ut ipsam rem addictam capiant, [...]»*). Una vez más, vemos como los jurisconsultos aplican al procedimiento cognitorio la vieja terminología formularia. *Addicere* era junto a *dare* y *dicere* los verbos que sintetizaban la actividad del pretor. La *addictio* era la atribución constitutiva de propiedad, a favor de un particular, que realizaba el magistrado como acto de *imperium* en ciertos casos²³, pero observemos que esta actividad procesal se producía en la fase *in iure*, es decir, cuando no llegaba a producirse la sentencia, mientras que en el caso del *pignus in causa iudicati captum* se habla, evidentemente por analogía, de *addictio* para una atribución mediante venta que se realizaba en ejecución de sentencia y que no era llevada a cabo por el pretor sino por el funcionario imperial.

B. ¿Debía ser justo el precio de venta de las cosas tomadas en prenda?

Actualmente se establece, en las subastas de bienes embargados, un precio mínimo de salida, por debajo del cual no se admiten licitaciones, para evitar que la venta se realice por un precio muy inferior al valor del

²² FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 82-83: «[...] dieser behandelt an der fraglichen Stelle offenbar das *pignus praetorium*, und die hier an sich schon sehr bedenkliche analoge Übertagung scheidet an dem später von Septimius Severus und Caracalla für das *pignus* judiciaire ausdrücklich aufgestellten, den Gläubiger besonders einschränken Prinzipie, dass ihm die Pfänder nur dann zugeschlagen werden dürfen, wenn sich gar kein anderer Käufer für sie findet».

²³ Como en la *in iure cessio*, en las subastas públicas, las *adsignationes* de tierras públicas a particulares, las distribuciones del botín de guerra, o las *adiudicationes* decididas por el árbitro en los *iudicia divisoria*.

bien²⁴. Este precio se fija en función del valor de la cosa, pero el avalúo puede ser de difícil fijación, en muchos casos. No tenemos datos sobre si, en la realización de los *pignora in causa iudicati capta*, se establecía una valoración previa²⁵, y menos si se exigía que las ofertas de los postores superasen este límite. Sin embargo, los textos que establecen la responsabilidad de los *apparitores* por vender a bajo precio²⁶, o la posibilidad de que, no hallándose comprador que ofreciese un precio digno, se adjudicase al ejecutante²⁷, sin que se pudiese reclamar el resto de la deuda²⁸, o que, al venderse, en ejecución de sentencia, una cosa previamente pignorada, debería ser el precio superior a la deuda garantizada por la prenda anterior²⁹ nos están indicando que, en algún momento del proceso ejecutivo, se debería realizar una determinación del valor en mercado de los objetos embargados, y que el precio fijado para la venta debía aproximarse al valor real³⁰. Entiende LITEWSKI, apoyándose en *Ulp. 25 ad ed. D. 21.2.50* que el precio era establecido por los *apparitores praetoris*³¹, pero lo que establece este fragmento es, precisamente, la responsabilidad de los *apparitores* que malbaratasen las cosas embargadas y no parece que les autorice a ser ellos quienes fijasen el precio, sino que se refiere más bien al acto de vender. El texto dice «[...] *sed si dolo rem viliori pretio proiecerunt [...]*»³². Aunque no se deba rechazar la posibilidad de que esta venta por precio vil, a la que alude el fragmento, se apoyase en una tasación fraudulenta realizada por los *apparitores*, nos parece que el texto no suministra base para una afirmación tan rotunda como la que hace LITEWSKI. También nos parece una pura hipótesis, por lo demás razonable, pero no explicitada en las fuentes,

²⁴ LEC Artículo 670. «Aprobación del remate. Pago. Adjudicación de los bienes al acreedor. 1. Si la mejor postura fuera igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, el tribunal, mediante auto, el mismo día o el día siguiente, aprobará el remate en favor del mejor postor. En el plazo de veinte días, el rematante habrá de consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate. 2. Si fuera el ejecutante quien hiciese la mejor postura igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, aprobado el remate, se procederá por el Secretario Judicial a la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas y, notificada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere».

²⁵ VON DER FECHT, W. R., *op. cit.*, p. 67, siguiendo a FLEISCHMANN, cree que no era fijado un precio mínimo: «*Die Mindestsumme wurde zwar nicht taxmässig vorher festgesetzt*».

²⁶ *Ulp. 25 ad ed. D. 21.2.50*.

²⁷ C. 8.22.2.1 (Alex. 223).

²⁸ *Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15.3*.

²⁹ *Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15.5*.

³⁰ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 281: «*Der Preis musste dem Wert des verkauften Gegenstanden etwa entsprechen*, y más adelante añade, *Die Festsetzung eines genau dem Wert der Sache entsprechende Preis fällt in der Praxis oft schwer. Zweifellos genügte es, wenn beide sich annähernd deckte*».

³¹ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 282: «*Den Preis setzte das den Verkauf vollziehende Exekutionsorgan fest. Das wird für die apparitores praetoris in D. 21.2.50 festgestellt*».

³² El verbo *proicio* (o *proiicio*), tiene un campo semántico muy amplio; entre sus significados están el de «arrojar» o «tirar hacia abajo», o sea, como se dice, actualmente, en lenguaje coloquial, cuando algo se vende por muy bajo precio, que «está tirado». GARCÍA DEL CORRAL lo traduce por «malbaratar», la trad. de Aranzadi por «malvender».

la afirmación que hace este autor sobre la posibilidad de que el órgano de ejecución recabase el dictamen de expertos, que no sería vinculante³³.

La finalidad de la venta de los bienes embargados era la de obtener una suma de dinero con la que satisfacer el crédito del ejecutante derivado de la sentencia. Por tanto, se debía buscar siempre que el precio obtenido en la subasta fuera proporcionado al valor del objeto enajenado. Si era notoriamente inferior, podría frustrarse la pretensión del ejecutante al no llegar a cobrar el importe de la condena, pero también la del ejecutado, pues, en caso de malbaratarse los bienes pignorados de una clase, y obtenerse un precio insuficiente, habría que pasar a tomar en prenda los de la siguiente, si los había, lo que, sin duda, le ocasionaría un mayor perjuicio patrimonial. En todo caso la venta por precio vil de cualquier bien embargado, disminuiría, además, las expectativas del ejecutado de obtener un *superfluum*, al que tenía derecho.

La idea del *pretium iustum* en la compraventa se fue desarrollando paulatinamente en Derecho romano y aparece claramente admitida en la Compilación justiniana, considerándose su desarrollo en esta última como un reflejo de las ideas del cristianismo. En la apreciación de esta exigencia contendieron dos principios básicos del pensamiento jurídico de Roma: de una parte la *libertas*, que dejaba la fijación del precio a la voluntad de los contratantes; de otra la *iustitia*, que rechazaba un desequilibrio excesivo entre el valor de la cosa y el precio convenido. Es fácil pensar, como hace la doctrina más comúnmente admitida, que en Derecho clásico primase la libertad contractual, que admitía un precio injusto, siempre que hubiese sido aceptado por la voluntad de los contratantes³⁴, aunque no hayan faltado

³³ LITEWSKI, *op. cit.*, p. 282: «Eventuell konnte das Exekutionsorgan Gutachten entsprechender Fachleute einholen. Es war jedoch an sie nicht gebunden».

³⁴ KASER, M., *RPR*, I, par. 130, IV, 2: «Die Höhe des Preisses war freiem Wettbewerb überlassen. Paul. 34 ad ed.». D. 19.2.22.3: «*Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. Ulp. 11 ad ed.*». D. 4.4.16.4: «*Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire [...]*»; para los arrendamientos *Herm. 2 iuris epit.* D. 19.2.23: «*Et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest*». MAYER-MALI, T., «Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht», en *Iura* 6 (1955) (*Note e discussioni*), pp. 138, subraya el origen aristotélico y estoico de la doctrina del *iustum pretium*, que en Derecho clásico sólo aparece ocasionalmente («[...] nur gelegentlich durchscheinend»). TRIANTAPHYLLOPOULOS, J., en *Synteleia Arangio-Ruiz*, II, *Varia Graeco-Romana*, 2. *Vente romaine classique et «corpus Hippocraticum»*, pp. 903-904, plantea un curioso paralelismo entre *Ulp. (Pomp.) 11 ad ed.* D. 44.16.4 y *Paul 34 ad ed.* D. 19.2.22.3, y un pasaje del Pseudo-Hipócrates «*Peri diaites*» 1.24, datado hacia el siglo IV a.C. donde también se habla de la libre concurrencia de las voluntades para la fijación de los precios en el mercado: «[...] La question reste ouverte, si Pomponius, Ulpian ou Paulus avaient connaissance du “Peri diaites” del “corpus Hippocraticum”». VISKY, K., «Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Quellen des III Jahrhunderts», en *RIDA* 16 (1969), p. 358, sostiene, tajantemente, que para el Derecho clásico la libertad de fijación del precio era absoluta: «*Dieser abgemachte Preis war gültig, unabhängig davon, was der Wert der verkauften Ware zur Zeit Vertragsabschlusses war*».

voces que mantengan lo contrario³⁵. La necesidad del precio justo sería una consecuencia del «vulgarismo» posclásico³⁶, con su tendencia «moralizante» de impedir que los poderosos abusaran de los más débiles, y también del «naturalismo» que atendía preferentemente a los aspectos económicos (la *natura negotii*) por encima del rigor técnico de las categorías jurídicas³⁷, lo que supondría que, siendo el precio la contraprestación por la entrega de la cosa, debería haber un equilibrio entre la cantidad convenida y el valor del objeto.

Sin embargo la idea del «justo precio» la encontramos ya en textos imperiales de la época clásica tardía, si bien no como una exigencia general, sino referida a supuestos concretos³⁸. Así un rescripto de Alejandro Severo, del 223 (C. 8.22.2.1), establece la adquisición del objeto embargado por el ejecutante cuando no se encontrase comprador o el postor no ofreciese un precio «digno» («[...] *vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente [...]*»). Otro rescripto, éste de Filipo el Árabe, del 244 recogido en C. 8.40.18, responde al consultante que si el acreedor pignoraticio vendió un fundo «obligado», es decir pignorado, por un precio «no justo», no podía exigir al fiador que le pagase a él la cantidad restante que no hubiese podido obtener con el precio:

«Si, ut proponis, fundum ob debitum obligatum non iusto pretio vendidisti, residuam quantitatem, quam ex pretio eiusdem servare potuisses, refundi tibi a fideiussore non iure poscis».

Se trataba, según parece, de una deuda protegida por una doble garantía, real y personal. Por una parte el acreedor había recibido un fundo en prenda, o, probablemente, en hipoteca, y, ante el incumplimiento del deudor había ejercitado su *ius vendendi*, procediendo a la venta del bien pignorado, pero lo había hecho por un precio inferior a su valor, con lo que no había

³⁵ Así, VON LÜBTOW, «De iustitia et iure», en *ZS* 66 (1948), p. 500, escribe, refiriéndose a D. 19.2.22.3 y D. 4.4.16.4, que se leen con un sentimiento de extrañeza e incomodidad, pues dañan el principio clásico de buena fe y, más adelante añade que los contratantes no deben actuar con el fraude y el engaño: «*Wir können diese Worte in der Tat nur mit einem Gefühl des Befremden und Unbehagens lesen [...] Wohl aber darf man den Vertragspartner nicht durch Trug und Hinterlist überspielen [...]*».

³⁶ D'ORS, *DPR*, par. 490, señala que la determinación del precio se dejaba a la libre voluntad de las partes y que fue Justiniano quien introdujo la facultad de rescindir la venta por injusticia del precio en más de la mitad (*laesio enormis*) interpretada por los comentaristas y legisladores medievales como una exigencia de la moral contractual y, en consecuencia, extendida a la venta de muebles y aún a favor del comprador, cuando se consideraba lesionado por haber pagado por encima de una mitad más del verdadero valor de la cosa.

³⁷ Sobre características del «vulgarismo», D'ORS, *DPR*, par. 57; en la n. 57 cita bibliografía sobre este discutido concepto (LEVY, WIEACKER, KASER, GARCÍA GARRIDO)

³⁸ ALBERTARIO, E., *Iustum pretium e iusta aestimatio*, en *BIDR* 31 (1931), p. 1, comienza un minucioso estudio sobre estas expresiones afirmando: «[...] *Dopo averle considerate, son giunto alla conclusione che il concetto del iustum pretium e la terminologia iustum pretium, iusta aestimatio non appartengono ai giuristi romani*».

podido cobrar íntegro su crédito. Entonces, como quiera que la deuda estaba, además, avalada por un *fideiussor*, pretendía reclamar a éste la porción insatisfecha de su crédito, lo que el emperador deniega. Es cierto que se admitía la venta por un precio injusto³⁹, pero el acreedor pignoraticio debía cargar con las consecuencias de haber malbaratado la cosa y no podía ya exigir la diferencia al fiador. En el texto subyace la idea de que se debió vender por un precio justo.

Según un amplio sector de la doctrina, fue Justiniano quien introdujo la posibilidad de rescisión en la venta de inmuebles, cuando el vendedor hubiese demostrado haber recibido un precio inferior a la mitad del valor efectivo de la cosa, salvo que el comprador hubiese preferido pagar la diferencia entre el precio justo y lo que había pagado. Se piensa que la Cancillería justiniana interpoló dos rescriptos de Diocleciano y Maximiano, y una constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio⁴⁰, y dando lugar a la doctrina de la *laesio enormis*⁴¹, o *ultra dimidium*, ampliamente desarrollada, como una exigencia de la moral cristiana, por los comentaristas del Derecho intermedio, cuyos ecos permanecen aún en nuestros días, p. ej., en el Código Civil español⁴², en el italiano⁴³, y, de manera muy pa-

³⁹ D'ORS, *DPR*, par. 490, señala a propósito de este rescripto que «todavía en 244 D. C. el justo precio es irrelevante», pero, como leemos en el rescripto, no del todo, porque si hubiese vendido por su justo precio y éste fuese inferior al montante de la deuda garantizada, sí que habría podido exigir la diferencia al fiador, como parece que se podría deducir *contrario sensu*.

⁴⁰ VOLTERRA, E., *Istituzioni*, p. 501; D'ORS, *DPR*, par. 490. KASER, *RPR* II, par. 264, III, 2, mantiene una opinión menos tajante porque presenta la introducción de la rescisión por lesión en más de la mitad del precio (*laesio enormis*) como una innovación de Diocleciano, al menos para casos concretos y la pone en relación con el Edicto de Precios, como reacción derivado del periodo revolucionario del siglo III, aunque en la nota 33 acepta que es «creíble» (*glaubthaft*) que los textos C. 4.44.2 y 8, estén interpolados. En esta nota, y las siguientes, informa sobre diversos autores que avalan su posición.

⁴¹ *Vid.* GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, F., «*Laesio enormis*» (Revisión de Conjunto con una nota sobre la legislación histórica española), en *Estudios Jurídicos*, Universidad de Sevilla, 1978, pp. 373-407. GARCÍA SÁNCHEZ, J., «*La laesio enormis* y el precio de la subasta», en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia, 1997, pp. 75-97; «*La laesio enormis*: del rescripto de Diocleciano (4.44.2) al Código de Comercio hispano de 1829, pasando por Hevia Bolaño», en *RIDA* 48 (2001), pp. 91-130, «Naturaliter circumvenire de pretio»; «La doctrina salmantina del siglo XVIII», en *El Derecho Comercial de Roma al Derecho Moderno*, Univ. de las Palmas de Cran Canaria, 2007.

⁴² Código Civil, art. 1291. «Son rescindibles: 1.º Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos. 2.º Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior. [...] Art. 1293: Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del art. 1291». Pero también está próxima a la rescisión por lesión la facultad resolutoria de los negocios lesivos establecida en el art. 1111.

⁴³ El Código Civil italiano, de 16 de marzo de 1942, en su art. 1448, dispone: «*Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipessa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può dommandare la rescissione del contratto. L'azione non è ammissibile se la lesione*

tente, en el Derecho civil especial de algunas regiones españolas como Cataluña⁴⁴ o Navarra⁴⁵.

En el primero de los rescriptos dioclecianos, que podría haber sido alterado⁴⁶, C. 4.44.2, del año 285, dirigido a Aurelio Lupo, se decide que, si el consultante o su padre hubieran vendido por menor precio una cosa de precio mayor, «es humano» que, una de dos, o se restituya el precio pagado a los compradores, recobrando el fundo vendido por medio de la autoridad del juez, o bien que, si el comprador lo prefiere, pague voluntariamente la diferencia con el precio justo. Concluye afirmando que se considera que el precio es menor cuando no se hubiese pagado ni la mitad del verdadero precio:

«Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit».

El análisis puramente formal del texto arroja algún indicio de alteración, como puede ser el que comience hablando de «la cosa» (*res*), en general,

non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto [...]».

⁴⁴ La Compilación de Derecho civil de Cataluña, promulgada por Ley de 21 de julio de 1960, y modificada, como Texto Refundido, por Decreto Legislativo de 19 de julio de 1984, dispone en su art. 321: «Los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a los bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez.- No procederá esta acción en las compras o enajenaciones hechas mediante pública subasta, ni en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido o por el deseo de liberalidad de enajenante. [...]».

⁴⁵ El Fuero Nuevo de Navarra, Ley de 1 de marzo de 1973, establece en su Ley 499: «Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo.- Se entenderá por lesión enorme el perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, estimado al tiempo del contrato. Si el perjuicio excediere de los dos tercios de aquel valor, la lesión se entenderá enormísima».

⁴⁶ *Vid.* VISKY, K., «Appunti sulla origine dell'lesione enorme», en *Iura* 12 (1961), pp. 40 y ss., defiende que C. 4.44.2 y 4.44.8 son genuinos y sostiene el origen diocleciano de la rescisión por lesión enorme, poniendo de relieve la conexión lógica y cronológica entre la introducción de este instituto y la imposición de precios máximos operada por Diocleciano con famoso *Edictum de Pretiis*. En sentido contrario HORVAT, «Prekomjerno ostenceje (laesio enormis)», en «*Rad Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti* (Academia Yugoslava de las Artes y las Ciencias), vol. 322, Zagreb, 1961, pp. 233-264; en la «*Rassegna Bibliografica*» de *Iura* 13 (1962), p. 437, se resume que, para este autor, «[...] *E' fuori di dubbio che la risoluzione per lesione enorme in favore del venditore di immobili si stata interpolata dai compilatori giustinianei*». Apunta como causas que en el Bajo Imperio los pequeños propietarios de inmuebles eran obligados a vender por valores muy bajos, y también que en las provincias orientales la idea de la resolución del contrato no era tan extraña como en el Derecho romano. Finalmente concede una importancia decisiva a las ideas cristianas.

pero, inmediatamente, se refiera «al inmueble» vendido (*fundus*), o también la enunciación inicial de que la cosa hubiera sido vendida «por el consultante o por su padre» («[...] *si tu vel pater tuus [...] distraxit [...]*»). La apostilla final sobre el precio injusto, cuando fuera inferior a la mitad del valor real, bien puede ser una añadidura. Por lo demás, no sabemos qué podría decir el rescripto en su redacción originaria⁴⁷.

El otro rescripto de los Tetrarcas, C. 4.44.8, dirigido a Aurelia Euodia es ocho años posterior, del 293, y establece que, si, por voluntad de la solicitante, vendió su hijo un fundo y desea que la venta sea tenida por no válida, deberá probar el dolo, por las acechanzas e insidias del comprador, o demostrar el miedo a la muerte o a un inminente tormento corporal, para que se rescinda la venta. Añade que no es válida la alegación de haberse vendido el fundo por un precio algo menor.

«Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est [...]».

A continuación, el dictamen imperial inserta una argumentación «doctrinal» que, como es habitual en los textos de la Cancillería diocleciana, reafirma claramente el pensamiento de los juristas clásicos y trata a la consultante con cierto desabrimiento por desviarse de las categorías tradicionales. Le advierte que «si hubiese pensado» en la esencia del contrato de compraventa, donde el comprador desea comprar barato y el vendedor vender caro, llegando a contratar, y consintiendo con dificultad en cierto precio, después de muchas discusiones, reduciendo paulatinamente el vendedor su petición y aumentando el comprador su oferta, comprendería, concluye, que ni la buena fe, que ampara la convención de compraventa, ni la razón, permiten rescindir un contrato concluido por consenso, desde el primer momento, o tras la discusión sobre la cuantía del precio:

«[...] quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: [...]».

⁴⁷ SOLAZZI, S., realiza un cuidadoso examen crítico sobre la posible alteración de este rescripto en «L'origine storica della rescissione per lesione enorme», en *BIDR* 31 (1921), pp. 74 y ss.

Después de esta afirmación «clasicista», introduce la posibilidad de rescisión por lesión *ultra dimidium*, mediante una afirmación que se presenta como excepción a lo anterior: a no ser que se hubiera dado menos de la mitad del justo precio, considerado al tiempo de la venta, en cuyo caso se le debería reservar al comprador la elección ya concedida, es decir, la posibilidad de mantener la compra pagando la diferencia, como establece C. 4.44.2, que acabamos de examinar:

«[...] *nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda*».

También en este texto se puede sospechar la interpolación, porque la referencia a la rescisión por lesión *ultra dimidium* aparece introducida en una coletilla final, que pudiera ser una añadidura, aunque, al no conocer el texto original, tampoco resulta incontrovertible su alteración. Es interesante apuntar que en ambos rescriptos parece que el bien fue vendido por persona distinta del propietario, con su autorización, aunque en ambos casos con vínculos de filiación: en el primero pudo ser vendido por el padre, y en el segundo por el hijo.

La tercera constitución que se considera interpolada es una de Graciano, Valentiniano, y Teodosio, del año 383, de la que disponemos de una doble transmisión: la que aparece en el C. Th. 3.1.14 (Brev. 3.1.14), y la que insertaron los compiladores justinianos en C. 4.44.15.

