

LA SISTEMATIZACIÓN DE LA INSOLVENCIA EN EL DIGESTO

DR. FELIPE DEL PINO TOSCANO

Profesor de Derecho Romano

Universidad de Huelva

toscano@uhu.es

ÍNDICE: 1. Introducción 2. La insolvencia en la exposición del Digesto. 3. La responsabilidad subsidiaria por causa de la insolvencia. 4. La insolvencia como requisito dispositivo.

INDEX: 1. Introduction 2. The insolvency in the exhibition of the Digest. 3. The subsidiary responsibility by reason of the insolvency. 4. the insolvency like requirement device.

PALABRAS CLAVE: Concepto clásico • Insolvencia • Digesto

KEY WORDS: Classic concept • Insolvency • Digest

1. INTRODUCCIÓN

Paradójicamente, la insolvencia como término jurídico con un contenido específico en las lenguas romances no tiene equivalencia en latín, o mejor, se debería decir que en esa lengua no existía un vocablo concreto que designase aquella idea. Sin embargo, el concepto de insolvencia patrimonial es bien conocido para el Derecho romano. ¿A qué se debe esa indefinición terminológica?, y ¿cuál sería la forma concreta con que la jurisprudencia clásica designaría esa situación patrimonial? En las fuentes encontramos distintas maneras para describir un patrimonio insolvente o para calificar a un deudor como tal, así, expresiones como *facultates suspectae*, *magnitudo aeris alieni facultates excedit*, *patrimonii diminutio*, *egestas*, *inopia*, o, *paupertas*, entre otras, habitualmente son consideradas como explicativas de una situación de insolvencia¹, aunque –en nuestra opinión– sólo son eso: una descripción de unas circunstancias a tener en cuenta en el desarrollo del texto. Sin embargo, ninguna de estas expresiones tendría un carácter técnico-jurídico y de hecho no son utilizadas por la jurisprudencia de forma sistemática. Por tanto, cabría preguntarse en primer lugar si la insolvencia sería una figura propia en Derecho romano, e igualmente, si este Derecho conoció una forma determinada para definir la insolvencia con un sentido técnico preciso.

Desde nuestro punto de vista, la insolvencia únicamente tendría un carácter fáctico y no habría sido nunca regulada y desarrollada teóricamente por el Derecho romano. Sin embargo, por la incidencia y repercusión de esa situación fáctica asignable a un patrimonio o directamente a un deudor en el mundo del derecho, creemos que la jurisprudencia llegó a definir unos límites precisos en torno a esa situación y su valoración en las relaciones jurídicas. En este sentido, podemos afirmar que en Derecho clásico habría existido una locución cierta para indicar la insolvencia, y esa no es otra que la expresión *solvendo non esse* con sus distintos giros verbales. Esta fórmula viene enunciada

¹ Para un elenco más completo de locuciones a las que se le suele atribuir este significado, *vid.* G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria* (Roma 1942) 53.



en sentido negativo como una limitación referida a la satisfacción del pago y que nos muestra un concepto de insolvencia muy concreto y, en ese sentido, es el enunciado que deberíamos tener en cuenta a la hora de delimitar un significado preciso de la idea de insolvencia en Derecho romano. Pero, ¿cuál sería esa idea de insolvencia?, y, ¿existe en Derecho romano alguna definición sobre la misma? La respuesta a esta última pregunta debe ser negativa. Sin embargo, sí podemos deducir un significado preciso de la insolvencia a través de la definición que Javoleno nos dejó sobre las necesidades del pago o la potencial satisfacción de los créditos en D. 50, 16, 114 (15 ex Cass.):

Solvendo esse nemo intellegitur, nisi qui solidum potest solvere

Por consiguiente –*contrario sensu*–, podríamos decir que *solvendo non esse* se referiría al “pagador” que no puede cubrir el total de las deudas. Es ese el concepto de insolvencia que únicamente deberíamos observar en las fuentes siendo necesario excluir cualquier interpretación moderna extrapolable al Derecho romano de conceptos como insolvencia pecuniaria frente a patrimonial, o insolvencia relativa frente a absoluta, todos ellos ajenos al Derecho romano que sólo llega a observar la insolvencia en el sentido que puede deducirse del texto de Javoleno. Así, en las fuentes únicamente encontramos el uso sistemático de la locución *solvendo non esse* relacionado con una idea de insolvencia con un sentido técnico preciso frente a otras formas o expresiones que, si bien, describen aspectos propios de la insolvencia –como podremos ver más adelante–, nunca fueron utilizadas de manera genérica o técnica por la jurisprudencia clásica. Es esa sistematización en las fuentes de *solvendo non esse* la que merece nuestra atención en estas páginas.