En la versión del Código Teodosiano (3.1.14)⁴⁸ se dispone que cualquier mayor de edad (y reconocido como idóneo para administrar los asuntos de sus casas) que vendiera predios, aunque estuvieran situados lejos, en modo alguno consiga permiso, para la devolución en cuanto al resto, bajo pretexto de que el precio fue menor (aunque quizá no se hubiese hecho la venta del predio entero en cualquier caso) y no hay que detenerse en cosas baladíes, para disculparse a sí mismo por haber desconocido el valor de los inmuebles, quien debía saber los valores, las ventajas y las rentas de las cosas familiares.

«*Quisquis maior aetate (atque administrandis familiarum suarum curis idoneus comprobatus) praedia, etiam procul posita, distraxerit (etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est), repetitionis in reliquum, pretii nomine vilioris, copiam minime consequatur. neque inanibus immorari sinatur obiectis, ut vires sibimet locorum causetur incognitas, qui familiaris rei scire vires vel merita atque emolumenta debuerit*».

La *interpretatio*, que acompaña a esta constitución en el Breviario, sintetiza su contenido y explica que, si cualquier persona habiendo cumplido la edad para poder regir su casa, hubiera vendido una granja, una casa o

⁴⁸ Encerramos entre paréntesis las frases que faltan en la versión justiniana.

cualquier otra cosa, habiéndose precisado el precio, y quizá después quisiera oponer que había recibido menos precio, que la cosa valía, porque tal vez diga que desconocía el campo que vendió, por estar situado lejos, no podría revocar por esto la venta, puesto que el mayor de edad pudo saber qué cosa vendió o qué precio podía valer la cosa que iba a vender.

«Quaecumque persona iam perfecta aetate domum suam regere potest, si villam, domum vel quodlibet aliud, habita pretii definitione, vendiderit, et forsitan postea opponere velit, quod minus pretii acceperit, quam res valebat, quia forte agrum, quem vendidit, longe positus ignorasse se dicat, non ideo venditio poterit revocari: quia aetas perfecta potuit scire, quid venderet, aut quo pretio res vendenda valere potuisset».

En la versión del Código de Justiniano (4.44.15) desaparecen algunas frases, y alguna otra aparece redactada de forma diferente, pero lo más importante es que la imposibilidad de rescindir la venta por ser bajo el precio, que veíamos en el Teodosiano, se refiere aquí a cuando fuera éste «un poco menor» («[...] paulo vilioris pretii [...]») y, por tanto, la introducción de la palabra *paulo* está abriendo la puerta a la posibilidad de que el negocio fuera rescindible, cuando el precio fuera «mucho» menor:

«Quisquis maior aetate praedia etiam procul posita distraxerit, paulo vilioris pretii nomine repetitionis rei venditae copiam minime consequatur. neque inanibus immorari sinatur obiectis, ut vires sibimet locorum causetur incognitas, qui familiaris rei scire vires vel merita atque emolumenta debuerat».

La presencia en ambas versiones de la alusión a la mayoría de edad del vendedor, parece indicar que si se hubiese tratado de un *minor* de veinticinco años la decisión sería diferente, pues cabría la *in integrum restitutio ob aetatem* de la que trata D. 4.4 (*De minoribus viginti quinque annis*).

No podemos entrar a fondo en la cuestión, ampliamente desarrollada por la doctrina, de si la exigencia del justo precio es una innovación posclásica o incluso si tiene un origen exclusivamente justiniano⁴⁹.

⁴⁹ Del somero examen que hemos realizado de los textos más significativos resulta que, ciertamente, la formulación de la rescisión por lesión *ultra dimidium* es sospechosa de haber sido introducida por los compiladores, aunque tampoco suministren las fuentes datos concluyentes al respecto. Sin embargo podemos pensar que la idea de que, al menos en ciertos supuestos, debía mediar un precio justo en la compraventa, parece remontarse mucho más atrás; los rescriptos de Alejandro Severo y de Filipo el Árabe, que hemos señalado, y el texto de Ulpiano (D. 21.2.50) que vamos a analizar en el apartado siguiente, dan buena muestra de ello. Por lo que respecta a la venta de objetos tomados en prenda en ejecución de sentencia, que es el tema de este estudio, resulta evidente que la existencia de un precio notoriamente bajo pudo influir decisivamente en la marcha del proceso ejecutivo, tanto al abrir la posibilidad de que el bien sea adjudicado al ejecutante (C. 8.22.2.1, *Alex.* 223), como a la hora de desencadenar la responsabilidad de los *apparitores*.

El riesgo de que la cosa pignorada se vendiera a un precio notoriamente inferior o se valorase a la baja a la hora de atribuir su propiedad al acreedor, por no hallarse comprador adecuado, es algo que estuvo siempre presente en la práctica, e incluso en nuestros días resulta una corruptela harto frecuente. Una constitución de Justiniano, del 530, insertada en C. 8.33.3, trata de la adjudicación de la prenda al acreedor, en caso de falta de comprador, mediante la *impetratio dominii*. Parece cierto que el precepto se dirige a regular exclusivamente la prenda voluntaria, aunque podría sospecharse que quizás se llegase a observar también en el *pignus in causa iudicati captum*. En su parágrafo 5a establece que, cuando hubiese surgido duda sobre si la venta se hubiese hecho por precio vil, será compelido el acreedor a prestar juramento de que no usó ninguna maquinación o engaño, sino que vendió la cosa por tanto como pudiera ser vendida y se devolverá tan sólo lo que según el juramento se hubiese visto como sobrante, mas si por medio del juramento se hallara que obtuvo menos el acreedor, tendrá (el deudor) la acción íntegra por el sobrante.

C. 8.33.3.5.^a: «*Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote viliore pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor invenitur, in residuo habeat integram actionem*».

Pero, sin duda, no fiándose demasiado del juramento, introduce en el parágrafo siguiente un control judicial sobre si la estimación de la cosa pignorada era mayor o menor que la deuda, mientras permanecía en poder del acreedor y del dueño, lo que nos lleva inmediatamente a pensar en la hipoteca, para que, en la estimación de la prenda, prevaleciera lo que hubiese establecido el juez sobre esta cuestión.

C. 8.33.3.6: «*Aestimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat, sive amplioris sive minoris quantum ad debitum quantitatis est, iudicialis esse volumus disceptationis, ut, quod iudex super hoc statuerit, hoc in aestimatione pignoris obtineat*».

Se aplicasen o no estos preceptos a las cosas tomadas en prenda en ejecución de sentencia, lo cierto es que revelan claramente la preocupación por que se asignase un precio justo a las cosas pignoradas.

C. Responsabilidad de los ejecutores por malbaratar los bienes embargados

Podía producirse una disminución considerable en el precio de venta de la cosa pignorada, por la corrupción de los funcionarios encargados de la

enajenación. Los ejecutores judiciales eran responsables si malbarataron dolosamente, es decir, de manera consciente y deliberada, la cosa tomada en prenda. Opina von der FECHT⁵⁰ que, en caso de ausencia de dolo, podría exigirse responsabilidad a los ejecutores, mediante la *actio negotiorum gestorum directa*.

Sobre la responsabilidad por dolo en los *exsecutores* y *apparitores*, que malbaratasen las cosas embargadas, nos informan dos fragmentos ulpianos.

En el primero, *Ulp. 10 ad ed. D. 3.5.3.8* se dice, en términos muy generales, que si el *exsecutor* nombrado por el pretor en un negocio mío me hiciese dolo, se me dará acción contra él:

«*Si exsecutor a praetore in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio*».

El segundo, *Ulp. 25 ad ed. D. 21.2.50*, concede al embargado (*dominus rei*) la *actio de dolo* contra los agentes «del pretor» que deliberadamente vendieron por precio vil las prendas tomadas en ejecución de sentencias pronunciadas *extra ordinem*⁵¹:

«*Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, [...] si dolo rem viliori pretio proiecerunt, tunc de dolo actio datur adversus eos domino rei*».

No precisa el fragmento en qué medida debía considerarse vil el precio de la venta, ni es fácil pensar que, ya en tiempos de Ulpiano, se exigiese que la lesión fuera *ultra dimidium*. Pero, sin duda debía tratarse de una rebaja considerable en el precio ya que la *actio de dolo* no se daba cuando el perjuicio era insignificante, por ejemplo de dos áureos como señala la combinación de varios fragmentos jurisprudenciales realizada por los compiladores.

Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.9.5: «*Merito causae cognitionem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. nam ecce in primis, si modica summa sit*».

Paul. 11 ad ed. D. 4.3.10: «*Id est usque ad duos aureos*».

Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.11pr.: «*Non debet dari*».

Parece que, según *D. 21.2.50*, se daba esta acción tan sólo a favor del ejecutado, que parece, en principio, el más directamente afectado por la disminución fraudulenta del precio de venta, pero no debemos olvidar que esta irregularidad podía perjudicar también al ejecutante, o incluso solamen-

⁵⁰ VON DER FECHT, W. R., *op. cit.*, p. 69.

⁵¹ Negando, en cambio, cualquier acción de evicción contra ellos.

te a él. Pensemos en el caso de un ejecutado que no tuviera más bienes que los ya pignorados, cuyo valor real cubría apenas el montante de la condena, sin posibilidad de *superfluum*, y que, por tanto, no le afectaba que los funcionarios los malvendieran. Era, incluso, posible que el ejecutado se hiciera partícipe de la colusión, repartiéndose con los funcionarios el beneficio obtenido al vender a un testaferro por un precio vil. Por eso cabe aventurar que la expresión *dominus rei*, con que se designa al activamente legitimado para el ejercicio de la *actio de dolo*, pudiera interpretarse, no de manera específica como «el dueño del objeto», sino de forma genérica como el *dominus negotii*⁵² «el interesado en el asunto», con lo cual podría referirse también al ejecutante.

Como en tantos otros textos, la alusión a la intervención pretoria en la ejecución de sentencias recaídas en un proceso cognitorio puede resultar sorprendente, pero no pensamos que la cuestión revista demasiada trascendencia y quizá no sea más que una forma de expresión, que buscaba conectar el nuevo sistema procesal con el *ordo* formulario tradicional. Si bien es posible que los funcionarios ejecutores de las sentencias dictadas en Roma *extra ordinem* fuesen considerados, formalmente, como agentes del pretor, para revestirlos de una cierta aureola de *imperium*, es claro que fuera de la Urbe serían siempre los *apparitores*, funcionarios imperiales subordinados a los gobernadores, y demás cargos político-administrativos con jurisdicción delegada del *princeps* quienes realizarían la venta.

La significación de la expresión *dolus malus*, frente a un *dolus bonus*⁵³ presenta desde sus orígenes unos contornos bastante borrosos, pues cubija en su ámbito un cúmulo de actividades antijurídicas o fraudulentas no muy semejantes entre sí y esta cierta ambigüedad se ha transmitido hasta el Derecho moderno⁵⁴. En principio se refiere, según la definición de Servio,

⁵² En el sentido en que se utilizaba esta expresión para designar a quien litigaba a través de representante procesal (*dominus litis*) o, en general de aquél por cuya cuenta se realizaba un negocio, bien mediante mandato, bien mediante *negotiorum gestio*.

⁵³ *Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.3*, refiere la opinión de los *veteres* según los cuales era *dolus bonus* la astucia que se maquinaba contra el enemigo o el ladrón: «*Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur*». Aunque también se consideraba *dolus bonus* a las afirmaciones, diríamos «propagandísticas» de los comerciantes para encarecer sus mercancías o criticar las de la competencia, siempre que no fueran decisivas para determinar la prestación del consentimiento, VOLTERRA, E., *Istituzioni*, p. 179, n. 1.

⁵⁴ Todavía en la doctrina jurídica y en la legislación moderna se emplea el término «dolo» con significados diferentes, que no siempre son nítidamente distinguidos por los comentaristas. Por una parte, está el dolo como engaño malicioso para obtener un consentimiento viciado. Es lo que podríamos denominar el «dolo vicio del consentimiento» al que se refiere los arts. 1265, 1269 y 1270 del CC: Art. 1265: «Será nulo en contrato prestado por error, violencia, intimidación y dolo». Art. 1269: «Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no lo hubiera hecho. Art. 1270: Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.— El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó

como alguna maquinación para engañar a otro, cuando se simula una cosa y se hace otra⁵⁵, pero nos refiere Ulpiano cómo Labeón puntualizó que no era la simulación el elemento determinante del dolo, pues también sin simulación podía actuarse para engañar a alguien y sin dolo malo hacerse una cosa y simular otra, como sucede con los que mediante simulación defendían sus intereses o los ajenos⁵⁶, por lo cual la definición labeoniana, aceptada por Ulpiano, era que el dolo malo consistía en toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar, o defraudar a otro⁵⁷. Para la represión del dolo malo surgió la *actio de dolo* introducida por Aquilio Galo, según Cicerón⁵⁸ y contenida en el Edicto⁵⁹, nos dice Ulpiano, como remedio contra los falaces y dolosos, que, con cierta astucia, perjudicaron a otros, para que ni su maldad les sea lucrativa, ni les sea perjudicial a éstos su simplicidad⁶⁰.

Si el ejecutado, o, como ya hemos apuntado, quizá también el ejecutante, ejercitaban esta *actio de dolo*, anual, penal e infamante, y se lograba probar la conducta fraudulenta de los *apparitores*, algo que quizás resultase complicado en la práctica, obtendría la condena de éstos por el perjuicio sufrido⁶¹, es decir por la diferencia entre el valor real del objeto embargado y el obtenido en la subasta, con lo que se dispondría de una suma mayor para pagar por completo el *iudicatum* y, en ciertos casos, para obtener un

a indemnizar daños y perjuicios». Por otra parte se utiliza el vocablo «dolo» como el incumplimiento voluntario de una obligación (voluntad deliberadamente rebelde) o la realización deliberada de un acto ilícito. En este último sentido se contraponen a «culpa», Así el art. 1101 del CC determina que: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas». El art. siguiente, 1102, dispone que: «La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula». Por su parte el Código Penal español, reformado por LO 5/2010, hace referencia al dolo, aunque sin definirlo, como conducta dirigida deliberadamente a la comisión del acto delictivo, en el art. 5, «No hay pena sin dolo o imprudencia», y en el art. 10, «Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». *Vid.* sobre dolo causante e incidental, TORRENT RUIZ, A., «Interpretatio de la voluntas testatoris en la causa curiana», *AHDE* 39 (1969), p. 173.

⁵⁵ *Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.2: «Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur [...]».*

⁵⁶ *Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.2: «[...] Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviunt et tuerunt vel sua vel aliena [...]».*

⁵⁷ *Ibid. «[...] itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est».*

⁵⁸ *Cic. de off. 3.14.60 («[...] cum esset aliud simulatum, aliud actum [...]»); de nat. deor. 3.30.74. Vid. KASER, M., *RPR*, I, par. 59, IV, 1 n. 39 con bibliografía, y par. 146, IV, también con abundantes citas. En el t. II, *vid.* par. 201, VII, 1-2, se refiere al *dolus* en Derecho posclásico.*

⁵⁹ LENEL, *EP*, 114 y ss.

⁶⁰ *Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.pr.: «Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa».*

⁶¹ Aunque parece una mera indemnización se consideraba como una pena.

superfluum. Esta acción era «arbitraria» por lo que la condena en cuanto al valor de lo defraudado sólo se producía en caso de que el defraudador no restituyese, «al arbitrio del juez», la cosa defraudada⁶², que, en este caso, sería la suma de dinero correspondiente a la diferencia. La ventaja de restituir antes de la sentencia sería la de evitar el carácter infamante de la condena⁶³, que podría acarrear un castigo de carácter disciplinario para los funcionarios defraudadores⁶⁴. También podía darse contra los herederos de los *apparitores*, pero sólo en la cuantía del enriquecimiento experimentado por la herencia⁶⁵, y ya sin carácter infamante⁶⁶.

Seguramente sería más expeditivo conseguir directamente la anulación de la venta, mediante una *restitutio in integrum*, que impediría cualquier acción del comprador para exigir la entrega de la cosa. El problema es que no sabemos si en verdad existió en Derecho clásico una acción rescisoria para los negocios dolosos, cuestión muy controvertida doctrinalmente⁶⁷. En Derecho posclásico afirma KASER que los delitos de *metus* y *dolus* fueron absorbidos en la *in integrum restitutio*⁶⁸.

⁶² Paul. 11 ad ed. D. 4.3.18pr: «Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari».

⁶³ Lo afirma incidentalmente Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.4, para justificar la subsidiaridad de la acción de dolo: «[...] quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri [...]». También Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.11: «[...] cum sit famosa [...]».

⁶⁴ VARELA GIL, C., *El estatuto jurídico...*, op. cit., p. 344, n. 876, señala que la *lex Irnitana*, caps. 26 y 73 prescribe que los magistrados y *apparitores* del municipio de Irni debían realizar un juramento, mediante el cual se comprometían públicamente por Júpiter, los divinos Augusto, Claudio, Vespasiano, Tito y Domiciano y los dioses Penates a comportarse honradamente de acuerdo con la ley y el interés de los municipios. Más adelante, p. 365, explica que la falta de garantías económicas exigidas para el desempeño del puesto de los *apparitores*, como se deduce del silencio de la *lex Irnitana* al respecto (n. 945), nos impide asegurar para estos subalternos la existencia de una responsabilidad civil distinta a la de cualquier ciudadano. En términos generales afirma, pp. 367-368, que, siguiendo un camino iniciado en el Principado, tanto la responsabilidad civil como la disciplinaria estaba, durante el Dominado, encomendada a tribunales que dirigían los cargos superiores, en virtud de aforamiento. En la n. 923 cree que, posiblemente, y como medida preventiva, la incoación de un procedimiento para aclarar responsabilidades acarrearía la suspensión del estipendio, como deduce de C. 12.58.11 para el caso de los *cohortales*.

⁶⁵ Gai. 4 ad ed. provinc. D. 4.3.26: «In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum pervenerit, id est quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit».

⁶⁶ Paul. 11 ad ed. D. 4.3.29: «Sabinus putat calculi ratione potius quam maleficii heredem conveniri, denique famosum non fieri: ideoque in perpetuum teneri oportere».

⁶⁷ D'ORS, RPR, par. 381, n. 3 cita como opinión favor la de LEVY, «Zur nachklassischen "in integrum restitutio"», ZS 68 (1951), pp. 410 y ss., y en contra a LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, pp. 115 y ss. VOLTERRA, *Istituzioni*, par. 12, e), la admite, pero admitiendo que *Questo remedio risulta però assai raramente applicato in caso di dolo*. KASER, RPR, I, par. 59, IV, 1 la considera dudosa para el Derecho clásico: *Dass es daneben eine selständige in integrum restitutio gegeben hat, ist zweifelhaft*, en la n. 42 cita bibliografía.

⁶⁸ KASER, M., RPR, II, par. 273, III, para el Derecho occidental, «Die Deliktsgagen aus metus und dolus gehen im Westen in der integri restitutio auf [...]», y para el oriental, «Justinian

En todo caso, el carácter «subsidiario» de la *actio de dolo*⁶⁹ (*si alia actio non erit*) impediría su ejercicio en caso de que la conducta de los *apparitores* corruptos pudiese reprimirse con alguna otra acción o fuese constitutiva de algún crimen⁷⁰.

D. *Maniobras del ejecutado en connivencia con los postores*

Era posible que el ejecutado pretendiera frustrar la venta en subasta de los bienes embargados, con diversos propósitos. Podría intentar ganar tiempo y continuar gozando de la cosa, cuando el *pignus in causa iudicati captum* se hubiese constituido como hipoteca, lo que sería frecuente para los inmuebles. También podría conseguir que se vendiese la cosa por un valor inferior al de la condena, para adquirirlo mediante una persona interpuesta de su confianza y frustrar así parcialmente la pretensión del ejecutante.

Cuando la actuación del ejecutado, en connivencia con los posibles licitadores, impedía la venta de los inmuebles, los bienes de más difícil realización, dispuso un rescripto de Antonino Pío, del año 214, transcrito en C. 7.53.3 que, una vez alegado ante el gobernador provincial que, por acuerdos o por influencia de la parte contraria, no se encontró comprador para los inmuebles, después de realizada la subasta se pondría al actor en posesión de los bienes embargados para que, de este modo, se llevase a efecto el cumplimiento de la sentencia tanto tiempo retrasado:

«Ordo rei gestae et mora solutionis, quae intercessit, constantius desiderat remedium. si itaque praesidem provinciae, qui rem iudicatam exsequi debet, adieris et adlegaveris res soli, quae pignori datae sunt, diu subhastatas ex compacto sive ambitione diversae partis emptorem non invenire, in possessionem earum te mittet, ut vel hoc remedio res tam diu tracta ad effectum perducatur».

Surge entonces la duda de si esta *missio in possessionem* implicaba una adjudicación definitiva o bien se trataba, en caso de hipoteca, de transferir la posesión al ejecutante para que pudiera él, sin ser estorbado por las ma-

stellt diese Klagen wieder her und schmilzt bei den Tatbeständen des Handels aus erregter Furcht oder auf Grund von Arglist auch die anderen Erscheinungen einer in integrum restitutio in die genanten Klagen ein».

⁶⁹ *Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.1: «Verba autem edicti talia sunt: “quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo”».* Este carácter subsidiario viene ampliamente subrayado en D. 4.3.1.4 y en numerosos fragmentos de este título.

⁷⁰ Señala VARELA GIL, C., *op. cit.*, Madrid, 2007, p. 366, que en el Principado y, a través del procedimiento cognitorio, los ilícitos penales dejarían, paulatinamente, de afectar exclusivamente a las dignidades y su tipo se abriría a cualquier administrador público.

niobras del ejecutado, ofrecerlo a un posible rematante ventajoso, pero parece más probable que se tratase de una adjudicación definitiva.

Pero estas actuaciones del condenado para alejar a los posibles compradores debieron ser frecuentes, porque, más de un siglo después, el propio rescripto de Gordiano (C. 8.22.3), ya aludido, concluye señalando que la atribución definitiva (*addictio*) al ejecutante de los bienes pignorados, sin distinguir ya entre muebles e inmuebles, «suele» hacerse por autoridad del príncipe, cuando los ardidés del ejecutado hacen que no se pueda hallar comprador:

«[...] si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet».

También era posible que el ejecutado realizase maniobras para provocar dilaciones en la entrega al ejecutante de bienes muebles, e impedir la realización de su valor como señala C. 7.53.7 (*Diocl. Maxim.* sin fecha), produciéndose la muerte de los esclavos o los animales embargados, en cuyo caso habría de pagar la estimación de éstos y de lo que hubiere nacido de ellos:

«Si longis apertisque frustrationibus partis adversae restitutio remorata est, etiam servis rebus humanis exemptis a frustratore aestimatio eorum restituenda est. animalia quoque cum fetibus tibi intercessu praesidis repraesentabuntur».

2. Adquisición por el ejecutante del bien embargado

A. Por acuerdo voluntario

El acreedor pignoraticio podía llegar a un acuerdo con el deudor pignorante para adquirir el bien pignorado a cambio de la deuda garantizada. Nos relata Marcelo (*lib. sing. resp.*) en D. 13.7.34, un caso en el que, antes de que el acreedor pignoraticio ejercitase el *ius vendendi* por impago de la deuda, era el mismo deudor pignorante quien ofrecía el objeto en venta al acreedor por un precio determinado, lo que fue aceptado por el acreedor, otorgando el deudor un documento en el que reconocía la venta. Responde el jurista que el deudor no podía después revocar esta venta, ofreciendo pagar el capital y los intereses debidos:

«Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor; quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet, et cum impetrasset, epistulam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an

hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent, revocare non posse».

No sabemos por qué le interesaría al deudor revocar la venta y recobrar la cosa, pagando tardíamente su deuda con los intereses, quizás habría venido a mejor fortuna, o el objeto pignorado, en este caso un fundo, habría experimentado una importante revalorización.

Por su parte *Tryph. 8 disp. D. 20.5.12pr.* nos informa de un rescripto, emitido cuando Papiniano era jefe de la Cancillería *a libellis*, según el cual podía el acreedor comprar la prenda al deudor, porque continuaba siendo propiedad de éste.

«Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris».

Un rescripto de Diocleciano y Maximiano, del 293, C. 8.13.13, permite que una mujer mayor de veinticinco años, que había pignorado sus bienes, pudiera transferir el dominio de éstos al acreedor, dándoselos en pago:

«Cum dominam non minorem viginti et quinque annis ea quae obligaverat tibi iure dominii possidere permisisse et in solutum dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit».

Es evidente que los supuestos referidos por Marcelo y Trifonino, y el rescripto de los Tetrarcas, se refieren al *pignus* convencional. Cabe preguntarse si podría también en el *pignus in causa iudicati captum* llegarse a un acuerdo, previo a la subasta, entre ejecutante y ejecutado, por el cual el segundo aceptase la adquisición de la cosa embargada, por un precio convenido. Aunque en la prenda judicial se produce la venta en virtud de un procedimiento público y no voluntario, no parece que se deba rechazar esta posibilidad, puesto que satisfaría el interés del ejecutante, que deseaba adquirir la cosa, quizá para evitar dilaciones en el pago, y del ejecutado que quedaría libre de su deuda. Se trataría de un mecanismo semejante a una *datio in solutum*, con una *transactio* en la que el ejecutante renunciaría a su pretensión y que sería, naturalmente, irrevocable.

B. Adquisición por el ejecutante cuando no se hallaba comprador idóneo

Si no se encontraba comprador, o el que aparecía no ofrecía un precio conveniente al valor de la cosa, se adjudicaba ésta al ejecutante. Es una solución que ha pasado a los ordenamientos modernos, en España a través

de las Partidas⁷¹. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en los arts. 670 y 671, regula las distintas situaciones que pueden plantearse en la subasta. Así, si los postores no ofrecen un precio superior al 70 por 100 del precio de salida de subasta, y el ejecutado no presenta comprador que mejore la postura, el ejecutante podrá (y si no lo hace deberá conformarse con el mejor postor) adjudicárselo por el 70 por 100 del valor de tasación⁷². En caso de no concurrir postores, el ejecutante dispondrá de veinte días para adjudicárselo por el 60 por 100 de su valor de tasación⁷³.

Esta adquisición de la cosa por el acreedor ejecutante presenta un claro paralelismo con lo que ocurría en el *pignus* convencional. Mientras se pudo convenir el *pignus* con *lex commissoria*, abolida por Constantino en el 326⁷⁴, adquiría el acreedor pignoraticio insatisfecho la propiedad de la cosa, aun-

⁷¹ Part. 3.27.6: «E si acaeciese que en los veynte días sobredichos non saliese comprador que la comprasse, por miedo o por amor del vencido o por otra razón, estonce debe el Judgador entregarla al vencedor como enmanera de compra, por tanto quanto entendiere que vale la cosa».

⁷² «3. Si sólo se hicieren posturas superiores al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, del precio aplazado, se harán saber al ejecutante quien, en los veinte días siguientes, podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 del valor de salida. Si el ejecutante no hiciera uso de este derecho, se aprobará el remate en favor de la mejor de aquellas posturas, con las condiciones de pago y garantías ofrecidas en la misma.

4. Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, podrá el ejecutado, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.

Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60 por 100 de su valor de tasación y a la mejor postura.

Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Secretario judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. En este último caso, contra el decreto que apruebe el remate cabe recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución. Cuando el Secretario judicial deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente».

⁷³ Art. 671. «Subasta sin ningún postor.

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60 por 100 de su valor de tasación».

⁷⁴ C. Th. 3.2.1=C. 8.34.3pr.: «*Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam abolere. I. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt*».

que no de forma automática, sino manifestando su voluntad en este sentido y sin que el pignorante pudiese pedir el *superfluum*. Cuando se impuso el *ius vendendi*, y el acreedor hallaba dificultades para realizar la prenda, podía solicitar al emperador, mediante la *impetratio dominii* que le autorizase para adquirir la cosa por su justo precio⁷⁵.

La primera noticia que tenemos de la *impetratio dominii* nos la da un rescripto de Alejandro Severo, del año 229, dirigido a Nicola, C. 8.33.1, en el que se responde al consultante, advirtiéndole que debió expresar los nombres de los deudores, que, según afirmaba, no le habían pagado y precisar que había cumplido las solemnidades. Termina recordando que el petionario debía saber que no podía hacer «impetrar» que se le hiciese propietario, en general, de todos los bienes del deudor que hubiese entregado en prenda:

«Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregisti, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse».

La respuesta imperial, de la que se deduce que negó al consultante su pretensión, nos informa sobre algunos aspectos importantes de la *impetratio*: debía hacerse precisando quién era el deudor que no había pagado la deuda garantizada, probando la observancia determinadas solemnidades y sobre bienes singulares.

Resulta claro que el rescripto alejandrino que comentamos no tiene una función «normativa», es decir, no introduce una nueva regulación, sino que realiza una interpretación sobre la aplicación a un supuesto fáctico de una regla jurídica que ya estaba en vigor. No podemos precisar cuándo había surgido la posibilidad de *impetratio dominii*⁷⁶. Se puede suponer que su vigencia vendría unida al *ius vendendi*, inicialmente convencional y luego elemento «natural» del *pignus*. Hasta la abolición constantiniana de la *lex commissoria*, el año 326, debieron coexistir las dos formas de adjudicación de la prenda al acreedor pignoraticio: la adquisición directa, si se estableció la *lex commissoria*, y, en caso de no haberse convenido, la *impetratio dominii* cuando frustrase el ejercicio del *ius vendendi*.

La ed. de Krüger del *Codex* la considera como del año 326, GARCÍA DEL CORRAL la fecha en el 320.

⁷⁵ FREZZA, P., *op. cit.*, p. 230, respecto a la posición del acreedor pignoraticio a quien se atribuye la cosa, escribe: «*Questa posizione di possessore iure dominii del creditore pignoraticio, se non cancella la sua legittimazione alla actio Serviana, gli conferisce anche la legittimazione alla actio Publiciana (non diveramente da quello che si vide a propósito della lex commissoria); fondamento di questa legittimazione non sarà, in questo caso, la traditio da parte del debitore, ma lo stesso comando della autorità statale [...]».*

⁷⁶ KASER, M., *RPR*, 1, par. 111, II, 2, compara esta adquisición por el acreedor con lo que ocurría en la *fiducia*.

Como en tantos otros aspectos, la adjudicación de la cosa al acreedor insatisfecho debió ser importada al *pignus in causa iudicati captum* desde el *pignus* convencional. No podemos precisar si se tomó como modelo la *lex commissoria* o la *impetratio dominii*, aunque parece que su mecanismo se acerca más al de la segunda⁷⁷. Sin embargo, la descripción que hace Ulpiano en la segunda parte de D. 42.1.15.3, en el sentido de que el acreedor ejecutante, que prefería hacerse dueño de la cosa embargada, en caso de falta de comprador, debía contentarse con la cosa sin reclamar el resto de deuda, parece que concuerda más con la adquisición derivada de la *lex commissoria*, en la que se subrogaba la cosa con el crédito y el acreedor no tenía que devolver *superfluum* alguno al pignorante. La *impetratio dominii*, para la prenda convencional, permaneció vigente durante toda la época posclásica y fue regulada minuciosamente por Justiniano⁷⁸, en una constitución del año 530 que los compiladores insertaron en C. 8.33.3⁷⁹.

Sobre la adjudicación al acreedor de las cosas *pignore in causa iudicati captae* consideraremos cuatro textos: un fragmento jurisprudencial de Ulpiano, que se refiere a un rescripto de Severo y Caracalla, y tres rescriptos del Principado, de Severo y Caracalla, Alejandro Severo y Gordiano. Todos ellos deciden la misma solución, pero con ciertas diferencias de matiz.

Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15.3, nos relata, en la primera parte, cómo se respondió, mediante rescripto, por «nuestro emperador y su divino padre», que, si las prendas que habían sido tomadas no encontrasen comprador, se adjudicarían a este mismo en cuyo favor se dio la condena:

«*Si pignora, quae capta sunt, emptorem non invenient, rescriptum est ab imperatore nostro et divo patre eius, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est, [...]*».

La determinación del rescripto al que se refiere Ulpiano no deja de presentar dificultades. En la época del jurisconsulto conocemos tan sólo dos *rescripta* que hagan referencia a este tema: el de Caracalla dirigido a Agripa el año 214, C. 7.53.3 y el de Alejandro Severo, dirigido a Valeriano, del 223 C. 8.22.2.1. La habitual expresión ulpiana *ab imperatore nostro et divo patre eius*, así como la ubicación del texto en los *libri de officio consulis*,

⁷⁷ Así lo afirma FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 96, invocando la autoridad de Donello; «*Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass dieses Rechtsmittel die dominii impetratio ist*».

⁷⁸ Sobre la reforma justiniana de la *impetratio dominii*, vid. FREZA, P., *op. cit.*, pp. 230-233.

⁷⁹ C. 8.33.3, suprimiendo (pr.) el anuncio mediante carteles, 1) estableciendo, a falta de pacto, un plazo de dos años para vender la cosa; 2) ordenando, en caso de no hallarse comprador, la notificación al deudor de la pretensión del acreedor de adjudicarse la cosa para que el deudor pudiera pagar y recobrar la prenda; 3) determinando la petición al emperador, y la resolución de éste, adjudicándole el dominio, que sólo era irrevocable pasado un bienio, porque, entretanto, aún podía el deudor recuperar el objeto pagando principal, intereses y daños.

que se suponen redactados en tiempos Caracalla, hacia el 215⁸⁰, llevan a pensar que el texto fue redactado en vida de este emperador y después de muerto Septimio Severo⁸¹. Parece entonces que el rescripto invocado sea el insertado por los compiladores en C. 7.53.3, pero, habiendo muerto Severo en el 211, no se comprende la referencia del jurista al *divus pater* al aludir a un rescripto emitido el año 214, cuando Caracalla gobernaba solo, pues había hecho asesinar a su hermano Geta dos años antes. La fecha del 214 para el rescripto parece indubitada y se encuentra en ediciones antiguas, como la de GARCÍA DEL CORRAL, y también en la más moderna de MOMMSEN. Por otra parte, además de la incongruencia de las fechas, el contenido del rescripto antoniniano, tampoco coincide fielmente con la referencia ulpiana. C. 7.53.3 establece la adjudicación al ejecutante para un supuesto muy concreto, como es el de una ejecución que se había retrasado largamente porque la subasta se había frustrado, al no encontrarse comprador, debido a los convenios y a las influencias del ejecutado⁸². Pero, sorprendentemente, Ulpiano, que acostumbra a ser tan cuidadoso a la hora de referirse a los rescriptos, quizás porque habría sido el redactor de muchos de ellos, presenta esta decisión como una regla general, que debería seguirse, aún en el caso de que la venta en subasta hubiese resultado fallida, sin que el ejecutado hubiese empleado ningún tipo de malas artes⁸³. Tampoco aparece en el rescripto de Caracalla, tal como lo conocemos, la regla, que Ulpiano describe en la segunda parte del fragmento, según la cual el acreedor que se adjudicaba el bien embargado no podía reclamar el resto, si su valor no satisfacía su crédito, y que el jurista considera también procedente de un rescripto («[...] *rescriptum est* [...]»), aunque no precisa si es el aludido en la primera parte del fragmento, u otro diferente.

No tenemos elementos para suponer que el rescripto, recordado por Ulpiano en D. 42.1.15.3, fuese una constitución desconocida, redactada en términos más generales y emitida con anterioridad, cuando gobernaban juntos Septimio Severo y su hijo Caracalla. De haber existido el hipotético rescripto anterior, el del 214 sería una aplicación concreta de aquél, aunque entonces habría sido más lógico que el emperador hubiese hecho alguna alusión al precedente, cosa que no aparece en el texto.

⁸⁰ KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, t. I, Leipzig, 1885, p. 738.

⁸¹ Así lo admite la traducción de Aranzadi.

⁸² En términos parecidos C. 8.22.3 (*Gord.* 239).

⁸³ TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 263, no afirma que el rescripto invocado por Ulpiano en D. 42.1.15.3, sea otro distinto del rescripto de Caracalla, C. 7.53.3, pero señala, en función de esta divergencia: «[...] *se l'addictio fosse stata contenuta nel rescritto imperiale, il creditore avrebbe dovuto allegare soltanto quest'ultimo, e provare la verità dei fatti su cui lo stesso si basava. La spiegazione del fatto che si fosse ricorsi all'autorità di un rescritto imperiale può forse trovarsi nella circostanza che, non essendosi probabilmente ancora consolidata nel 214 d.C. la prassi per cui il magistrato procedente poteva effettuare l'addictio al creditore, e dipendendo quest'ultima da un potere discrezionale del giudice, il preside aveva negato, in questa fattispecie, l'aggiudicazione, forse perchè la stessa presentava qualche lato dubbioso*».

En realidad esta parte del fragmento ulpiano concuerda mucho mejor con el rescripto de Alejandro Severo del 223, recogido por los compiladores en C. 8.22.2.1, que está concebido en términos mucho más generales, y no exige ningún tipo de actividad fraudulenta del ejecutado, aunque admite la posibilidad de que el licitador ofreciese un *pretium non dignum*, lo que tampoco está recogido en el fragmento jurisprudencial. Pero parece claro que la conexión entre el texto de Ulpiano y el de Alejandro es totalmente rechazable, porque la expresión *imperator noster cum patre*, se refiere siempre, en los textos ulpianos, a Severo y Caracalla, y sería imposible para Alejandro. En tiempos de Alejandro (222-235), ocupó Ulpiano altos cargos en la administración imperial hasta su asesinato el 228, pero se dedicó más a las tareas públicas que a la jurisprudencia.

En suma, el rescripto aludido por Ulpiano en la primera parte de D. 42.1.15.3 es uno de tantos misterios con que se enfrenta el romanista y sólo se puede soslayar acudiendo a la socorrida solución de considerar alterados algunos de los textos⁸⁴, o al menos la fecha del rescripto antoniniano, pero no pretendemos entrar en tales cuestiones, que, por otra parte, tampoco aportan mucho a la descripción de la institución jurídica que tratamos de realizar.

Continúa Ulpiano en D. 42.1.15.3 precisando que el ejecutante, al adquirir estos bienes, debía considerar satisfecho el valor total de lo que se le debía, pues, según había decidido el rescripto, era como si hubiese transigido por pacto sobre su crédito y no podía reclamar el resto, en caso de que el valor de lo embargado no alcanzase a cubrirlo en su integridad:

«[...] *addicantur autem utique ea quantitate quae debetur. nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere isque esse contentus, rescriptum est non posse eum quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transigisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere et superfluum petere*»⁸⁵.

Esta referencia ulpiana, del imprecisable rescripto de Severo y Caracalla, no se encuentra en ninguna otra constitución de esta época, y fue posiblemente tomada del régimen de la *lex commissoria*. Pero el problema abordado, de evidente trascendencia económica y social, incluso en nuestros días, resurge prolijamente desarrollado en una constitución de Justiniano del año 530, que leemos en C. 8.33.3.4 y que determina la solución contraria, esto es, que si se hallare que es menor el valor de la prenda y mayor el

⁸⁴ TALAMANCA, *op. cit.*, p. 261, señala, respecto a D. 42.1.15.3, que «*Il passo ulpiano ha indubbiamente subito qualche ritocco formale, come del resto tutta la l. 15, D. 42.1, ma non sembra che vi sia da dubitare del contenuto*».

⁸⁵ Recoge TALAMANCA, que BORTOLUCCI, «Rivendita Romana», en *Studi Perozzi*, pp. 6 y ss., considera interpolada toda esta parte, «*addicantur-petere*».

de la deuda, tendrá el acreedor toda su acción íntegra respecto a lo que esté reconocido que importe más:

«Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur; in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra».

Esta constitución nos plantea, naturalmente, la duda sobre si se trata de una verdadera antinomia, que sólo se podría explicar por un descuido de los compiladores del Digesto, o bien está contemplando un supuesto de hecho diferente al del fragmento ulpiano. Una constitución del año 530, que ni siquiera pudo insertarse en el Primer Código (529) era, para los compiladores, una norma recentísima, anterior en tres años al Digesto y en cuatro al *Codex Repetita Praelectionis*. En ambas obras había presidido Triboniano la comisión compilatoria, y no parece atrevido sospechar que él mismo pudiera haber intervenido en la redacción de la constitución del 530, puesto que, en el 528, era *magister officiorum* y, desde finales del 529, *quaestor sacri palatii*. Estas consideraciones llevan a pensar que ambos textos, el de Ulpiano y el de Justiniano, regulaban situaciones diferentes. Varios argumentos abonarían esta posibilidad, aunque no dejan de suscitar ciertas dudas.

La norma justiniana se inserta en C. 8.33, *De iure domini impetrando*, y la *impetratio domini* parece encuadrarse mejor en el terreno de la prenda convencional que en el del *pignus* judicial, aunque no es menos cierto que la identidad de resultados entre esta figura y la adjudicación al ejecutante en el *pignus in causa iudicati captum* suponen un paralelismo tan estrecho que fácilmente llegasen a confundirse. El par. 1 de esta constitución comienza con una enunciación del supuesto de hecho que parece referirse a la prenda convencional: si alguien empeñase una cosa a su acreedor.

«Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit [...]».

La forma verbal *pigneraverit*, que tanto puede ser pretérito perfecto de subjuntivo, como futuro perfecto, o «futuro II», hay que traducirla por «haya empeñado» o «hubiere empeñado», lo que indica una actividad positiva del sujeto, para lograr la pignoración, más propia del contrato de prenda, en el que el pignorante ofrece su cosa en garantía, que del embargo donde al condenado «se le toman» las cosas en prenda, o dicho de otro modo, no es lo mismo que alguien «empeñe» su cosa, o que «se le empeñen» sin el concurso de su voluntad. Pero también es posible que la expresión quiera expresar, simplemente, «si alguno tuviere una cosa empeñada», y entonces serviría para ambas situaciones, pues tan pignorado estaba el objeto cuando su dueño lo había ofrecido al acreedor en garantía de un débito, como cuando se le había tomado en prenda en ejecución forzosa de una sentencia condenatoria. Si nos fijamos en el final de este par. 1, hallaremos otra ex-

presión que podría suscitar, también, algún asomo de duda. Tras haber hecho alusión al *ius vendendi* pactado entre las partes, afirma que, si no hubiese pacto, se daría licencia al prestamista para vender la cosa en virtud de la intimación o de sentencia judicial, después de un bienio desde que se atestiguó el requerimiento o se pronunció la sentencia:

«[...] *sin autem nulla pactio intercesserit, licentiam dabitur foeneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere.*»

Está claro que el redactor se está refiriendo a la prenda voluntaria, que se puede vender, aún sin pacto de *ius vendendi*, pero mediando un requerimiento (*denuntiatio*) o bien una sentencia judicial, y esto último es lo que pudiera producir cierta perplejidad, porque, si el acreedor pignoraticio, en este caso el prestamista (*foenerator*), que sería el supuesto más frecuente, obtuvo una sentencia favorable para vender el objeto pignorado, se hallaría en la situación de cualquier demandante que, pretendiendo el pago de una deuda, conseguía la condena del deudor y, no cumpliéndola éste, solicitaba la ejecución, con el consiguiente *pignus in causa iudicati captum*. Pero, del tenor de esta constitución justiniana, parece desprenderse que el acreedor pignoraticio podía pedir una sentencia que le autorizase directamente a vender el bien, previamente pignorado, en caso de impago de la deuda garantizada, como sucede, actualmente, en el procedimiento ejecutivo regulado por la Ley Hipotecaria⁸⁶.

De todo ello resulta que si los compiladores justinianos obraron con total conocimiento de causa, establecieron una doble regulación, según que la atribución al acreedor del bien pignorado, en caso de no hallarse comprador, se produjera en el curso de un *pignus in causa iudicati captum* o bien se tratase de un *pignus* convencional. En el primer caso, el acreedor ejecutante que se adjudicaba el bien no podía reclamar al deudor ejecutado el resto de la deuda insatisfecha, si el valor del objeto embargado no alcanzase a cubrirlo, de acuerdo con la segunda parte del pasaje ulpiano (D. 42.1.15.3). En la segunda hipótesis (prenda convencional) podía el acreedor pignoraticio vender, aunque no se hubiese pactado esta posibilidad, bien mediante un requerimiento, bien mediante una sentencia que lo autorizase, después de esperar dos años, pero, eso sí, conservando íntegro su crédito y pudiendo reclamar al deudor la porción insatisfecha, según se estableció en C. 8.33.3.4. Sin embargo esta explicación, que es la que arroja un análisis riguroso de los dos textos, parece en exceso alambicada, aun aceptando sin reparos el muy alto nivel técnico de los compiladores justinianos.