2. LA INSOLVENCIA EN LA EXPOSICIÓN DEL DIGESTO

En ocasiones, con la expresión *solvendo non esse* no se desprende un efecto inmediato de la alusión a la situación de insolvencia, o sea, los textos se refieren a ella de manera puramente descriptiva en la explicación del fragmento, sin más pretensión que la mera aclaración de un supuesto de hecho a valorar y no muestra un carácter determinante en el desarrollo del supuesto contemplado. Sin embargo, es habitual que en los textos la insolvencia se relacione como una circunstancia modificativa de algunos elementos que definen el procedimiento, como puede ser: la legitimación procesal activa, la legitimación procesal pasiva, la aplicación de un recurso procesal subsidiario por causa de la insolvencia, o, el alcance de esa responsabilidad subsidiaria, resultando que siempre modificaría una relación procesal ordinaria consecuencia de una eventualidad de índole material que repercutiría directamente en el proceso. Por tanto, es en el ámbito del Derecho procesal en donde encontramos una especial relevancia de este concepto, sin duda, por su carácter eminentemente fáctico y sus consecuencias prácticas que se derivan de ese hecho. Esta sería la incidencia más destacable en relación con esta figura y el número de textos más importante, sobre todo aquellos tenidos en cuenta por el magistrado para valorar una posible responsabilidad subsidiaria. Pero existe otra exposición del *solvendo non esse* en las fuentes que, en nuestra opinión, resulta más relevante. Nos referimos a la insolvencia cuando aparece como elemento o requisito a tener en cuenta por el derecho: es lo que podemos llamar la insolvencia como requisito dispositivo exigido por una ley, senadoconsulto, u otra fuente. Contemplar la expresión *solvendo non esse* en este último sentido implica aceptar el carácter técnico de la expresión como idea de insolvencia en derecho. Veamos a continuación la principal sistematización del empleo de la insolvencia en las fuentes.

3. LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR CAUSA DE LA INSOLVENCIA

Como hemos señalado, la insolvencia es un factor que puede operar como circunstancia modificativa de los elementos procesales y, en ese sentido, el ejercicio de un recurso procesal concreto puede venir determinado por una relación de subsidiaridad sobre la base de la insolvencia de quien sería el normal legitimado pasivo de una relación procesal. El empleo de la locución *solvendo non esse* con esta finalidad ha dejado en las fuentes un nutrido número de casos a tener en cuenta. Sin embargo, algunos autores han criticado el carácter subsidiario de la insolvencia en las fuentes adjudicándolo necesariamente a la obra de los Compiladores que, de esta forma, estarían concediendo acciones en aquellos supuestos en los que el derecho clásico nada habría previsto². En cambio, para G. Nocera³, la insolvencia habría sido perfectamente regulada por los clásicos y en concreto la subsidiaridad. Este autor dedica su monografía a este carácter de la insolvencia y aunque en un primer momento plantea un estudio general sobre la figura, únicamente llegaría a desarrollar la insolvencia y la responsabilidad subsidiaria entre cofiadores y aquella dada entre cotutores, haciendo alguna alusión a otras manifestaciones⁴. En todo caso, el desarrollo de la insolvencia sería debido al derecho clásico descartando cualquier posible intromisión justiniana. El autor plantea una

² En este sentido, fundamentalmente, F. PRINGSHEIM, *Subsidiarität und Insolvenz*, en SZ. 41 (1920) 252 - 262. Para este autor, la responsabilidad subsidiaria por causa de la insolvencia es producto de la labor compilatoria, planteando toda una serie de interpolaciones para el común de los textos que refiere en su exposición; así, respecto al *mentor*, o en relación con la restitución a favor del menor de veinticinco años (en donde a propósito de D. 4, 4, 13, 1 dirá que las distinciones ente buena y mala *fide emptor* y las distinciones entre solvencia e insolvencia del *prior emptor*, junto a la *bona fides* del *emptor sequens* es de origen bizantino. Incluso, al hablar del S. C. Veleyano y la protección de la mujer al entrar en conflicto con los derechos del menor (D. 4, 4, 12 y D. 16, 1, 12), dirá que los bizantinos –al no gustarle el senadoconsulto al Emperador– permitieron que se pudiera reclamar a la mujer la deuda cuando el *prior debitor* era insolvente. Para Pringsheim, los bizantinos consideraron la *actio doli* propicia para paliar las lagunas del sistema de acciones clásico, tomando como compilatorios todos los supuestos en los que la utilización de la *actio doli* se relaciona con la subsidiaridad por razón de la insolvencia, al no otorgarle un auténtico carácter subsidiario según los principios del derecho clásico que únicamente reconocería este recurso cuando no hubiese otro posible, y según el autor, en los caso que describe en su artículo, no se daría esta circunstancia. Por otra parte, también a favor de la tesis compilatoria, A D'ORS, *La acción del menor restituido*, en AHDE (1979) 303 s., en donde refiriéndose a las alteraciones de D. 4, 4, 13, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*) dirá: *...precisamente para admitir una idea favorita de los bizantinos: la subsidiariedad de acciones en razón de insolvencia del ordinariamente demandable.*

³ G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano* (Roma 1942) 5 - 8, dedica su atención a rebatir la corriente doctrinal que observa en el desarrollo de la subsidiaridad de la insolvencia la intervención compilatoria. En especial, la tesis propuesta por F. PRINGSHEIM, *Subsidiarität und Insolvenz*, en SZ. 41 (1920), al considerar que se contradice cuando plantea que el concepto de insolvencia es de atribución bizantina, pero admite, para algunos casos, que en el derecho clásico se conoció dicha misma concepción. De hecho, G. Nocera, pone de relieve la incongruencia de admitir un derecho clásico que no contemplara un remedio contra el daño provocado por la insolvencia.