No parece muy equitativo el distinto trato que se dispensaría a los deudores en general frente a aquellos que hubiesen garantizado su deuda con

⁸⁶ LH art. 131, Reglamento Hipotecario arts. 225-233.

prenda o hipoteca. Los primeros, en caso de no hallarse comprador para el bien embargado, verían cómo se le atribuía el dominio al acreedor, quedando ellos libres de la deuda, los segundos, en cambio, en el mismo caso, también perderían su dominio, que pasaría al acreedor pignoraticio, pero seguirían debiendo el *superfluum*, si lo había.

Por otra parte, tampoco sería sorprendente que los compiladores, como en otros lugares, se olvidasen, por inadvertencia y llevados por su reverencia al pasado, de suprimir o interpolar la segunda parte del fragmento ulpiano recogido en D. 42.1.15.3. Quizá en la práctica se observara lo dispuesto por Justiniano en C. 8.33.3.4, tanto a la prenda convencional como a la judicial. Es posible que el espejismo de una doble regulación provenga de un pequeño *lapsus* en la redacción del Digesto, que, no lo olvidemos, fue en muchos puntos una obra más de erudición doctrinal que de aplicación cotidiana.

La constitución de Justiniano del 530 sobre *impetratio dominii* continua señalando que si ambas partes aceptaban la equivalencia entre la deuda y prenda, se adjudicaría ésta por entero al acreedor⁸⁷. Si el valor de la prenda excediera el de la deuda, sería el *superfluum* para los acreedores del deudor o para él mismo⁸⁸. Para evitar los problemas de la confusión patrimonial, se permitía al acreedor ofrecer el *superfluum*, bajo caución, al deudor o a su acreedor⁸⁹. Si, después de la adquisición, el acreedor vendía la cosa, debía reservar el *superfluum*, si lo hubiera, para el deudor⁹⁰, lo cual nos suscita el problema, en el que no podemos ahora entrar, de si esta reserva tenía una limitación temporal o si la propiedad del acreedor quedaba vinculada a perpetuidad al pago del *superfluum*, lo que no parece muy probable. El acreedor que vendía debía jurar que no lo había hecho fraudulentamente por precio vil⁹¹, aunque, tanto para la adjudicación de la cosa al acreedor, como en su eventual venta posterior, debía prevalecer la estimación judicial⁹².

⁸⁷ C. 8.33.3.4a: «*Sin autem ex utraque parte quantitas aequa inveniatur, sine omni dubitatione totam rem antea pignoratam retineat*».

⁸⁸ C. 8.33.3.4b: «*Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc quod debitum excedit debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur, creditoribus quidem feneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum*».

⁸⁹ C. 8.33.3.4c: «*Et ne ex communicatione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competenti cautela in eum exponenda offerre*».

⁹⁰ C. 8.33.3.5: «*Sin vero creditor, postquam iure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori servare*».

⁹¹ C. 8.33.3.5a: «*Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote vilioris pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuo habeat integram actionem*».

⁹² C. 8.33.3.6a: «*Aestimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat, sive amplioris sive minoris quantum ad debitum quantitatis est, iudicialis esse volumus disceptationis, ut, quod iudex super hoc statuerit, hoc in aestimatione pignoris obtineat*».

La cuestión sobre si, una vez atribuida la propiedad de la cosa pignorada al acreedor, persistía para el deudor la obligación de pagar íntegra su deuda, cobra especial relevancia en nuestros días. Establecía Ulpiano (D. 42.1.15.3) que si el acreedor ejecutante se adjudicaba el bien embargado, debía contentarse con la adquisición del bien, sin poder pedir la diferencia. La fundamentación de esta opinión contiene una aplicación de lo que hoy llamamos «doctrina de los actos propios». Si el acreedor ejecutante aceptaba quedarse con la cosa era como si «rebajase» voluntariamente su crédito, reconociendo que el valor del objeto adjudicado equivalía a lo que se le debía. Ulpiano nos está diciendo, implícitamente, que el acreedor debió cuidarse a la hora de constituir la obligación, de conocer cuál era la situación patrimonial de su deudor y cargar con las consecuencias de su imprevisión, si después resultase que la prenda no era suficiente para cubrir el total de la deuda contraída. Tres siglos después, se inclina Justiniano, al menos para las prendas convencionales, por la solución contraria de considerar subsistente la parte de deuda no cubierta con el valor de la prenda adjudicada al acreedor.

Actualmente la depreciación de la vivienda y el descenso generalizado en el poder adquisitivo, motivan que en la inmensa mayoría de los casos la cantidad obtenida, al subastar, en vía ejecutiva, los inmuebles embargados por impago de préstamos con garantía hipotecaria, no alcance a cubrir la suma pendiente de pago. El prestatario pierde su vivienda y sigue siendo deudor del banco. Las opiniones ante un problema de tan graves consecuencias sociales y políticas oscilan entre dos argumentaciones. Por una parte el principio de responsabilidad patrimonial universal que preside el art. 1911 del Código Civil español, y los términos de los contratos de préstamo para la adquisición de viviendas, que deben ser respetados como expresión de la libre voluntad contractual de las partes, conducen, inexorablemente, a que el ejecutado siga siendo deudor por la parte insatisfecha. Pero, por otro lado, la tasación del bien, realizada libremente por el propio banco, y su aceptación como garantía hipotecaria suficiente, son actos propios del acreedor que, además, ocupa una posición dominante a la hora de imponer condiciones generales del contrato. Esto lleva a pensar que hay razones de justicia para que las entidades de crédito carguen con una parte de las consecuencias de una situación, a la que ellos mismos han contribuido con su actividad comercial, quizá irreflexiva. Alguna resolución judicial ha llegado a admitir que la deuda del prestatario quede totalmente cancelada, cuando el acreedor se adjudica el inmueble hipotecado, y hay una demanda social a favor de lo que, con cierta impropiedad técnica, se denomina «dación en pago». Se trata, a nuestro entender, de la eterna disyuntiva entre justicia y seguridad jurídica. Si el fragmento no está alterado, es evidente que Ulpiano optó por la justicia, aunque no sabemos si a principios del siglo III d.C., en la antesala de la anarquía militar, existía en el mundo romano una situación de crisis económica comparable con la actual.

Como ya hemos apuntado, esta posibilidad de que el ejecutante adquiriese la cosa embargada por no aparecer comprador idóneo podía derivarse de las propias maquinaciones del ejecutado.

El rescripto de Antonino Caracalla dirigido a Agripa el año 214, C. 7.53.3, comienza con una introducción, a modo de preámbulo para justificar la decisión, advirtiendo que el orden de las actuaciones procesales y el retardo que se produjo en el pago piden un remedio más eficaz:

«Ordo rei gestae et mora solutionis, quae intercessit, constantius desiderat remedium [...]».

A continuación dispone que, si el consultante se dirigiera al presidente de la provincia, que debía ejecutar la sentencia, y alegase que los inmuebles dados en prenda, subastados hace tiempo, no encontraban comprador por convenios o por influencia de la parte contraria, es decir, del ejecutado, lo pondría (el presidente) en posesión de ellos, para que, al menos con este remedio, se llevase a efecto el asunto tanto tiempo retrasado.

«[...] si itaque praesidem provinciae, qui rem iudicatam exsequi debet, adieris et adlegaveris res soli, quae pignori datae⁹³ sunt, diu subhastatas ex compacto sive ambitione diversae partis emptorem non invenire, in possessionem earum te mittet, ut vel hoc remedio res tam diu tracta ad effectum perducatur».

La misma decisión reaparece en el otro rescripto, del emperador Gordiano, del año 239, dirigido a Antígono, y recogido en C. 8.22.3, que habla de la maquinación (*calliditas*) del condenado. Responde el emperador enunciando la regla general según la cual «se acostumbraba» (*consuerunt*) a que las prendas tomadas por la autoridad del presidente, en ejecución de sentencia, más bien fueran enajenadas que poseídas en propiedad:

«In causa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi quam iure domini possideri consuerunt [...]».

⁹³ TALAMANCA, M., «La vendita all'incanto nel proceso ejecutivo romano», en *Studi De Francisci II*, Milano, 1956, p. 252, prefiere, en lugar de *datae*, la lectura «*pignori captae sunt*», que se hallan en el manuscrito Cassinate del Código justiniano y en el *Codex* 883 de la Biblioteca Paulina de Leipzig. En la n. 2 recoge una reseña bibliográfica sobre esta posible lectura, que, evidentemente, parece más correcta a primera vista, pues las cosas embargadas no eran «dadas» sino «tomadas» en prenda, y la expresión *pignus datum*, se solía emplear para designar la prenda convencional con entrega de la cosa al acreedor, frente a *pignus conventum* que era la prenda sin desplazamiento posesorio, es decir, la hipoteca.

A continuación, añade una excepción a este principio general, introducido por la adversativa *tamen*: si por maquinación del condenado no se pudiera encontrar comprador «se solía» entonces adjudicar el dominio al acreedor.

«[...] si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet».

La disposición imperial, sobre esta cuestión, que está redactada en los mismos términos generales que el fragmento de Ulpiano, es el rescripto de Alejandro Severo, anteriormente citado, C. 8.22.2.1 (*Alex.* 223), que estableció que «debía» adquirir la cosa, aquél a quien se había satisfecho la condena, es decir, el ejecutante, en lugar de otro cualquiera, si fue admitido a la licitación según lo establecido, en caso de que no hubiese postor, o que el que apareciese no ofreciese un precio «digno», o sea, adecuado, lo que supone una temprana introducción de la idea de *iustum pretium*:

«Et si alio emptore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente is cui iudicatus satis non fecit ad licitationem secundum constituta fuerit admissus, cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet».

Aunque la idea directriz que preside todos estos textos sea la misma, aparecen entre ellos ciertas diferencias, como son la exigencia de que el fracaso de la subasta se debiese a las malas artes del ejecutado, o la posibilidad de que la adquisición operase tanto cuando no había licitadores, como cuando no se ofrecía un precio adecuado⁹⁴.

La adquisición de la cosa por el ejecutante aparece calificada con diversa terminología en las fuentes. Para Alejandro Severo, en C. 8.22.2.1 (223) se trataba de una *emptio* («[...] vice ex officio emere debet [...]»); Ulpiano en D. 42.1.15.3, nos habla de *addictio* («[...] pignora, [...] addicantur ipsi, cui quis condemnatus est, addicantur autem [...]»), y se refiere a «poseer las prendas» (*pignora [...] possidere*); también Gordiano, en C. 8.22.3 (239) la considera *addictio* («[...] dominium creditori addici [...]») y utiliza la expresión «poseer por derecho de dominio» («[...] iure domini possideri [...]»); Caracalla, en C. 7.53.3 (214), la denomina *missio in possessionem* («[...] in possessionem earum te mittet [...]»).

Es evidente que si nos atenemos al rigor de las categorías jurídicas del Derecho clásico, estas vacilaciones en la nomenclatura parecerían encerrar ciertas dudas sobre la calificación de la adquisición del ejecutante. Una

⁹⁴ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 96-97, refiere la opinión de Dernburg, sobre la diferencia entre D. 42.1.15.3, que no exige la intervención imperial, y C. 8.22.3, que sí parece requerirla. Las antinomias entre los cuatro textos (D. 42.15.3, C. 7.53.3, C. 8.22.2.1 y C. 8.22.3) ya fueron puestas de relieve por la Glosa, como transcribe TALAMANCA, *op. cit.*, p. 260, n. 2, recogiendo también las opiniones de Baldo, Bártolo, Donello, Duareno y Cuyacio.

emptio implicaría un consentimiento del *venditor*, es decir, del ejecutado, que evidentemente aquí faltaba, al tratarse de una enajenación forzosa, pero por otro lado parece que el ejecutante que adquiere la cosa se sitúa en una posición análoga a la del posible licitador rematante, que era un comprador (*emptor*), aunque, en este caso, no tenía que abonar precio. La *addictio* sería una atribución de dominio constitutiva como acto de *imperium*, aunque ya no realizada por el magistrado, como antaño, sino por el funcionario imperial con jurisdicción delegada. Finalmente, la puesta en posesión (*missio in possessionem*) supondría una entrega de la cosa que no llevaría consigo, necesariamente, la adquisición del dominio. Sin embargo, pensamos que estas disquisiciones terminológicas no deben ser llevadas más allá de sus justos límites, porque los jurisconsultos, tanto cuando se manifestaban por sí mismos, como cuando redactaban rescriptos en la Cancillería del *princeps*, utilizaban, para referirse al procedimiento cognitorio, expresiones extraídas del antiguo *ordo* formulario, e incluso la expresión *possessio* podía ser tomada en un sentido muy genérico, para designar la transferencia posesoria habitual en la transmisión del dominio.

No han pasado inadvertidas estas vacilaciones terminológicas para la romanística y, a partir de ellas, se han formulado diversas explicaciones sobre el mecanismo por el cual se hacía propietario al ejecutante en caso de subasta fallida. Según resume TALAMANCA⁹⁵ la doctrina dominante entendía que, tan pronto como el acreedor hubiera obtenido la *addictio* de la cosa por la autoridad del *Princeps*, se convertiría en propietario y, por tanto, dispondría de la *actio reivindicatoria* contra cualquiera que la poseyese, pero, refiere este autor la opinión de BURDESE⁹⁶, según el cual, la adquisición de la propiedad vendría, en este caso, mediante la calificación *iure dominii* de la posesión del acreedor y, si éste no la tenía, debería reclamar la cosa, ejercitando la *actio quasi Serviana* para obtenerla y, una vez obtenida, adquiriría la propiedad⁹⁷.

Aborda *Tryph. 7 disp.* D. 41.1.63.4 en la parte final del fragmento, la curiosa situación de un acreedor pignoraticio que había obtenido *ex principis auctoritate* el dominio de un campo dado en garantía, pero con un plazo para redimirlo. Si transcurrió el plazo y, durante este tiempo, halló un tesoro, lo tendrá para sí, pero si se le había ofrecido el pago, tendrá que devolver el fundo y sólo podrá retener la mitad del tesoro:

⁹⁵ TALAMANCA, M., *La vendita...*, *op. cit.*, p. 253.

⁹⁶ BURDESE, A., *Lex commissoria e jus vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, pp. 208-209.

⁹⁷ Respecto a esta disyuntiva concluye TALAMANCA, *loc. cit.*, que «Non è questo il luogo di discutere quale delle due opinioni sia la più esatta: quello che ci interessa di stabilire è che in questo caso il creditore aveva già un diritto, riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico con appositi mezzi processuali, ad ottenere (quale proprietario o quale creditore) il possesso de la res pignori data».

«[...] et cum creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii, intra constitutum luendi tempus pignoris causa vertitur: post transactum autem tempus thensaurum in eo inventum ante solutam pecuniam totum tenebit. oblato vero intra constitutum tempus debito, quoniam universa praestantur atque in simplici petitore revocantur, restitui debebit, sed pro parte sola, quia dimidium inventori semper placet relinqui».

Tampoco coinciden las fuentes examinadas a la hora de determinar quién era el que atribuía al ejecutante la propiedad de la cosa embargada, ante la ausencia de comprador. Ulpiano, D. 42.1.15.3, emplea una fórmula genérica, «se atribuirán («[...] addicantur [...]») y Alejandro, C. 8.22.2.1 también se limita a decir que el ejecutante «debe comprar» del funcionario («[...] ex officio emere debet»), pero las otras dos constituciones precisan algo más: Caracalla, C. 7.53.3 señala que sería el presidente de la provincia quien pondría al consultante en posesión de las cosas («[...] praesidem provinciae [...] in possessionem earum te mittet [...]»)⁹⁸, pero Gordiano, C. 8.22.3, subraya que la *addictio* del dominio se realizaba por la autoridad del príncipe («[...] tunc auctoritate principis dominum creditori addici solet»). No nos parece que esta divergencia, entre los rescriptos de Caracalla y Gordiano, sea demasiado significativa, porque, tanto en tiempos del uno como del otro, el poder de los presidentes provinciales era siempre una potestad imperial delegada, aunque, en la práctica actuasen de manera autónoma y con cierta discrecionalidad. Seguramente la alusión a la *auctoritas principis* en la constitución de Gordiano, no pasaría de ser una confirmación de algo que era harto sabido: que los funcionarios imperiales con actividad jurisdiccional actuaban siempre bajo el manto protector del emperador.

Otra cuestión es la de si el ejecutante, una vez celebrada la subasta sin éxito, estaba obligado a adquirir la cosa. Parece lógico pensar que se trataba de una facultad que podría ejercitar potestativamente, pero, según el tenor literal de C. 8.22.2.1 (Alex. 223) era un deber que se imponía coactivamente al ejecutante («[...] ex officio emere debet») (si «[...] ad licitationem secundum constituta fuerit admissus»). Ulpiano en D. 42.1.15.3, al recordar el supuesto rescripto de Severo y Caracalla dice que se adjudique al ejecutante («[...] ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est [...]») pero, más adelante, advierte que si el ejecutante «prefiriera poseer las prendas» («[...] maluerit pignora in creditum possidere [...]») debía contentarse con ellas. Esta expresión nos hace pensar que podía preferir no adjudicarse el bien *pignore captum*, manteniendo incólume la cuantía de su pretensión. Es fácil suponer que, cuando había bienes en el orden siguiente que, previsiblemente, fuesen vendibles con más provecho, su opción sería dar por fallido el embargo y solicitar que se pasase a embargar los otros bienes. Pero

⁹⁸ TALAMANCA, *op. cit.*, p. 263: «[...] in quest'ultima costituzione il Preside non è semplice esecutore della volontà imperiale, ma concede l'addictio al creditore in base ai suoi poteri istituzionali».

si, como sería frecuente, no existían otros bienes para ejecutar, o éstos le parecían insuficientes, o de difícil realización, es claro que, para cobrar, al menos, una parte del *iudicatum* no tendría más solución que adquirir el bien, renunciando a exigir la diferencia de valor.

Caracalla dispone, en C. 7.53.3 (214), que el presidente dará la posesión de las cosas embargadas al ejecutante («[...] *in possessionem earum te mittet* [...]»), pero no olvidemos que esto sólo sería admisible si éste alegaba que no se había podido hallar comprador en la subasta, por la actuación dolosa del ejecutado, lo que también revelaría el deseo del ejecutante de lograr la propiedad del inmueble embargado. Gordiano en C. 8.22.3 (239) termina diciendo que «se suele» adjudicar el dominio de la prenda al acreedor («[...] *auctoritate principis dominium creditori addici solet*»), de donde se deduce que, si bien sería éste el recurso habitual, no se excluían otras posibilidades. En suma, nos parece que, aunque Alejandro Severo presente en C. 8.22.2.1 la adquisición de la cosa por el ejecutante en caso de subasta fallida, como algo inexorable, no se obligaría al ejecutante a adquirir el objeto contra su voluntad.

CAPÍTULO VIII

POSIBLE FRUSTRACIÓN DE LA REALIZACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS

Aun después de haber sido adquiridas las cosas embargadas podían surgir circunstancias que impidieran la satisfacción del ejecutante y la liberación del ejecutado, como ocurría cuando el comprador no pagaba el precio ofrecido o se veía despojado de la cosa adquirida por la acción reivindicatoria ejercitada por un tercero, que resultaba ser propietario de la misma. Analizemos, a continuación, los recursos contenidos en las fuentes, para estos supuestos.

I. EL IMPAGO DEL PRECIO POR EL REMATANTE

Sobre el impago del precio por el licitador, a quien se atribuía la propiedad, trata *Ulp. 3 de off. cons* D. 42.1.15.7. La complicada redacción del fragmento lo hace estilísticamente sospechoso, y la literatura crítica ha discutido sobre sus posibles alteraciones. De entrada, resulta evidente que, para que se produjera la *addictio* del objeto embargado, al mejor postor, no era preciso que hubiese pagado previamente el precio ofrecido. Pero, mientras no pagase, nos encontraríamos con la situación, a todas luces, injusta, de un licitador que se enriquecía gratuitamente al adquirir la propiedad y de un acreedor que, tras haber solicitado la ejecución forzosa de la sentencia, veía insatisfecha su pretensión.

La primera pregunta, que se plantea Ulpiano, es si los mismos jueces¹, que ordenaron la ejecución debían extender su actuación (*porrigere manus*)

¹ En la edición de MOMMSEN, siguiendo a LENEL, se considera que, en este párrafo del fragmento y, en general, en todos aquellos en que se hace referencia *iudex* y *iudices*, se debe

contra el comprador a quien habían sido adjudicadas las cosas tomadas en prenda por el juez ejecutante², cuando no pagaba el precio,

«Sed si emptor, cui pignora sunt addicta exsequire iudice, pretium non solvat, utrum adversus emptorem porrigere manus debeant idem iudices, qui sententiam exsequuntur, videndum est [...]».

Su opinión es negativa: no deben ir más allá de la ejecución:

«[...] et non puto eos ultra procedere: [...]».

Para fundamentar esta afirmación, plantea una serie de cuestiones. La cosa, dice, iría demasiado lejos, porque pregunta retóricamente: ¿Qué diremos? ¿Condenarán al rematante y ejecutarán contra él esta sentencia teniéndola inmediatamente como cosa juzgada?

«[...] ceterum longe res abibit. quid enim dicemus? condemnabunt emptorem et sic exsequuntur adversus eum sententiam, an statim pro iudicato habebunt? [...]».

¿Qué pasará si negare haber comprado o mantuviere que ya pagó?

«[...] et quid si neget se emisse aut exsolvisse contendat? [...]».

Mejor sería, añade, si no se interpusieran en el curso de la ejecución estas acciones contra el rematante, máxime cuando el ejecutante no tendría acción contra él, ni éste le hubiera causado daño:

«[...] melius igitur erit, si non se interponant, maxime cum nec habeat actionem adversus eum is, cui iudicatum fieri desideratur. nec iniuria adficietur: [...]».

La justificación final de esta complicada, y bastante confusa, argumentación es de índole práctica: conviene, según el jurista, que las cosas embargadas se vendan al contado³ y no aplazando cierto tiempo el pago del

restituir como *consul* y *consules*. Sin rebatir la opinión de tan ilustres autoridades, parece que, si bien el fragmento procede de uno de los libros *De officio consulis* de Ulpiano, no está pensando el jurista en el cónsul republicano, sino en los jueces funcionarios de la *cognitio*, aunque, quizá por reverencia al pasado aluda a la magistratura consular.

² GARCÍA DEL CORRAL traduce *exsequire iudice* como un ablativo absoluto, «mientras el juez ejecuta la sentencia», quizá porque, en el texto latino que transcribe, aparece una coma, que no se encuentra en la edición de Mommsen entre las palabras *addicta* y *exsequire*. Creemos, más bien que se trata de un ablativo agente del pretérito perfecto pasivo *sunt addicta* y, por ello, nos parece más correcto traducirlo como «por el juez ejecutante», o «por el juez encargado de la ejecución» como hace la edición de Aranzadi.

³ Para prevenir estas situaciones, la LEC exige, en primer lugar, que todos los postores depositen el 30 por 100 del valor de tasación en el Juzgado (art. 669 LEC). Por otra parte, se

dinero⁴. Es decir, que se debe transmitir la cosa al rematante simultáneamente al pago del precio ofrecido para evitar que, si se aplaza, quede impagado:

«[...] oportet enim res captas pignori et distractas praesenti pecunia distrahi, non sic, ut post tempus pecunia solvatur [...]».

Finaliza el fragmento apuntando que si hubiere de interponerse acciones contra el rematante que no pagaba, habría que tomar en prenda la misma cosa adjudicada y venderla de nuevo⁵, como si todavía no se hubiese extinguido la prenda por la *addictio* al rematante:

«[...] certe si se interponant, hactenus debebunt intervenire, ut ipsam rem addictam capiant et distrahant, quasi nondum vinculo pignoris liberatam».

La interpretación de este fragmento suscitó una viva polémica en la romanística. En primer lugar, la expresión *porrigere manus*, que emplea el jurista al inicio del pasaje, es muy genérica y, en realidad, vendría a equivaler a «extender la mano», o dicho en lenguaje ordinario, a «echarle mano». Puede referirse a «demandar», siguiendo un proceso de reclamación contra el rematante que no pagó, quien podría, naturalmente, oponerse y discutir la pretensión, hasta llegar a una sentencia que podría ser condenatoria. Pero también podría aludir a otra actuación más expeditiva, como sería embargarle directamente, habida cuenta de que su ofrecimiento del mayor precio en la subasta, sería un hecho poco discutible. Se trataría, salvando las distancias, de algo parecido a la *manus iniectio* arcaica, en la que no se dilucidaba si el demandado debía o no, sino que, dando por sentado su débito, se procedía a la ejecución personal contra él. La invocación al término *manus*, de tanto abolengo en el lenguaje jurídico romano, podría inclinar hacia esta segunda hipótesis.

Por otra parte, presenta el fragmento la flagrante contradicción entre la primera parte, que niega al juez de la ejecución toda posibilidad de actuar contra el rematante que no paga, y su inciso final, que parece ordenar al juez embargar la cosa y venderla, como si no se hubiese extinguido la prenda.

BARTOLUCCI⁶ considera clásica la regla, contenida en el texto, según la cual debían hacerse al contado las ventas de las cosas tomadas en prenda

hace depender la eficacia de la adjudicación definitiva del pago efectivo del remate. Así se deduce del art. 670.1 LEC.

⁴ Señala TALAMANCA, *op. cit.*, pp. 257-258, que la llamada *Lex agraria*, preveía, en la época republicana, un procedimiento ejecutivo, de carácter público, en el que la venta se debía hacer al contado (*pequnia praesenti*).

⁵ La traducción de Aranzadi, a diferencia de la de GARCÍA DEL CORRAL, dice «[...] y “volverla” a vender», insertando esta palabra que implica la repetición de la venta.

⁶ BORTOLUCCI, G., «Rivendita romana?», en *Studi Perozzi*, pp. 289 y ss., Palermo, 1925.

in causa iudicati, y ello excluía cualquier intervención del juez de la ejecución contra el *emptor* que no pagaba. Su reconstrucción crítica del fragmento, aparte de sustituir, como es habitual *iudices* por *consules*, suprime como interpoladas las frases «[*ceterum longe res abibit. quid enim dicemus? condemnabunt emptorem et sic exsequentur adversus eum sententiam, an statim pro iudicato habebunt? et quid si neget se emisse aut exsolvisse contendat? melius igitur erit, si non se interponant, maxime*»], [«*et distractas*»] y [«*certe si se interponant, hactenus debebunt intervenire, ut ipsam rem addictam capiant et distrahant, quasi nondum vinculo pignoris liberatam*»]. Tras una poda tan feroz, el texto quedaría así:

«*Sed si emptor, cui pignora sunt addicta exsequente iudice, pretium non solvat, utrum adversus emptorem porrigere manus debeant idem iudices, qui sententiam exsequuntur, videndum est. et non puto eos ultra procedere cum nec habeat actionem adversus eum is, cui iudicatum fieri desideratur. nec iniuria adficietur: oportet enim res captas pignori et distractas praesenti pecunia distrahi, non sic, ut post tempus pecunia solvatur*».

Naturalmente, como suele suceder cuando un texto se somete a una hipercrítica, los problemas se simplifican enormemente. El texto *ulpiano*, según esta lectura, diría, simplemente, que las cosas embargadas debían venderse al contado, y así desaparecerían todos los problemas. Por supuesto, los jueces de la ejecución no podían actuar sobre el comprador que no pagaba, sencillamente, porque la cuestión no podía darse en la práctica. Pero, como siempre ocurre con las supuestas interpolaciones, nos queda, en el fondo, la duda de si no le habremos hecho decir artificialmente al texto lo que nos interesa, para justificar una solución, previamente adoptada. Al fin y al cabo una reconstrucción textual, no pasa de ser una mera hipótesis.

Contra la interpretación de BARTOLUCCI reaccionó SANFILIPPO⁷ que subrayó el injusto resultado práctico al que conduciría: el comprador que no pagara se quedaría gratuitamente con la cosa pignorada y ni el magistrado de oficio ni el acreedor, que vería frustrado su interés, podrían perseguirlo. La reconstrucción del texto por SANFILIPPO, también sometiéndolo a una terrible poda, quedaría así, sin tener en cuenta la sustitución de *consul* por *iudex*:

«*Sed si emptor, cui pignora sunt addicta exsequente iudice, pretium non solvat, utrum adversus emptorem porrigere manus debeant idem iudices qui*

⁷ SANFILIPPO, C., «Sull'ammisibilità della vendita del "pignus in causa iudicti captum"», en *Studi Riccobono* 2, Palermo, 1936, p. 525: «*Ma tale riconsunzione porterebbe a un risultato pratico veramente iniquo: infatti se l'emptor, cui fu "addicta" la cosa, non paga il prezzo, nè il magistrato dovrà perseguirlo d'ufficio, nè il creditore, nel cui interesse ebbe luogo la vendita, ha azione contro l "emptor", il quale pertanto, indisturbato, si avrà gratuitamente il "pignus". L'assurdità di tale conclusione è fin troppo evidente ed è stata rilevata già dalla Glosa, che esclama: "quid ergo erit? Iam victor videtur derisus!" e adduce come rimedio l'opportunità di vendere per contanti*».

sententiam exsequuntur videndum est. et puto eos ultra <procedendum> ut ipsam rem addictam capiant et distrahant, quasi nondum vinculo pignoris liberatam»⁸.

Es decir que, según la reconstrucción de BARTOLUCCI, si el comprador, a quien eran atribuidas las cosas pignoradas por el juez de la ejecución, no pagase el precio, habría que ver si los mismos jueces que ejecutaron la sentencia podrían extender su actuación contra el comprador; y consideraba el jurista que estos jueces debían seguir procediendo para tomar la misma cosa adjudicada y venderla, como si todavía no estuviese liberada del vínculo de la prenda.

La refutación de SANFILIPPO a la reconstrucción crítica de BARTOLUCCI, es, ciertamente, irreprochable, pero hay que pensar que, si admitimos el texto, tal como nos lo presenta BARTOLUCCI, no se llegaría nunca a tal absurdo, porque, siguiendo la autoridad de Ulpiano, se vendería siempre al contado y jamás se daría el problema del impago, ya que la *addictio* se produciría simultáneamente al abono del precio y sólo operaría cuando este hubiese sido entregado⁹. Lo que sucede es que SANFILIPPO considera que la referencia a la venta al contado (*praesenti pecunia*) es una interpolación justiniana¹⁰, mientras que BARTOLUCCI admite su claridad.

Pero pensamos que tampoco se avendría bien esta solución con el pensamiento jurídico romano clásico, que consideraba la compraventa como un negocio consensual en el que la transmisión de la propiedad se producía por la *traditio* y no por el pago del precio. Estaríamos, ante una asunción temprana de la «venta real» de origen helénico, que, como contrapunto con la venta consensual nos aparece en las fuentes, y que consideraba la compraventa como un cambio de cosa por precio¹¹, de manera que la transmisión de la propiedad sólo se lograba cuando se producía la entrega del dinero, y más aún, a favor de quien procedía el dinero y no de aquél a quien se hacía la entrega de la cosa¹²

⁸ *Op. cit.*, p. 530.

⁹ TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 257: «Ma la norma classica che escludeva la cognitio dell'acquirente non portava al risultato iniquo a cui accenna il Sanfilippo, perchè la vendita doveva avvenire praesenti pecunia. È l'impossibilità di far crédito (questo è il ragionamento di Ulpiano) che esclude la cognitio del magistrato exsequens».

¹⁰ SANFILIPPO, C., *op. cit.*, p. 530: «Una prima innovazione rispetto all'originale ulpineo è data, a mio avviso, dalla interpolazione della regola della vendita per contanti, il cui carattere compilatorio mi pare provato dalla intonazione legislativa del brano relativo ("oportet enim [...]"), dalla superfluità delle parole "et distractas" evidentemente inutili, e, soprattutto, dalla mancanza di coesione dell'inciso con tutto il rimanente testo».

¹¹ TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 257: «[...] nessuno può negare che i bizantini tendessero, sotto l'influsso di concezione greche, a considerare la compravendita come uno scambio di cosa contro prezzo».

¹² Vid. DÍAZ BAUTISTA, A., «La "venta real"», en *El Derecho Comercial de Roma al Derecho Moderno*, vol. I, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2006, pp. 13-47.

TALAMANCA no cree que ninguna de estas dos posiciones sea íntegramente aceptable¹³ y, para salvar la contradicción del texto, lo pone en relación con el par. anterior (D. 42.1.15.6)¹⁴ del que es continuación. Este texto señala que el juez de la ejecución no debía conocer sobre la controversia que se le promoviera al comprador o al acreedor ejecutante, después de haberse adjudicado la prenda, apoyándose en dos razones: el *periculum emptoris* una vez perfeccionada la venta, y la cesación de las funciones de los jueces de la ejecución, una vez puesto en posesión el comprador. Por similitud, entiende este autor que el fragmento de Ulpiano excluía totalmente una nueva *cognitio*¹⁵ del juez de la ejecución, e imponía la venta al contado y no a plazo, que es la que permitiría al *emptor* oponer la excepción de pago o negar que hubiese comprado¹⁶, pero sostiene que, en la venta al contado sí, a pesar de haberse hecho la *addictio*, no pagaba el comprador el precio, podían los *apparitores* volver a vender la cosa porque la primera venta se había frustrado por la falta de pago. Con esta interpretación, no hay, para TALAMANCA, contradicción entre la primera parte del fragmento, que excluye la *cognitio* del juez de la ejecución, y el final, donde no se le reconoce más poder que el de llevar a término la ejecución, cuyo fin no se ha logrado por la falta de precio, con lo cual es como «si la prenda no se hubiera liberado»¹⁷. Esta distinción entre la *cognitio* (excluida) y la prosecución de la ejecución (admitida) es válida, para el autor, también para el Derecho justinianeo, como lo confirma un pasaje de los *Basilicos*¹⁸.

¹³ TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 255.

¹⁴ D. 42.1.15.6: «*Si post addictum pignus aliqua controversia emptori moveatur, an sit cognitio eiusdem iudicis, qui sententiam exsecutus fuerit, videndum est. et cum semel emptio perfecta sit eiusque qui comparavit periculum vertatur, non puto locum esse cognitioni: certe posteaquam inductus est emptor in possessionem, nonne cessabunt partes eorundem iudicum? idemque et si ipsi, cui quis iudicatus est, res fuerit addicta.*»

¹⁵ LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 284, n. 338, se muestra en desacuerdo con TALAMANCA y señala que Ulpiano habla en el par. 6 de *cognitio*, pero en el 7 emplea la expresión más general *porrigere manus*, sin señalar que se refiera sólo a una *cognitio*, y termina afirmando que la continuación del texto trata tanto de la *cognitio*, como de la exigencia del precio de compra en la ejecución: «*[...] die Fortsetzung des Textes sowohl von der Möglichkeit der cognitio als auch von der Eintreibung der Kaufsumme innerhalb der Exekution handelte.*»

¹⁶ TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 258: «*Questo modo di procedere non si adatta ad una vendita a crédito: colui presso il quale si trova la cosa che si pretende pignori capta et addicta a crédito potrebbe opporre di aver già pagato il prezzo, di non aver comprato quell'oggetto all'asta pubblica, ed eccezioni del genere. Il che escluderebbe la pignoris capio secondo quello che, a nostro avviso, era il dettato genuino del par. 4 h.l. Non si capirebbe quindi la possibilità di una vendita a crédito senza mezzi giudiziari efficienti per tutelare la pretesa al prezzo.*»

¹⁷ TALAMANCA, M., *op. cit.*, pp. 258-259: «*La procedura descritta s'adatta invece all'ipotesi di una vendita a contanti: se dopo l'addictio l'aggiudicatario si rifiuti di pagare il prezzo, gli apparitores possono procedere alla rivendita della cosa perché la prima vendita era venuta meno con il mancato pagamento del prezzo. Non v'è quindi, in questa maniera contraddizione fra il principio e la fine del parágrafo, poichè nel principio si esclude la cognitio del giudice esecutivo, mentre nella fine non si riconosce al suo officium che la possibilità di portare a termine l'executio, il cui scopo non viene raggiunto stante il mancato del prezzo e ciò è chiaramente riaffermato dall'inciso finale quasi nondum vinculo pignoris liberatam.*»

¹⁸ Bas. 9.3.15.8.

LITEWSKI, tras considerar los intentos interpretativos del texto, fija su atención en la frase final («[...] *ut ipsam rem addictam capiant et distrahant, quasi nondum vinculo pignoris liberatam*») que considera genuina¹⁹, siguiendo a SANFILIPPO y TALAMANCA, de manera que el órgano ejecutivo debía reiterar la ejecución y proceder a la venta de una cosa, por el precio de compra no abonado²⁰. Añade que la justicia material de esta afirmación no ofrece duda alguna, puesto que, si no se producía el pago del precio por el comprador, no podía éste poseer la cosa²¹ y era este abono el que liberaba de la prenda el objeto embargado. De donde concluye que, si no fuese admisible una reiteración de la pignoración, quedaría el acreedor frustrado y el adquirente podría tener la cosa gratuitamente²². Para apoyar su afirmación de que el *pignus captum* sólo se extingüía por el pago, acude, por analogía, a dos textos relativos a la evicción del rematante²³. El primero es un fragmento de Hermogeniano (*2 iuris epit.*), D. 21.2.74.1, en el que reconoce la *actio empti*, en caso de evicción, al comprador del objeto embargado contra «aquel que se ha liberado por el precio» («[...] *contra eum qui pretio liberatus est [...]*»), es decir, contra el ejecutado²⁴. El segundo es un rescripto de Gordiano, del 239, en el que afirma que la acción, en caso de evicción del rematante, se debía dar «contra aquellos a quienes aprovechó el pago del precio» (*eos debuisset dari actionem, quibus pretii solutio proficit*)²⁵.

Sin pretender terciar en el análisis crítico del fragmento, sobradamente realizado por insignes romanistas, es evidente que la retorcida redacción del fragmento resulta sospechosa de alteración. Pero, sin necesidad de intentar una reconstrucción hipercrítica, algo superado en la romanística actual, ni de acudir a excesivas sutilezas, pensamos que el fragmento presenta una línea argumental coherente para la práctica del Derecho, ya proceda, toda ella, del pensamiento original ulpiano, ya del de los compiladores, que, no

¹⁹ LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 288: «Für echt halte ich den Schluss des Parag. 7: *ut ipsam [...]* pignoris liberatam».

²⁰ LITEWSKI, W., *loc. cit.*: «Danach musste das Vollstreckungsorgan erneut die Exekution und den Verkauf einer Sache vornehmen, für die die Kaufsumme nicht entrichtet wurde».

²¹ LITEWSKI, W., *loc. cit.*: «Die sachliche Richtigkeit dieser Feststellung erweckt keinen Zweifel. War schon die Eintreibung der Kaufsumme von dem Käufer nicht zulässig, so konnte er doch nicht die Sache besitzen».

²² LITEWSKI, W., *loc. cit.*: «Erst die Entrichtung der Kaufsumme befreite die Sache vom Pfand. Wäre eine erneute Pfändung nicht zulässig, ginge der Gläubiger leer aus und der Ersteher könnte die Sache unentgeltlich behalten».

²³ LITEWSKI, W. *op. cit.*, p. 289.

²⁴ *Herm. 2 iuris epit.* D. 21.2.74.1: «Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex empto contra eum qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio dumtaxat eiusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei qui evictio restituere non habebat necesse».

²⁵ C. 8.44.13 (Gord. 239): «Si ob causam iudicati pignora capta sunt ex eius auctoritate, cui praecipienda ius fuit, ea de quibus complecteris, eaque tu mercatus es, frustra ab ea quae condemnata est vel quae in eius locum successit eorum refertur quaestio, quandoquidem, etsi evictio eorum ab alio subsequuta fuisset, adversus eos debuisset dari actionem, quibus pretii solutio proficit., meritissime rescriptum est».

lo olvidemos, eran consumados expertos en Derecho, aunque, en algunas ocasiones, como en ésta, no atinaran formalmente en la expresión.

El texto excluye en su primera parte una acción contra el licitador rematante que no pagó, para exigirle el pago ofrecido, por dos razones. Primeramente, porque la competencia de los jueces de la ejecución se limitaba a ésta y no alcanzaba a juzgar al rematante que incumplió su oferta, ni mucho menos, a dilucidar sobre las posibles excepciones que pudiese utilizar en su defensa, ya que no era parte en el proceso ejecutivo. Dicho en términos de la moderna Dogmática, ni el órgano tendría competencia, ni el rematante legitimación pasiva. En segundo lugar, no podría el ejecutante constituirse en demandante en un proceso contra el mejor postor, para exigirle el precio ofrecido, ya que no había contratado con él, al haberse realizado la venta los *apparitores*, bajo el mandato del juez de la ejecución. Tampoco podría actuar alegando un daño, que no se habría producido directamente contra él, por el impago del comprador seleccionado en la subasta.

Para evitar estas situaciones, el fragmento recomienda que las ventas de objetos pignorados en ejecución de sentencia se hagan al contado, y no a crédito, difiriendo el pago para un momento posterior. Pero, aún haciéndose de este modo, cabía la posibilidad de que el rematante no pagase en el acto precio ofrecido. Repugna al más elemental criterio jurídico suponer que, aunque se hubiese hecho la *addictio* del objeto al licitador, pudiese éste obtener la propiedad sin haber pagado, lo que supondría para él un enriquecimiento injusto y, para el ejecutante, la frustración de su pretensión.

Quizá la doctrina haya caído en el espejismo de considerar la *addictio* del juez ejecutor como un acto formal de atribución abstracta de la propiedad, por vía de *imperium*, en la que la adquisición no dependía de la validez de la causa, sino de la observancia de unas formas, como ocurría en las antiguas *addictiones* del magistrado²⁶. Sin embargo, es muy probable que en el procedimiento cognitorio se pensase que la *addictio* estaba subordinada a la entrega del precio²⁷. Por otra parte, el principio de accesoriedad según el cual subsistía el *pignus*, tanto convencional²⁸ como judicial, mientras no se extinguiese, por cualquier causa la obligación garantizada²⁹, conducía a la solución de entender que el objeto embargado no se liberaba de su afec-

²⁶ Aunque se consideraron revocables en las ventas fiscales, cuando el comprador no pagaba el precio, *vid.* D'ORS, *DPR*, par. 160. n. 2, e, «In Diem Addictio», en *AHDE* 16 (1945), pp. 193-299.

²⁷ VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 67: «Aus alledem kann gefolgert werden, dass der Ersteiger den Kaufpreis bar zu entrichten hatte, um die zugeschlagene Sache wirksam erwerben zu können».

²⁸ Salvo que el impago del precio se debiera a culpa del acreedor pignoraticio, *Paul. 3 quaest. D. 20.5.9pr.*: «Quaesitum est, si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset. putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem nisi pecunia percepta».

²⁹ Salvo, naturalmente la posibilidad, no contemplada en este supuesto, de que el acreedor pignoraticio extinguiera, voluntariamente, la prenda, dejando subsistente la obligación garantizada.

tación, mientras no se pagase el crédito del ejecutante, nacido del *iudicatum*. Por eso, subraya el fragmento que la prenda judicial no se había extinguido y decide, por tanto, que el objeto se debía ofrecer de nuevo a la venta.

II. LA EVICCIÓN DEL REMATANTE

Una cuestión analizada por la jurisprudencia, y los rescriptos imperiales, es la de la posible evicción del rematante, esto es, la posibilidad de que un tercero pretendiera, y demostrara, su titularidad dominical sobre la cosa ya adjudicada³⁰. Como se ha visto, cuando la contienda sobre la propiedad de la cosa embargada surgía en el curso de la ejecución, debía ser resuelta de manera sumaria por el propio juez, que había ordenado la toma de la prenda, pero ahora debemos contemplar el supuesto de que el licitador rematante, a favor de quien ya se había hecho la *addictio*, fuera despojado de la cosa adquirida, como consecuencia de la acción reivindicatoria de un tercero que probaba ser propietario del objeto que se subastó³¹.

La posibilidad de evicción del comprador también podía, naturalmente, darse en la prenda convencional, cuando el acreedor pignoraticio ejercitaba el *ius vendendi* y, después de haber vendido, resultaba vencido el adquirente por la reclamación de la cosa realizada por el propietario. La solución era que el perjuicio económico, producido por la evicción, no recayese sobre el acreedor pignoraticio sino sobre el pignorante³² y este tratamiento se aplicó también en el caso del *pignus in causa iudicati captum*. Pero existía una interesante diferencia, en cuanto al *iter* procesal entre la prenda convencional y la judicial. En la primera, según un complejo texto de Trifonino (D. 20.5.12.1), podía el comprador evicto demandar al acreedor pignoraticio, y éste podía, después, repercutir contra el deudor. En cambio en el *pignus in causa iudicati captum* debía dirigirse el *emptor* evicto contra el ejecutado, y no contra el ejecutante, que quedaba exonerado por la *addictio*.

Paul. 6 resp. D. 20.5.10 comienza afirmando que, quien compró una cosa, con la cláusula de ser una prenda, no podía reclamar al vendedor por la evicción de ésta, ni tampoco sería escuchado el acreedor que vendió el fundo, si quisiera promover un litigio, por otra causa, sobre la misma cosa,

³⁰ Sobre la evicción del comprador de una cosa pignorada, tanto en el *pignus* convencional como en el judicial, *vid.* FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 87-91.

³¹ Sobre los problemas de la evicción en general, *vid.* CALONGE, A., *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Univ. de Salamanca, 1968.

³² BURDESE, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, pp. 173 y ss., mantiene que este principio estaba ya afianzado en Derecho clásico. La opinión contraria la hallamos, según TALAMANCA, *op. cit.*, p. 368, n. 2, en ERBE, «Pfandverkauf und Eviktion nach klassischen römischen Recht» (*Festschrift Koschaker*, I, pp. 481 y ss.), y en BARTOSEK, «La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignoraticia secondo il diritto romano», *BIDR* (1948), pp. 242 y ss.

de donde se deduce, indirectamente, que la reclamación por evicción debía dirigirse siempre contra el pignorante, como sucedía en el *pignus captum*:

«*Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa quaestionem movere*».

Sin embargo *Tryph. 8 disp. D. 20.5.12.1*, en un extenso y complicado fragmento, parece inclinarse por una solución distinta: la de dirigir la acción por evicción contra el acreedor pignoraticio, aunque, finalmente, los efectos económicos de la evicción recayesen sobre el pignorante. Al comienzo del fragmento se pregunta si, en caso de haber sido dada en prenda una cosa ajena, que fue vendida por el acreedor, el precio cobrado por éste liberaba al deudor de la acción personal por la cantidad prestada:

«*Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. [...]*».

La respuesta de Trifonino se articula sobre una disyuntiva. En primer lugar, contempla la posibilidad de que el objeto se vendiera con la cláusula de no asumir la responsabilidad por evicción, en cuyo caso efectivamente (*vere*) quedaría liberado el deudor:

«*[...] quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur; [...]*».

La justificación del *responsum* es que por el contrato (de prenda), y cualquiera que fuera la obligación garantizada por el deudor, era más justo que el precio aprovecharse al deudor y no que se convirtiera en lucro del acreedor:

«*[...] quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet [...]*».

Pero, siempre bajo este supuesto de irresponsabilidad por evicción del acreedor pignoraticio, asumida convencionalmente por el *emptor*, distingue el jurista dos posiciones distintas del deudor: respecto al acreedor pignoraticio y respecto al dueño que reclama su propiedad o al comprador que resultó despojado por la evicción. En cuanto a la relación con el acreedor pignoraticio, reafirma que el deudor quedaría liberado:

«*[...] sed quantum ad creditorem debitor liberatur: [...]*».

Sin embargo respecto al dueño de la cosa (que la reivindicaba), si la evicción aún no se había producido (por no haberse vendido la cosa), o

respecto al licitador rematante que la compró y se vio después despojado, sí que existiría responsabilidad, que podría serle exigida mediante una acción útil, para que no se lucrara con la pérdida ajena:

«[...] quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat. [...]».

A continuación, y siempre bajo el mismo supuesto, introduce Trifonino otras dos posibles hipótesis: que el acreedor hubiese obtenido más frutos de los debidos, o que, por injusticia del juez, hubiese recibido en prenda el acreedor una cosa que no era del deudor.

Si el acreedor hubiese obtenido frutos excesivos, se imputarán a la cantidad debida.

«[...] nam et si maiores fructus forte petens a possessore creditor abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre debet: [...]».

Si, por injusticia del juez, se tomase en prenda una cosa, que no era del deudor, habrá que devolverla a éste según aprobó «nuestro» Escévola:

«[...] et cum per iniuriam iudicis domino rem, quae debitoris non fuisset, abstulisset creditor quasi obligatam sibi, et quaereretur, an soluto debito restitui eam oporteret debitori, Scaevola noster restituendam probavit. [...]».

Tras esta complicada argumentación retorna Trifonino al nudo central y aborda la segunda posibilidad: que la cosa se vendiese sin cláusula de irresponsabilidad por evicción. Cree el jurista que, si no se vendió de manera que el vendedor se quedase, en todo caso, con el precio (aunque se produjese la evicción), sino que se obligó a restituir (al comprador el precio obtenido, en caso de que la evicción se produjera), en tal caso, mientras no hubiese evicción no podía reclamar nada el deudor y su liberación quedaba en suspenso:

«[...] quod si non ita vendidit, ut certum sit omnimodo apud eum pretium remansurum, verum obligatus est ad id restituendum, arbitrator interim quidem nihil a debitore peti posse, sed in suspenso haberi liberationem: [...]».

Pero, termina afirmando que si el acreedor pignoraticio fuese demandado por el comprador, con la *actio empti* (por haber sufrido evicción), podía reclamar la deuda al deudor, puesto que no se había liberado:

«[...] verum si actione ex empto conventus praestitisset creditor emptori, debitum persequi eum a debitore posse, quia apparuit non esse liberatum»³³.

³³ FREZZA, P., *op. cit.*, p. 214, califica este fragmento de «pletórico testo» y duda de su genuinidad: «Non mi sembra possibile sceverare nel testo il genuino dettato di Trifonino dal rifacimento dovuto non si sa a quali e quante mani più o meno malaccorte».

Es evidente que el fragmento se refiere al *pignus* convencional, y, muy especialmente, la primera hipótesis que considera, ya que no tenemos datos para afirmar que en la subasta de las cosas tomadas en penda *in causa iudicati* se pudiese hacer la oferta de venta con la cláusula de que el vendedor no respondiera en caso de evicción. En cambio, para el segundo supuesto fáctico contemplado, la venta sin cláusula de exoneración de responsabilidad por evicción, que es como se harían las enajenaciones de las cosas embargadas, prevé el fragmento la responsabilidad del deudor, pero de forma indirecta, al decidir que no se liberaba y, por tanto, podía el acreedor pignoraticio reclamarle la deuda. Para el *pignus in causa iudicati captum*, establecen claramente Gordiano, en C. 8.44.13 (239) y Hermogeniano, en D. 21.2.74.1, que el deudor ejecutado respondía frente al *emptor* que hubiese sufrido evicción.

No parece que fuera aplicable al *pignus* judicial la posibilidad, que describe *Marcian. lib.sing. ad form. hypoth.* D. 20.5.7pr.-1 de que el acreedor vendiese con pacto de *retroemendo*, reservándose, durante cierto tiempo la facultad de recuperar la cosa pagando el precio al comprador, con la consiguiente cuestión de si podía hacer este pago el deudor pignorante y recuperar la prenda³⁴. Tampoco sería, evidentemente, aplicable al *pignus in causa iudicati captum* el pacto a que refiere *Ulp. 38 ad ed.* D. 13.7.13pr., según el cual, se reservaba al deudor pignorante una facultad de rescate, abonando al comprador el precio que pagó³⁵ ni, mucho menos, el pacto de no vender la cosa pignorada que describe Marciano en D. 20.5.7.2³⁶. El carácter público de la venta en subasta por ejecución de sentencia, su propósito de satisfacer al ejecutante y la necesidad de que se vendiera al contado, no se avienen con estos pactos.

Las fuentes que hacen mención directamente a la evicción, en relación con el *pignus in causa iudicati captum*, son cuatro: un fragmento de Ulpia-

³⁴ D. 21.2.74.1pr: «*Si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus recipere: an, si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? et Iulianus libro undecimo digestorum scribit recte quidem distractum esse pignus, ceterum agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori. sed quod Iulianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est.*

1: *Illud inspiciendum est, an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recipere. et si quidem ita venierit, ut, si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur; intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam: si vero tempus praeteriit aut si non eo pacto res venierit, non potest rescindi venditio, nisi minor sit annis viginti quinque debitor aut pupillus aut rei publicae causa absens vel in aliqua earum causarum erit, ex quibus edicto succurritur».*

³⁵ D. 13.7.13pr.: «*Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticii actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere».*

³⁶ *Marcian. lib.sing. ad form. hypoth.* D. 20.5.7.2: «*Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit. et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur».*

no, D. 42.1.15.6, insertado en el largo texto que desarrolla minuciosamente el *pignus in causa iudicati captum* (D. 42.1.15), otro del mismo jurista, insertado por los compiladores en el título *De evictionibus et duplae stipulatione*. (D. 21.2.50), un rescripto de Gordiano del 239 (C. 8.44.13) y un fragmento de Hermogeniano (D. 21.2.74.1). Aunque, como era habitual hace unos años, la literatura hipercrítica censuró diversas frases de estos textos, lo cierto es que no encierran contradicciones sustanciales entre sí y mantienen, con apreciable coherencia, la misma solución: ni el órgano ejecutor ni los funcionarios a sus órdenes son responsables por la evicción del rematante, y éste puede dirigirse contra el deudor ejecutado, para exigirle responsabilidad.

Del mismo modo que, en D. 42.1.15.7, rechazaba Ulpiano que los jueces de la ejecución debieran actuar contra el rematante, que no pagó el precio ofrecido, en el fragmento anterior, D. 42.1.15.6, entendía que, cuando un tercero adujera su posible derecho, después de perfeccionada la compra y asumido el riesgo por el comprador, no podían conocer de ello los jueces de la ejecución, pues habían cesado sus funciones. Comienza el fragmento planteando la hipótesis y centrando el nudo de la cuestión. Si, después de adjudicada la prenda, se promoviere alguna controversia al comprador, habrá que ver si podrá conocer sobre esta causa el juez que ejecutó la sentencia:

«Si post addictum pignus aliqua controversia emptori moveatur, an sit cognitio eiusdem iudicis, qui sententiam exsecutus fuerit, videndum est. [...]».

A continuación, inserta el argumento que va a servirle para fundamentar su opinión: el desplazamiento del riesgo al comprador una vez perfeccionada la compraventa, es decir, el principio *perfecta emptione periculum emptoris*³⁷,

³⁷ *Pomp. 14 ad Sab.* D. 23.3.15: *«Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert ac si tradidisset, quia quod evenit emptoris periculo est.»*

Ulp. 29 ad Sab. D. 47.2.14pr.: *«Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.»*

Paul. 33 ad ed.D. 18.6.8pr.: *«Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res extincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.»*

Inst. 3.23.3: «[...] periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.»

una regla de gran abolengo en Derecho romano y que se manifiesta en numerosas fuentes³⁸:

«[...] *et cum semel emptio perfecta sit eiusque qui comparavit periculum vertatur; [...]*»³⁹.

Con base en este argumento, expresa su opinión negativa a la posibilidad de una *cognitio* del juez ejecutor.

«[...] *non puto locum esse cognitioni: [...]*».

Pero, junto a la idea del desplazamiento del riesgo, expone, mediante el recurso retórico de la pregunta cuya respuesta es evidente, otro argumento, que converge con el anterior para justificar su negativa, y es la cesación de la jurisdicción del juez ejecutor, una vez transmitida al rematante la posesión de la cosa subastada:

«[...] *certe posteaquam inductus est emptor in possessionem, nonne cessabunt partes eorundem iudicum? [...]*»⁴⁰.

La Glosa comentando este pasaje afirmaba:

«[...] *sive de proprietate sive de possessione fiat quaestio, non se intermittant exsequentes, cuicumque sit addicta*».

Señala SANFILIPPO⁴¹, una cierta diferencia entre las expresiones que Ulpiano utiliza en D. 42.1.15.7 y D. 42.1.15.6 para referirse a la cesación de la jurisdicción de los jueces de la ejecución, después de la *addictio*. En D. 42.1.15.7, como hemos visto emplea la expresión dubitativa *videndum est*, a la hora de preguntarse si los *iudices, qui sententiam exsequuntur*

³⁸ KASER, M., *RPR* 1, par. 130, 2, mantiene que mientras el vendedor soporta el riesgo, no tiene derecho al precio, si la cosa se destruye, y, si se deteriora, sólo a un precio reducido. Por el contrario, una vez que el riesgo es transmitido al comprador, debe éste pagar el precio completo, incluso si la cosa ha desaparecido o disminuido, sin culpa de ninguno de los contratantes. En la n. 61 cita abundante bibliografía sobre esta cuestión. Esta interpretación, que es la tradicional y prácticamente indiscutida, no deja de resultar chocante, teniendo en cuenta que el comprador todavía no es dueño de la cosa que se pierde o deteriora por fuerza mayor. Cabría sospechar si la regla se refiere a la indemnización por la no entrega, más que al pago del precio. Pero no podemos ahora entrar en este punto, que nos apartaría excesivamente del objeto de nuestro trabajo.

³⁹ TALAMANCA, P., *op. cit.*, p. 257, n. 2: «[...] *non sembra molto a posto neppure l'eiusque - vertatur, poichè il ricordo dell'incidenza del periculum sul compratore è a questo punto assolutamente fuor di posto, e l'inciso non viene neppure riproperto nei Basilici. Si tratta probabilmente di un'annotazione marginale dovuta all'espressione emptio perfecta, e rientrata nello testo nel lavoro di compilazione*».

⁴⁰ TALAMANCA, *op. cit.*, p. 256: «*A parte la probabile interpolazione dell'inizio certe - iudicum, la cui vacua amplosità non corrisponde certamente allo stile ulpiano*».

⁴¹ SANFILIPPO, C., *op. cit.*, p. 529.

deberían extender su actuación contra el rematante que no pagó («[...] *adversus emptorem porrigere manus debeant* [...]») y presenta la negativa como una opinión personal: «[...] *et non puto eos ultra procedere* [...]». En cambio en el fragmento que comentamos, D. 42.1.15.6, parece que da la cesación como algo evidente e incontrovertido, «¿Acaso no cesará la participación de estos jueces («[...] *nonne cessabunt partes eorundem iudicum?*»)». Sin embargo, no parece que tal distinción, que presupone, como suele suceder con la hipercrítica, una absoluta y perfecta precisión en el lenguaje de los jurisconsultos clásicos, revista especial relevancia para el estudio de la cuestión que nos ocupa.

Cabe observar, sin embargo, una cierta diferencia de matiz entre los dos argumentos que utiliza Ulpiano, en D. 42.1.15.6, para fundamentar la no responsabilidad por evicción del acreedor ejecutante. Respecto al desplazamiento del riesgo al comprador, afirma, siguiendo la formulación tradicional, que se produce tan pronto como se ha perfeccionado la compra (*perfecta emptio*), mientras que la cesación de jurisdicción viene referida a la transferencia posesoria. Se trata de dos momentos diferentes aunque, como hemos visto en el apartado anterior, el par. 7 de este fragmento deseaba que fuesen simultáneos, al recomendar la venta al contado. Aun así, se trata de sucesos que, en buena técnica jurídica se deben distinguir. La perfección de la *emptio-venditio*, como contrato consensual, se producía⁴², y se produce en nuestro Derecho actual⁴³, con el acuerdo de voluntades. La entrega de la posesión de la cosa, la *traditio*, es un acto de ejecución, al que el vendedor está obligado por el contrato, y que produce la adquisición de la propiedad, siempre que el vendedor sea dueño del objeto. Quizá esta distinción, que tan importantes consecuencias prácticas tiene en otros supuestos, carecería de relevancia en el caso contemplado por este fragmento. Pero hay que pensar que, según el tenor literal del mismo, podría promoverse la cuestión del dominio por un tercero, después de adjudicada la cosa al rematante por el juez de la ejecución, y antes de que el *emptor* hubiese tomado posesión de la misma, por ejemplo, porque se tratase de un inmueble alejado del lugar en que se hizo la subasta, o porque alguna circunstancia le obligase a demorar, durante algún tiempo, la adquisición posesoria. En tal caso, habría que rechazar la *cognitio* del juez ejecutante por haberse desplazado el *periculum* al *emptor*. Sin embargo, si el tercero, que pretendía la propiedad de la cosa adjudicada, promovía su pretensión, cuando el rematante ya había tomado posesión se rechazaría igualmente la posibilidad de que el juez ejecutor conociese de la causa, pero ahora apoyándose en

⁴² *Paul. 33 ad ed. D. 18.6.8pr.*: «[...] *et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio* [...]». Sobre la casuística de la perfección de la compraventa *vid.* KASER, *RPR*, I, par. 130, con amplia reseña bibliográfica en la n. 65.

⁴³ CC español, art. 1450: «La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hubiesen entregado».

dos fundamentos: la asunción del riesgo por el *emptor* y la cesación de la jurisdicción del juez de la ejecución. Si tan sutil distinción estuvo o no en la mente de Ulpiano, o del anónimo redactor que configuró el texto, tal como ahora lo conocemos, o bien se trata de un simple descuido terminológico, es algo que quizá no podremos jamás saber⁴⁴.

El fragmento termina precisando que esta regla se aplicaba también cuando, por no hallarse comprador idóneo, se atribuía al ejecutante la propiedad del objeto embargado:

«[...] *idemque et si ipsi, cui quis iudicatus est, res fuerit addicta*»⁴⁵.

Ulp. 25 ad ed. D. 21.2.50, establece rotundamente la irresponsabilidad por evicción de los funcionarios ejecutores, cosa lógica, puesto que ellos no vendían por su voluntad, sino en cumplimiento de su deber público. Dice el texto que, si se venden por los *apparitores* «del pretor» las cosas tomadas en prenda en ejecución de sentencias pronunciadas *extra ordinem*, «nadie dijo nunca», que se hubiera de dar acción contra ellos, en caso de evicción de la cosa. La expresión del jurista nos advierte de que se trataba de una *communis opinio* indiscutida:

«*Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, nemo unquam dixit dandam in eos actionem re evicta: [...]*»⁴⁶.

En el texto insertado a continuación por los compiladores, *Ulp. 80 ad ed. D. 21.2.51pr.*, se plantea la posibilidad de que la evicción se produjera

⁴⁴ TALAMANCA, M., *op. cit.*, pp. 256-257, advierte la incongruencia de la expresión *inductus est possessor in possessione*, porque del propio párrafo se deduce que la competencia del magistrado ejecutor cesaba con la *addictio*. LITEWSKI, *op. cit.*, p. 290, precisa que después de la *addictio* no era competente el órgano de la ejecución ni para la exigencia del precio de compra impagado, ni para resolver una controversia promovida contra el comprador, pero, añade, esto no significa que cesara con la *addictio* la competencia del órgano de la ejecución, que tenía todavía algunas importantes obligaciones: en primer lugar, el cobro del precio de parte del adquirente, en caso de que lo hubiese pagado voluntariamente, y su pago al acreedor; en segundo lugar, la puesta en posesión del adquirente, con la que terminaba la competencia del órgano de la ejecución.

⁴⁵ Para TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 257, el párrafo presenta sustancialmente el derecho vigente en la época de los Severos. LITEWSKI, *op. cit.*, p. 289, n. 355, señala que la procedencia clásica de esta decisión, a pesar de las distintas posiciones contra su fundamentación, es reconocida, en general, en la literatura y cita, como ejemplos, a SANFILIPPO, TALAMANCA, SECKEL, LEVY y DELL'ORO.

⁴⁶ Aunque, como hemos visto, sí se podía dar contra estos funcionarios ejecutores la *actio de dolo* cuando fraudulentamente vendían la cosa por precio vil: «[...] *sed si dolo rem viliori pretio proiecerunt, tunc de dolo actio datur adversus eos domino rei*». Señala TALAMANCA, *op. cit.*, p. 268, n. 4, los reparos de BIONDI a la expresión «[...] *extra ordinem sententias sequentes [...]*», pero acepta que, aunque la expresión no sea muy elegante, responde a un concepto indudablemente clásico, porque la *venditio pignoris* por parte de los *apparitores* pretorios, tan sólo se producía en tiempos de Ulpiano en virtud de sentencias recaídas en la *cognitio extra ordinem*.

por imprudencia o error del juez, en cuyo caso el jurista niega que el perjuicio deba soportarlo el vendedor (*auctor*)⁴⁷:

«*Si per imprudentiam iudicis aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere: [...]*».

Para justificar la decisión, se pregunta: ¿Qué más da que la cosa se hubiese perdido por las venalidades (*sordes* = bajezas) del juez, que por su torpeza (*stultitia*):

«*[...] aut quid refert, sordibus iudicis an stultitia res perierit?*».

Concluye con una afirmación general, a modo de *regula*: la injusticia que se hace al comprador no debe afectar al vendedor.

«*[...] iniuria enim, quae fit emptori, auctorem non debet contingere*».

Incidentalmente aborda Ulpiano la cuestión en D. 10.2.49 (2 *disp.*), un complejo fragmento sobre un heredero instituido *ex parte*, que recibió del pretor el encargo de sepultar al testador, y vendió a un esclavo de la herencia, al que se había manumitido en el testamento. La discusión gira sobre si este heredero que no vendió por su voluntad, sino para cumplir el mandato pretorio, debió o no prestar la *stipulatio duplae* y si, en caso de haberla pagado, al producirse la evicción, por alcanzar el esclavo la libertad, podía cobrarla en la partición. Entiende Ulpiano que la *stipulatio duplae*, que garantizaba contra una posible evicción, sólo se exigía a quienes vendían por su propia voluntad, pero, quien vendió desempeñando un encargo («*[...] si officio distrahentis fungitur [...]*») no debía ser obligado a prestar esta caución. Añade un argumento analógico, que nos interesa especialmente, aunque fue muy sospechoso para la hipercrítica: es como el que vende habiendo sido designado por el pretor para ejecutar una sentencia, es decir, que los *apparitores* no debían prestar tampoco la estipulación de garantía por evicción ya que no eran responsables en por ella:

«*[...] non debet adstringi, non magis quam si quis ad exsequendam sententiam a praetore datus distrahat*».

Más adelante, señala el jurista, a modo de principio general, que el pretor debía decretar, si la cosa fuese evicta, que el comprador tenía la *actio empti* contra quien resultase ser heredero, lo cual coincide con la idea de que, era responsable por la evicción quien resultó beneficiado por la venta, aunque ésta fuese hecha por otro.

⁴⁷ Vid. MARRONE, M., «L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano», en *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo* 24 (1955), pp. 5-604. PUGLIESE, G., «Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano», en *Riv. di dir. processuale* 15 (1960), pp. 182-232.

«[...] *sed decernere praetor debet esse emptori adversus heredem existentem actionem ex empto, si res distracta fuisset evicta* [...]».

El rematante que sufría evicción podía reclamar, por supuesto, en un juicio nuevo y distinto de la ejecución, la correspondiente responsabilidad, al ejecutado que quedó liberado por la venta del bien embargado. Un rescripto de Gordiano, dirigido a Zoilo, del año 239, recogido en C. 8.44.13, establecía que la responsabilidad por evicción del rematante recaía sobre el condenado. Comenzaba señalando que si, por causa de lo juzgado, se tomaron prendas con la autoridad del que tuvo derecho para mandarlo, y tú compraste aquellas de las que haces mención, ni la ejecutada ni su sucesora pueden promover cuestión alguna sobre las cosas que, habiendo sido tomadas en prenda en ejecución de sentencia, fueron compradas:

«*Si ob causam iudicati pignora capta sunt ex eius auctoritate, cui praecipendi ius fuit, ea de quibus complecteris, eaque tu mercatus es, frustra ab ea quae condemnata est vel quae in eius locum successit eorum refertur quaestio, [...]*».

La parte dispositiva del rescripto, como claramente se observa, lo que pretende es negar la posibilidad de que la condenada ejecutada ni su sucesora pudiesen suscitar discusión alguna sobre la propiedad de las cosas pignoradas después de haber sido compradas por el consultante.

Para fundamentar esta decisión, acude la Cancillería a un ejemplo análogo, que es lo que ahora nos interesa, porque hace referencia a la evicción del comprador. Para ello, continúa diciendo que, aunque un tercero hubiese logrado la evicción del comprador, se respondió, por rescripto, con muchísima razón, que la acción de responsabilidad por la evicción se daría contra aquellos⁴⁸ a quienes aprovechó el pago del precio⁴⁹:

«[...] *quandoquidem, etsi evictio eorum ab alio subsecuta fuisset, adversus eos debuisse dari actionem, quibus pretii solutio proficit, meritissime rescriptum est*».

No precisa el texto qué rescripto fue el que estableció *meritissime* esta solución, ni la acción que debería emplear el *emptor* contra el ejecu-

⁴⁸ Acertadamente rechaza TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 270, n. 1, la sospecha de alteración del rescripto, basada en el cambio pronominal de *ea*, en la primera parte, por *eos*, en la segunda, pues como ya hemos observado, la parte final contiene una regla general.

⁴⁹ Sólo BETHMAN-HOLLWEG, *op. cit.*, II, par. 115, n. 36, *in fine* aceptaba la posibilidad de que también fuera alternativamente responsable el acreedor en cuyo nombre se vendió, de acuerdo con los principios generales de la *distractio pignoris*: «*Die Evictionsleistung trifft den Schuldner und früheren Eigentümer* L. 74.1 D. *de evict.* (21.2) *oder den Gläubiger, in dessen Namen verkauft ist* L. 13. C.I. eod. (8,45) [para nosotros 8.44] *nach den allgemeinen Grundlagen der distractio pignoris*». Pero esta opinión no fue compartida por la doctrina.

tado⁵⁰, ni tampoco qué acción sería la que debería emplear el *emptor* contra el ejecutado. Pero, para *Hermog. 2 iuris epit.* D. 21.2.74.1, sería la *actio empti*⁵¹. El fragmento dice, en sus frases iniciales, que, si, habiéndose tomado, con autorización del juez, una prenda en garantía de la cosa juzgada, se vendía de oficio, y luego era objeto de evicción, se daría la acción de compra al comprador vencido, contra aquél que se había liberado por el precio, es decir, el deudor ejecutado.

«*Si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex empto contra eum qui pretio liberatus est, [...]».*

Pero, advierte Hermogeniano que esta responsabilidad contra el ejecutado no se dará, como sucedía normalmente, por la cuantía de todos los perjuicios que hubiera podido sufrir por la evicción, es decir por el *id quod interest*, sino que, probablemente mediante una *taxatio*, se limitaría al precio pagado y sus intereses, descontando el valor de los frutos, en caso de que no hubiese tenido que entregárselos a quien resultó triunfante en el proceso de reivindicación que ocasionó la evicción. Podemos interpretar que, si el *emptor* vencido pudo retener los frutos, por ejemplo, porque era poseedor de buena fe, tendría que descontarlos en la reclamación al deudor ejecutado:

«*[...] non quanti interest, sed de pretio dumtaxat eiusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei qui evicit restituere non habebat necesse»*⁵².

La razón de esta limitación está, para FLEISCHMANN y LITEWSKI, en que el condenado no vendió por sí mismo, y sería equivocado cargarle la responsabilidad por encima del enriquecimiento que alcanzó a la liberación de la deuda⁵³.

⁵⁰ TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 270: «*Dal punto di vista formale nulla si può obiettare contro la costituzione. Sostenere che essa sia interpolata significherebbe fare una petizione di principio, dal tutto antihistorica. Il problema che si pone adesso è di stabilire quale azione Gordiano concedesse al compratore».*

⁵¹ Pues, al considerarse las responsabilidades por evicción y por vicios ocultos como elementos naturales de la compraventa consensual, entendió la jurisprudencia que podían ser exigidas mediante la misma acción de buena fe que tenía el comprador para reclamar la entrega de la cosa vendida. *Vid.* HONSELL, H., *Quod Interest im Bonae-Fidei-Iudicium. Studien zum Römischen Schadensatzrecht*, München, Beck, 1969, pp. 20 y ss.

⁵² TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 271, supone toda esta parte de creación justiniana. LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 291, n. 361, cita además a SOLAZZI, BESELER y LIEBS como autores que la consideran de creación justiniana.

⁵³ FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, p. 89: «*Diese Normierung ist auch sehr verständlich, da ja der Schuldner nicht freiwillig verkauft und hiermit kontraktliche Pflichten übdernimmt, sondern nur passiv beteiligt ist und deshalb auch nur soweit hafien soll, als ein offener Vorteil – durch Tilgung der Schuld bei dem Pfandgläubiger – entstanden ist».*

LITEWSKI, W., *op. cit.*, p. 291: «*Diese Abweichung ist richtig. Der verurteilte Schuldner vollzog nämlich nicht selbst den Verkauf; daher ware es falsch, ihn mit einer über die Grenze*

El texto siguiente, del mismo Hermogeniano y también del libro segundo de su *Epitomae iuris*, D. 21.2.74.2, advierte que igualmente podría ser demandado el vendedor, pero no para restituir el precio sino para defender la cosa entretanto:

«*Mota quaestione interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest*».

Parece que este fragmento no está considerando el juicio de responsabilidad por una evicción ya consumada, sino el proceso en el que el tercero reclamase la propiedad de la cosa vendida en ejecución, pues, según las reglas generales de la evicción, debía el comprador anunciar al vendedor que se había instado un proceso petitorio, contra él, sobre la cosa vendida (*denuntiatio litis de evictione*, heredera de la antigua *laudatio auctoris* en la *mancipatio*) y, tras esta notificación, estaba obligado a asistir al comprador en el juicio⁵⁴ y, en algunos casos, lo nombraba *procurator*⁵⁵.

La romanística ha discutido sobre el tipo de acción que tendría que ejercitar el *emptor evictus* para exigir la indemnización al ejecutado liberado. Se ha pensado que la *actio empti* que admite Hermogeniano en D. 21.2.74.1 sería una interpolación justiniana, basándose en que el texto de Trifonino relativo al *pignus* convencional, D. 20.5.12.1, que ya hemos analizado, concedía una acción útil («[...] *ipsi debitor utili actione tenetur [...]*»)⁵⁶. RICCOBONO supuso que la *actio utilis*, que aparece en el texto compilatorio, se trataba, en realidad, de una *actio negotiorum gestorum*,

seiner Bereicherung hinausgehenden Haftung zu belasten, die auf seiner Befreiung beruhte. Man darf auch nicht vergessen, dass die klassischen Juristen bei der Bestimmung des id quod interest im allgemeinen von der Kaufsumme ausgingen wenn sie auch im Einzelfall Abweichungen zuließen. Der Gegensatz zwischen id quod interest und pretium in D. 21.2.74.1 war also nicht scharf. Daher gibt es keine ausreichenden Argumente für die Annahme, dass die in dem Fragment D. 21.2.74.1 enthaltenen Worte über die actio ex empto nachklassisch seien».

⁵⁴ Macer 1 de appellat. D. 49.1.4.3: «*Item si emptor de proprietate victus est, eo cessante auctor eius appellare poterit: aut si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas. quid enim, si venditor, qui appellare noluit, idoneus non est? quin etiam si auctor appellaverit, deinde in causae defensione suspectus visus sit, perinde defensio causae emptori committenda est, atque si ipse appellasset*».

C. 4.48.1 (Alex. 223): «*Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emptorem pertinet. auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant, et ita, si ei denuntiatum est, ut causae agenda adesset, et non absente emptore contra eum pronuntiatum est*».

C. 8.44.21.1 (Diocl., Maxim. 293): «*Si itaque is, quem te comparasse commemoras, nunc in libertatem proclamat, interpellare venditorem sive successores eius debes, ut tibi adsistant causamque instruant*».

⁵⁵ Ulp. 29 ad Sab. D. 21.2.21.2: «*Et ideo <Iulianus> ait, si emptor hominis mota sibi controversia venditorem dederit procuratorem isque victus litis aestimationem sustulerit, [...] Pap. 28 quaest. D. 21.2.66.2: «Si secundus emptor venditorem eundemque emptorem ad litem hominis dederit procuratorem [...]*».

⁵⁶ TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 269, n. 2, expone la literatura crítica sobre este fragmento.

creada por los bizantinos para reprimir el enriquecimiento injusto⁵⁷. También se ha pensado por von LÜBTOW que pudiera tratarse de una *actio in factum*, modelada sobre la *condictio*⁵⁸. TALAMANCA sostuvo que, siendo Hermogeniano posterior a Gordiano, no hay por qué dudar de que la acción del comprador evicto fuese la *actio ex empto*, aunque admite que los dos puntos más frágiles de esta afirmación son, de una parte, que una acción extendida más allá de su campo normal de aplicación no fuera *utilis*, y de otra, la limitación de la responsabilidad al enriquecimiento. Respecto a la segunda cuestión, mantiene este autor que, en el fragmento de Hermogeniano, las palabras [...] *non quanti interest, sed de pretio dumtaxat eiusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei qui evicit restituere non habebat necesse. [...]*, relativas a la devolución de los frutos *exstantes*, son una innovación justiniana, derivada del principio del enriquecimiento del demandado como el límite del derecho del actor; aunque acepta que, al tratarse de un juicio de buena fe, esta limitación de responsabilidad del demandado, entraría en las facultades discrecionales del juzgador. En cuanto a que la acción no se concediese como útil, supone este autor que, al retocar el pasaje, suprimirían los compiladores la referencia a la *actio utilis*, pero para un jurista tan tardío, como Hermogeniano, en cuya época había desaparecido por completo el procedimiento formulario, no sería ya muy relevante la distinción entre acción directa y útil⁵⁹.

Un caso excepcional era el de los objetos embargados por el Fisco a los contribuyentes, como consecuencia del impago de sus obligaciones tributarias. El procedimiento administrativo seguido debía tener un cierto paralelismo con el *pignus in causa iudicati captum*, pero, sin duda, como privilegio de la Administración y para salvaguardar los intereses públicos, se tendió a impedir las eventuales reclamaciones posteriores a la adjudicación, con lo que no se produciría la evicción del comprador.

El principio general aparece anunciado en un rescripto de Antonino Caracalla, dirigido a Materno, sin fecha (C. 4.46.1), que los compiladores colocaron al comienzo del tít. 4.46 del C., bajo la rúbrica *Si propter publicas pensitationes venditio fuerit celebrata*. No conviene, dice el emperador, que se revoque la venta realizada por impago de tributos, ni ofreciendo el primer dueño el precio, ni alegando su acreedor derecho de prenda o hipoteca:

⁵⁷ RICCOBONO, S., en la edición italiana de las Pandectas de GLÜCK, realizada por Bonfante-Perozzi, Milano, 1898, pp. 179-180. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 270, rechaza este origen bizantino, manteniendo la clasicidad del rescripto de Gordiano.

⁵⁸ VON LÜBTOW, U., *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischen und geltenden Recht*, Berlin, 1952, pp. 221 y ss. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 270, se opone a esta afirmación: «*Ma questa ipotesi non ci sembra sostenibile, poiché tale azione in factum veniva concessa dai classici contro colui che avesse tratto un illecito guadagno dalla cosa d'altrui, generalmente alienandola senza averne la legittimazione: elemento questo che non ricorre nel caso deciso da Gordiano*».

⁵⁹ TALAMANCA, M., *op. cit.*, pp. 271-272.

«Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet neque priore domino pretium offerente neque creditore eius iure hypothecae sive pignoris. [...]».

La razón de la decisión es la preferencia de la deuda por los tributos, que obligaban, en primer lugar, todos los bienes del que dejaba de pagarlos:

«[...] potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia cessantis obligata sunt».

Un rescripto de Diocleciano y Maximiano, en respuesta a Atinia Plotiana, sin fecha, C. 4.46.2pr., repite esta decisión, aunque, a diferencia del rescripto antoniniano, que no hace mención a estos extremos, exige a la consultante haber comprado solemnemente, es decir, con las formalidades establecidas, de buena fe los predios abandonados y vendidos con permiso del gobernador, de aquellos a quienes correspondía el pago de las exacciones por falta de pago de las contribuciones o atraso en los tributos:

«Si deserta praedia ob cessationem collationum vel reliqua tributorum ex permissu praesidis ab his, quibus periculum exactionis tributorum imminet, distracta sincera fide iusto pretio sollemniter comparasti, [...]».

La parte dispositiva, con que concluye el rescripto, decide que no se debe invalidar la venta hecha por necesidad a causa de las prestaciones públicas

«[...] venditio ob sollemnes praestationes necessitate facta convelli non debet».

Sin embargo, para las ventas de objetos embargados por impago de deudas tributarias, dos constituciones de los primeros años del Bajo Imperio continuaron con la regla de impedir la evicción del rematante.

La primera es de Constantino, del año 323, sin indicación de destinatario y la encontramos en C. Th. 11.9.1. Se refiere al caso concreto de unos esclavos tomados en prenda, es decir embargados, por impago de deudas tributarias. Ni los contribuyentes habían levantado el embargo, ni habían sido vendidos. Establece el emperador que se dé a los dueños un plazo de dos meses para pagar y, en caso de no hacerlo, se vendan los esclavos, pero advierte que, quienes los compran, lo harán «en firme», es decir, sin que puedan ser posteriormente despojados por eventuales reclamaciones.

El texto dice que algunos esclavos de los habitantes de las provincias, que habían sido tomados en prenda, porque no se habían pagado los tributos de los vestidos canónicos o de los caballos, eran retenidos de oficio y, ni los dueños, recibieron estos esclavos, puesto que no habían pagado las deudas, ni otros los compraron, por temor a que se rescindiera la venta:

«Quoniam decessoris tui litterae missae ad proculianum tribunum et magistrum officiorum contineri quorundam provincialium mancipia abducta pro pignore sub officio retineri, eo quod vestes canonicas vel equos minime intulerunt, atque haec mancipia neque dominos solutis debitis recepisse neque alios comparasse, veritos ne haec rescinderetur distractio: [...]».

Concluye ordenando conceder a los dueños de los esclavos un plazo de dos meses para pagar las deudas, transcurrido el cual, si no fuesen pagadas, comprarán «en firme» los esclavos cualesquiera que accedan a la compra.

«[...] iubemus duorum mensum spatium ad solvenda debita mancipiorum dominis indulgeri, quo transacto nisi debita fuerint persoluta, firmitermancipia comparabunt quicumque ad emptionem accesserint».

La segunda constitución, del año 337 está dirigida a Egnacio Faustino, gobernador de la Bética y se nos ha conservado, con ciertas variantes en el C. Th. 11.9.2⁶⁰ y en C. 4.46.3⁶¹. Sorprendentemente aparece como dictada por el emperador Constantino⁶². Pero, si tenemos en cuenta que, según los historiadores, Constantino murió el 22 de mayo del 337, poco después de haberse bautizado en la Pascua de aquel año, y la fecha que lleva la constitución es *prid. id. Dec.* del 337, o sea, el día antes de los idus de diciembre (12 de diciembre), es evidente que no puede ser de Constantino, que había fallecido casi siete meses antes. Como a Constantino le sucedieron sus hijos Constancio y Constante, sería uno de los dos quien dictó esta disposición. Lo lógico es pensar que fuese Constante, que se ocupaba de la parte occidental del Imperio, ya que está dirigida al gobernador de la Bética. A no ser que en las complejas luchas que estallaron a la muerte de Constantino el Grande, entre sus hijos, detentase el poder sobre Hispania en ese momento, más o menos nominalmente, Constancio, o incluso el otro hijo, Constantino II. No podemos entrar en mayores averiguaciones histó-

⁶⁰ C. Th. 11.9.2: *«Si quis fundum vel mancipia ob cessationem tributorum vel etiam ob vestium auri argentique debitum, quae annua exactione solvuntur, occupata convento debitore et apud iudicem interpellatione celebrata, cum solutio cessaverit, sub hasta distracta comparaverit, perpetuam emptionis accipiat firmitatem, cum, si minoris forte persona fuerit inserta, necesse sit quempiam legitimae defensionis indignisse persona praesertim cum ad iuris etiam praesentis et veteris aequitatem illud quoque indulgendum esse ducamus, ut scilicet par condicio etiam in hac pignorum capione servetur, quae ob fiscale debitum fuerint occupata nihilque intersit, utrumne officium summae rei vel procuratoris an certe rector provinciae id quod debitum fuerit deleget, si etiam in hac debitores forte cessaverint, condicione iuris expressa».*

⁶¹ C. 4.46.3: *«Si quis fundum vel mancipia aliamve rem ob cessationem tributorum vel etiam ob vestium auri argentique debitum, quae annua exactione solvuntur, occupata convento debitore et apud iudicem interpellatione celebrata, cum solutio cessaverit, sub hasta distracta comparaverit, perpetuam emptionis accipiat firmitatem. sin autem minoris forte persona fuerit inserta, necesse sit legitimae defensionis adesse venditioni personam, nihilque intersit, utrumne officium summae rei procuratoris an certe rectoris provinciae id quod debitum fuerit proposuerit».*

⁶² Tanto en la transcripción del Theodosiano que da la base de datos Bibliotheca Iuris Antiqui (BIA), como en la edición de Krüger del Código justinianeo. También en la edición española de GARCÍA DEL CORRAL.

ricas, aunque sí apuntar una de las muchas confusiones que la similitud de nombres entre Constantino y sus tres hijos ha producido a lo largo de la Historia respecto a la datación de las fuentes de este periodo.

Como es evidente que los compiladores de *Codex Repetitae Praelectio-nis* retocaron la redacción original de la constitución, que podemos leer en el *Codex Theodosianus* para facilitar la comparación, transcribimos el texto teodosiano, encerrando entre paréntesis rectos las palabras suprimidas en la versión justiniana y entre corchetes las expresiones no originales que aparecen en ésta:

Dispone esta constitución que, si citado el deudor, y celebrada la reclamación ante el juez, hubiere alguno comprado en subasta, un fundo o esclavos (u otra cosa), embargados por falta de pago de tributos, o bien por la deuda de los vestidos o del oro y de la plata, que se pagan anualmente, reciba la perpetua validez de su compra. Pero, si acaso, se hubiere comprendido la persona de un menor, sea necesario que esté presente la persona de su legítima defensa⁶³ y nada importe que se haya determinado lo que se debe por el poder del *procurator* de los supremos asuntos o del *Rector provinciae*.

«*Si quis fundum vel mancipia <aliamve rem> ob cessationem tributorum vel etiam ob vestium auri argentiue debitum, quae annua exactione solvuntur, occupata convento debitore et aput iudicem interpellatione celebrata, cum solutio cessaverit, sub hasta distracta comparaverit, perpetuam emptionis accipiat firmitatem, [cum, si] <sin autem> minoris forte persona fuerit inserta, necesse sit [quempiam] legitimae defensionis [indiguisse persona praesertim cum ad iuris etiam praesentis et veteris aequitatem illud quoque indulgendum esse ducamus, ut scilicet par condicio etiam in hac pignorum capione servetur, quae ob fiscale debitum fuerint occupata] <adesse venditioni personam> nihilque intersit, utrumne officium summae rei vel procuratoris an certe rector<is> provinciae id quod debitum fuerit [deleget, si etiam in hac debitores forte cessaverint, condicione iuris expressa]*».

⁶³ En el Teodosiano se añade una larga frase, de justificación retórica, en la que se precisa que estas cosas fueron ocupadas mediante una «toma de prenda» por un débito fiscal: «[...] *in hac pignorum capione servetur, quae ob fiscale debitum fuerint occupata*».

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE B., «Riflessioni in tema di “legis actiones”», en *Studi Volterra* 2, Milano, 1971, pp. 163-216.
- ALBERTARIO, E., «I fattori della evoluzione del diritto romano postclassico e la formazione del diritto romano giustiniano», en *SDHI* 1-1 (1935), pp. 9-47.
- «Iustum pretium e iusta aestimatio», en *BIDR* 31 (1931), pp. 1-19.
- AMELOTTI, A., «La posizione degli atleti di fronte al diritto romano», *SDHI* 21 (1955), pp. 123-156.
- ANKUM, H., «Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit roman classique», en *Studi in onore Gaetano Scherillo*, Milano, 1972, pp. 377-393.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1967.
- ARCARIA, F., «Missio in possessionem e cognitio fedecommissaria», en *BIDR* 89 (1986), pp. 245-304.
- ARU, L., *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma, Anónima, 1934.
- AVERSANO, N., «Constitutio principis ed interpretazione giurisprudenziale in D. 42.1.15.4: Un caso di opposizione di terzo ad esecuzione», en *AG*, 193 fasc. 1 (1977), pp. 79-92.
- BAILLOU, L., *Des voies d'exécution sur les biens du-débiteur pendant la période formulaire et spécialement du pignus ex causa iudicati captum*, Paris, Univ Diss. 1890.
- BALDESSARELLI, F., «La ricostruzione giuridica italiana del concetto romano di “usus-fructus”», en *RIDA* 38 (1991), pp. 41-102.
- BARTOSEK, «La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignorizia secondo il diritto romano», *BIDR* X y XI (1948), pp. 238-280.
- BASSEWITZ, F., *De romanorum fiducia ejusque vestigiis in libris juris civilis, addita germanorum juris pignoratitii adumbratione*, Halle, 1858.
- BELLOCCI, N., *La struttura della fiducia. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1983.
- BESLER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1, Tübingen, 1910.
- BETANCOURT, F., «La defensa pretoria del missus in possessionem», en *AHDE* 52 (1982), pp. 373-510.
- BETHMANN-HOLLWEG: *Der römische Civilprozess*, t. II, Bonn, Adolph Marcus, 1865, reimpression facsimil Scientia Aalen.

- BIONDI, B., «Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano», *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1939, pp. 91 y ss.
- BLANK, H., «Condemnatio pecuniaria und Sachzugriff», en *ZS* 99 (1982), pp. 303-316.
- BONIFACIO, F., *La novazione nel diritto romano* 2, Napoli, Jovene, 1959.
- BONINI, R., I «*Libri de cognitionibus*» di Calístrato. *Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, I, Milano, Giuffrè, 1964.
- BORTOLUCCI, G., «Rivendita romana?», en *Studi Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 289 y ss.
- BOVE, L., «Raporti tra “dominus auctionis” “coactor” ed “emptor”», en *Labeo*, 1975, pp. 322-331.
- BURDESE, A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949.
- «Di un particolare caso di applicazione della “restitutio in integrum”», en *Festschrift Schulz* 1, Weimar, 1951.
- voz «“pegno a) diritto romano”», en *Enciclopedia del diritto*, t. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 662-675.
- BUZZACCHI, C., *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, Giuffrè, 1996.
- CALONGE, A., *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Univ. de Salamanca, 1968.
- CARRASCO, C., *Supuestos de hecho de la exceptio non numeratae pecuniae*, Madrid, Dykinson, 2000.
- «Universidad y sociedad: el Derecho romano ante el espacio europeo de educación superior», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 11 (2007), pp. 95-106.
- CASERO LINARES, L., *La tercería de dominio*, Madrid, Bosch, 2008.
- CASTRO, F. DE, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971.
- CERVENCA, G., «Studi sulla “cura minorum” 3. L'estensione ai minori del regime dell'“oratio Severi”», en *BIDR* 82 (1979), pp. 41-94.
- CHIAZZESE, L., *Jusiurandum in litem*, Milano, Giuffrè, 1958.
- CHIOVENDA, G., «La acción en el sistema de los derechos», en *Ensayos de Derecho procesal Civil*, Buenos Aires, 1945, pp. 25 y ss.
- CHURRUCA, J. DE, «La pignoración tácita de los “invecta et illata” en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico», en *RIDA* 24 (1977) pp. 189-231.
- «Pignus», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 333-386.
- COLI, U., voz «Apparitores (Diritto romano)», en *Novissimo Digesto Italiano* I, 1, Torino, 1957.
- DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la Banca Bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Univ. de Murcia, 1987.
- «La “venta real”», en *El Derecho Comercial de Roma al Derecho Moderno*, vol. I, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2006, pp. 13-47.
- «La apelación en las constituciones de Diocleciano», en *Estudios sobre Diocleciano*, Madrid, Dykinson, 2010.
- ERBE, W., «Pfandverkauf und Eviktion nach klassischen römischen Recht», en *Festschrift Koschaker*, I, Weimar, 1939, pp. 481 y ss.
- FECHT, W.-R., VON DER, *Die Forderungspfändung im römischen Recht. Der Vollstreckungszugriff auf Forderungen im Rahmen des pignus in causa iudicati captum und des Fiskalrechts der römischen Kaiserzeit*, Böhlau, Köln, Weimar, Wien, 1999.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A., «Un edicto general de Diocleciano sobre procedimiento», en *Estudios A. D'Ors* I, Pamplona, 1987, pp. 417-426.

- FLEISCHMANN, M., *Das pignus in causa iudicati captum*, Breslau, Koebner, 1896.
- FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni*, vol. 2, *Le garanzie reali*, Padova, Cedam, 1963.
- FUENTESSECA, M., *La fiducia en Derecho romano y su interpretación por los pandectistas. El negocio fiduciario en la doctrina del Tribunal Supremo*, Bosch, 2005.
- FUENTESSECA, P., «Líneas de trabajo de la “fiducia cum creditore”», en *Estudios de Derecho Romano*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 1501-1580.
- GARBERI LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La Tercera de Mejor Derecho*, Madrid, Bosch, 2008.
- GARCÍA MORCILLO, M., *Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada*, Universidad de Barcelona, 2005.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J., «Domus usus», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. U. Álvarez Suárez*, Madrid, 1978.
- «La *laesio enormis* y el precio de la subasta», en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho romano*, Murcia 1997, pp. 75-97.
- «La *laesio enormis*: del rescripto de Diocleciano (4.44.2) al Código de Comercio hispano de 1829, pasando por Hevia Bolaño», en *RIDA* 48 (2001), pp. 91-130.
- «“Naturaliter circumvenire de pretio”. La doctrina salmantina del siglo XVIII», en *El Derecho Comercial de Roma al Derecho Moderno*, Univ. de Las Palmas de Gran Canaria, 2007.
- GIRARD, P. F., *Manual élémentaire du Droit romain*, Paris, Rousseau, 1929.
- GÓMEZ GARZAS, J., «El “pignus” comisorio en el “De Agricultura” de Catón», en *Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)*, núm. 26, 2005, pp. 3 y ss.
- «La *pignoris capio* como precedente de la institución pignoraticia comisorio en Roma», en *Revista General de Derecho Romano* (formato electrónico), 15 (2010).
- GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958.
- GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- GUIZZI, F., voz, «Constitutum debiti», en *NNDI IV*, 1959.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, F., «“Laesio enormis” (Revisión de Conjunto con una nota sobre la legislación histórica española)», en *Estudios Jurídicos*, Universidad de Sevilla, 1978, pp. 373-407.
- «Bosquejo del “pignus in causa iudicati captum” (una forma romana de ejecución procesal forzosa)», en *Estudios Jurídicos*, Universidad de Sevilla, 1978, pp. 407-424.
- HARTKAMP, A., «Die Drittwirkung der in integrum restitutio», en *Daube noster. Essays in Legal History for D. Daube*, A. WATSON (ed.), Edinburgh-London, Scottish Academic Press, 1974, pp. 131-168.
- HERRMANN, J., «Kaiserliche Erlasse zum kirchlichen Asylschutz für Sklaven», en *Studi Sanfilippo IV*, Milano, 1983, pp. 255-265.
- HONORE, T., *Ulpian: pioneer of The human rights*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- HORVAT, M., «Prekomjerno ostenceje (laesio enormis)», en «Rad» *Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti (Academia Yugoslava de las Artes y las Ciencias)*, vol. 322, Zagreb 1961, consultado en la *Rassegna Bibliografica de Iura* 13 (1962), p. 437.
- IGLESÍAS, J., *Roma. Claves históricas*, Madrid, Univ. Complutense de Madrid, 1985.
- JORDANO BAREA, J. B., *Origen y vicisitud de la fiducia romana*, Coimbra, Ed. Ltda., 1948.
- JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, Labor, 1937.
- JÖRS, P., «Erzrichter und Chrematiste. Untersuchungen zum Mahn-und Vollstreckungsverfahren im griechisch-römischen Ägypten», en *ZS* 40 (1919), pp. 1-97.

- JOURDAN, A., *L'hypothèque*, Paris, Ainé Libraire, 1876.
- KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, t. I, Leipzig, 1885.
- *Studien zum römischen Pfandrecht. Neudrucke mit Nachträgen des Verfassers*, Napoli, Jovene, 1982.
- «*Studien zum römischen Pfandrecht, II: "actio pignericia" und "actio fiduciae"*», Erster Teil: §§ I-VI», en *TR* 47, Napoli, 1979.
- KASER, M., *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949.
- «Zur juristischen Terminologie der Römer», *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 95-142.
- «Die Interesseberechnung bei der "vindicatio pignoris"», en *IVRA* 18, 1967, pp. 1-19.
- «Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht», en *Studi Grosso* 1, Torino, 1968, pp. 55 y ss.
- *Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, Beck, 1971.
- *Das römische Privatrecht: Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen*, 2.^a ed., Beck, 1975.
- «Studien zum römischen Pfdandrecht II Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», en *Legal History Review*, 47, Buffalo NY, William S. Hein & Co., Inc 1979.
- KASER, M. y HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1996.
- KLINGENBERG, G., «Der "Fiskus" im Dienste privater Rechtsdurchsetzung», en *Sodalitas* 4, 1984, pp. 1705 y ss.
- KRELLER, H., «Formula fiduciae und Pfandedikt», en *ZS*, 62, 1942, pp. 143-208.
- «Pfandrechtliche Interdikte und formula Serviana», en *ZS*, 64, 1944, pp. 306-345.
- KUNKEL, W., «Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrecht», en *ZS*, 90, 1973, pp. 150-170.
- KRÜGER, H., «Das *summatim cognoscere* und das klassische Recht», en *ZS*, 45, 1925, pp. 39-86.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil* III, vol. 1, 3.^a ed., Barcelona, 1991.
- LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, 3.^a ed., Leipzig, 1927, reimpression, Scientia Aalen, 1956.
- LEPRI, M., *Note sulla natura giuridica delle «Missiones in possessionem»*, Firenze, 1939.
- LEVY-BRUHL, H., *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960.
- LEVY, E., «Ein Ergänzungsindex zu den Jura und Leges», en *ZS* 46 (1926), pp. 287-289.
- LITEWSKI, W., «Pignus in causa iudicati captum», *SDHI* 40 (1974), pp. 205-302.
- «"Confessio in iure" e "sententia"», en *Labeo* 22 (1976), pp. 252-267.
- LÜBTOW, U. VON, «De iustitia et iure», en *ZS* 66 (1948), pp. 458 y ss.
- *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischen und geltenden Recht*, Berlin, 1952.
- LUQUE TORRES, G., *Las subastas judiciales*, Granada, Comares, 2000.
- LUZZATTO, G. I., *Procedura civile romana* II, Bologna, 1948.
- MADDALENA, P., «"Accedere" e "cedere" nelle fonti classiche», en *Labeo* 17 (1971), pp. 169-186.
- MARRONE, M., «L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano», en *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo* 24 (1955), pp. 5-604.
- MAS BADIA, M. D., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

- MAYER-MALY, Th., «Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht», en *Iura* 6 (1955), pp. 128-138.
- «Die Verpfändbarkeit von Grunddienstbarkeiten», en *Satura R. Feenstra oblata*, Fribourg (Suiza), 1985, pp. 173-182.
- «Haftung aus Miete nach Staatsunrecht», en *ZS* 74 (1957), pp. 363-373.
- MEDIO, A. DE, «I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro», en *BIDR* 13 (1900), pp. 208 y ss.
- MIQUEL, J., «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», en *AHDE* 29 (1959), pp. 229-316.
- MITTEIS, H., *Grunzüge und Chrestomathie der Papyrskunde*, 2,1, Leipzig-Berlin, 1912.
- MONTERO AROCA, J., «La ley de enjuiciamiento civil española de 1855. La consolidación del proceso común», en *Ensayos de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 169-275.
- *Las ejecuciones hipotecarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- MONTERO AROCA, J. et al., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- MORO SERRANO, A., «Las formas de garantía real en Roma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 592 (1989), pp. 715-738.
- MUÑOZ COELLO, J., *Empleados y subalternos de la administración romana. I. Los «scribae»*, Huelva, Publ. del Colegio Univ. de la Rábida, 1982.
- MURGA GENER, J. L., *Derecho romano Clásico: II El Proceso*, Universidad de Zaragoza, 1980.
- NOAILLES, «Manus injicere», en *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris, 1949, pp. 109 y ss.
- ORTIZ NAVACERRADA, S., *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución*, Universidad de Salamanca, 1979.
- D'ORS, A., «El “ius offerendi” de “tertius”», en *Studi Biondi* 1, Milano, Giuffrè, 1965.
- *Derecho Privado Romano*, Pamplona, EUNSA, 7.ª ed., 1989.
- «Sobre las pretendidas acciones reales in factum», en *IVRA*, 20 (1969), pp. 52-116.
- PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, Pubbl. Fac Giur. Univ. di Catania 74, 1974.
- PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- *El Derecho romano y la formación del jurista*, Barcelona, PPU, 1998, p. 56.
- *Formación de los conceptos jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- PAOLA, S. DI, *Confessio in iure*, Milano, Catania-Giuffrè, 1952.
- PASTORI, F., *La superficie nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1962.
- PAULUS, J. y LEVY, E., *Pauli sententiae: a palingenesis of The opening titles as a specimen of research in West Roman vulgar law*, New York, Cornell University Press, 1945.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., «Observaciones sobre D. 17.1.22.10 (Paul. 1.32 ad ed)», en *RIDA* 45 (1998), pp. 355-386.
- *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho romano clásico*, Madrid, 2000.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., *La Tercería de dominio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- PRINGSHEIM, F., *Der Kauf mit fremden Geld (Studien über Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischen und römischen Recht)*, Leipzig, 1919.
- *The Greek Law of the Sale*, Weimar, 1950.

- PUGLIESE, G., «Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano», en *Riv. di Dir. Processuale*, 15 (1960), pp. 182-232.
- *Il processo civile romano*, 1, Milano, 1963.
- «Gai. 4.32 e la “pignoris capio”», en *Mélanges Meylan* 1 (1963), Lausanne, pp. 279 y ss.
- «La “cognitio” e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato», en *Studi Biondi* 2, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 143 y ss.
- PURCELL, N., «The “apparitores”: A Study in Social Mobility», en *Papers Brit. School at Rome* 51 (1983), pp. 125-173.
- RAGGI, L., *Studi sulla impugnazioni civile nel processo romano* I, Milano, 1961.
- RASCON, C., *Pignus y custodia en el derecho romano clasico*, Oviedo, 1976.
- RICART MARTI, E., «Constitutum debiti», en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 695-708.
- ROBLES REYES, J. R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Universidad de Murcia, 2004.
- *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma (competencia civil y evolución)*, Madrid, Dykinson, 2009.
- ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, 6.^a ed., Barcelona, Bosch, 1968.
- RODRÍGUEZ OTERO, L., «El enigmático nexum como precedente de la hipoteca», en *Rev. Crít. de Derecho Inmobiliario*, 677 (2003), pp. 1619-1692.
- «El derecho real de hipoteca: concepto e historia», en *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. III, Madrid, DIJUSA, 2007.
- ROMERO SIEIRA, C., *La protección jurídica del pignus y su evolución jurídica*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Castilla La Mancha, 2006.
- ROSA, F. LA, «Il formalismo del pretore. “Constitutum” e “receptum”», en *Labeo* 43, 1997, pp. 221-224.
- ROSENDE HONRUBIA, M., «La prenda de créditos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 33 (1927), pp. 641-663.
- RUDAKOV, A., *Pignus in causa iudicati captum and Execution of Judgement according to Post-classical Roman Law*. http://works.bepress.com/alexey_rudakov, Berkeley (USA), 2011.
- SANFILIPPO, C., «Sull'ammissibilità della vendita del “pignus in causa iudicati captum”», en *Studi Riccobono* 2, Palermo, 1936.
- SANTOS JUSTO, A., «Direito Privado Romano I, parte general», *Studia Juridica*, 50, 4.^a ed., Coimbra, 2003.
- SCAPINI, N., *La confessione nel diritto romano* I. *Diritto classico*, Torino, Giappichelli, 1973.
- *La confessione nel diritto romano*. II. *Diritto giustiniano*, Milano, Giuffrè, 1983.
- SCHANBACHER, D., «Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht», en *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, Neue Folge, Band 9 (1987), pp. 79 y ss.
- SCHWARZ, F., «Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht», en *Archiv für die Civilistische Praxis* 152 (1952), pp. 193-288.
- SCIALOJA, V., *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1954.
- SIMON, D., «Summatim cognoscere, Zwölf Exegesen», en *ZS* 83 (1966), pp. 142-218.
- SOLAZZI, S., «L'usufrutto della cosa propria», en *SDHI* 18 (1952), pp. 229 y ss.
- «Il “pignus praetorium” in D. 41.4.12», en *SDHI* 22 (1956), pp. 339-341.
- «Iudex acceptus», en *SDHI* 22 (1956), pp. 342 y ss.
- «Costituzioni glossate o interpolate nel “Codex Justinianus”», en *SDHI* 24 (1958), pp. 1 y ss.

- SOZA RIED, M. A., «El procedimiento concursal del Derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de quiebras», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 20 (1998), pp. 13 y ss.
- SPANN, M., *Der Haftungszugriff auf den Schuldner zwischen Personal- und Vermögensvollstreckung. Eine exemplarische Untersuchung der geschichtlichen Rechtsquellen ausgehend vom römischen Recht bis ins 21. Jh. unter besonderer Berücksichtigung bayerischer Quellen Augsburgischer Schriften zur Rechtsgeschichte*, Münster, 150LIT-Verlag, 2004.
- STEINWENTER, A., voz «Pignoris capio», en PAULYS-WISOWA, *Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart, 1894-1980, t. XX, pp. 177 y ss.
- TALAMANCA, M., «La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano», en *Studi De Francisci* 2, Napoli, Giuffrè, 1956, pp. 239 y ss.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés», en *AHDE* 30 (1960), pp. 249-490.
- TORRENT, A., «Interpretatio de la voluntas testatoris en la causa curiana», *AHDE* 39 (1969), p. 173.
- *La «iurisdictio» de los magistrados municipales*, Univ. Salamanca, 1970.
- *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005.
- *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune europeo*, Madrid, Edisofer, 2007.
- TRIANTAPHYLLOPOULOS, J., «Vente romaine classique et “corpus Hippocraticum”. Varia Graeco-Romana», en *Synteleia Arangio-Ruiz, II*, Napoli, 1964, pp. 903-904.
- TURIEL DE CASTRO, G., «Pignus servitutis D. 20.1.12», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 513 (1976), pp. 357 y ss.
- VALIÑO, E., «“Intentio” en el Digesto. Una revisión de textos», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. U. Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 519 y ss.
- VARELA GIL, C., *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho romano*, Madrid, Dykinson, 2007.
- VARELA MATEOS, E., *De contutoribus (Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho romano)*, Universidad Autónoma de Madrid, 1979.
- VILALTA NICUESA, A. y MÉNDEZ TOMÁS, R., *La tercería de mejor derecho*, Madrid, Bosch, 2004.
- VISKY, K., «Appunti sulla origine della lesione enorme», en *Iura* 12 (1961), pp. 40-64.
- «Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Quellen des III Jahrhunderts», en *RIDA* 16 (1969), pp. 357 y ss.
- VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Milano, Giuffrè, 1974.
- WACKE, A., «Ungeteilte Pfandhaftung», en *Index* 3 (1972), pp. 454-502.
- «Unfälle bei Sport und Spiel nach römischen und geltenden Recht», en *Stadion III* (1977), pp. 8 y ss.
- «Athleten als Darlehensnemer nach römischen Recht», en *SDHI* 44 (1978), pp. 439-452.
- «Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung», en *ZS* 97 (1980), pp. 26-77.
- «Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozess», en *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart, 1993.
- WAGNER, H., *Die Entwicklung der Legalthypotheke am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Köln/Wien, Böhlau, 1974.
- WATSON, A., «“Actio serviana” and “actio hypotecaria” a conjecture», en *SDHI* 27 (1961).
- WIEACKER, F., *Lex commissoria*, Berlin, 1932.

- WOLFF, H. J., «Die Grundlagen des griechisches Vertragsrecht», en *ZS* 74 (1957), pp. 26 y ss.
- ZAMBRANA MORAL, P., *Derecho Concursal Histórico, I: Trabajos de Investigación*, Barcelona, 2001.
- ZAMORA MANZANO, J. L., *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el derecho romano*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2004.
- «Algunas reflexiones sobre la “*lex commissoria*” y su prohibición ulterior en el “*pignus*”», en *RIDA* 54 (2007), pp. 519-550.