⁴ La monografía de G. Nocera desarrolla ampliamente la responsabilidad subsidiaria por insolvencia en las relaciones entre cofideusos, analizando las fuentes desde época clásica hasta el derecho justiniano, alcanzando a la Paráfrasis de Teófilo. Así, presta especial interés al reparto de responsabilidad entre fiadores y su desarrollo justiniano (analizando la reforma introducida en la Nov. 99), prueba de la insolvencia y el beneficio de la cesión de acciones, resultando una elaboración muy minuciosa sobre el tema. De igual manera, dedica especial interés a la responsabilidad subsidiaria entre cotutores. Sin embargo, el estudio general de la insolvencia en relación con todos los supuestos que plantea al inicio de su trabajo, no se desarrolla, y en especial, el relativo a la insolvencia contemplada en la ley *Aelia Sentia*.

clasificación completa sobre la insolvencia en el derecho romano y presenta una ordenación de los supuestos en los que la insolvencia debe ser tenida en cuenta⁵. Así, diferencia seis formas con relevancia propia; son estas: a) la insolvencia de una persona como causa para que otra pueda ser tomada como legitimada activa en un litigio; b) la insolvencia como causa de la concesión de la *actio doli* para aquellas situaciones en las que sólo cabría la defensa procesal por medio de ese recurso; c) la previsión de la insolvencia cuando es motivo para tomar medidas en prevención de un riesgo o un daño; d) otros casos en donde los perjudicados por la insolvencia no merecen protección, en concreto el autor se refiere al caso de retorsión; e) la insolvencia como causa de la nulidad de un negocio jurídico, en donde sitúa las manumisiones fraudulentas; f) el supuesto de responsabilidad solidaria y el de las obligaciones parciarias. Desde nuestro punto de vista esta clasificación tiene una base casuística que incluso podría haberse aumentado.

En gran medida, debido al carácter meramente fáctico de la insolvencia, los supuestos que en las fuentes se refieren a la situación patrimonial de una persona son numerosísimos. En especial, nos hemos referido a la importancia de la insolvencia en relación con el procedimiento de las acciones, mostrándose como una situación a valorar en una reclamación procesal. Al no ser una institución jurídica teórica sino una circunstancia de hecho, siempre mostrará el carácter práctico que la caracteriza y que la vincula al ejercicio de la defensa de los derechos y a la actividad pretoria. El sistema propuesto por G. Nocera no reduce la exposición de la insolvencia a categorías abstractas, ni parece que esa fuese su intención. Por nuestra parte, creemos que los enunciados a), b) y f) de la sistemática de G. Nocera se podrían encuadrar en bajo un mismo denominador común, es decir, la insolvencia como una circunstancia modificativa de una relación procesal ordinaria prevista en el derecho. En todo caso, del trabajo de G. Nocera resulta claro que la insolvencia y la responsabilidad subsidiaria por causa de la misma, estaban perfectamente previstas en Derecho romano clásico. La exposición del tema en las fuentes es de gran prodigalidad siendo los pasajes en donde la insolvencia determina una responsabilidad subsidiaria, no pudiéndose mantener que toda esa labor pudiera proceder de la obra compilatoria. No es intención nuestra hacer un desarrollo exhaustivo de esta particularidad en estas páginas; sin embargo, debemos señalar algunos supuestos en donde la responsabilidad subsidiaria por razón de la insolvencia muestra claros rasgos sistemáticos que evidencian la observancia y previsión de la misma en el Derecho clásico.

Es frecuente encontrar la responsabilidad subsidiaria en relación con el dolo. En D. 17, 1, 8, 1 (Ulp. 31 *ad ed.*)⁶ se muestra un supuesto en donde el *procurator* incurre en colusión con el demandado. En ese caso, si el *procurator* fuese insolvente, no se le responsabilizaría por medio de la *actio mandati*, sino que es el adversario absuelto por causa de colusión el que respondería con la *actio doli*. Dentro de la sede específica sobre el dolo (D. 4, 3: *De dolo malo*), encontramos desarrollado este

⁵ G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano* (1942) 9 -15.

⁶ D. 17, 1, 8, 1 (Ulp. 3 *disp.*): *Sed et si per collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem absolutus sit, dandam ait.*

supuesto concreto en otro fragmento de Ulpiano, D. 4, 3, 7, 9 (11 *ad ed.*)⁷, en donde se da la *actio doli* de manera subsidiaria –contra el adversario– en función de la insolvencia del *procurator* que se deja vencer en un litigio (colusión). En este mismo título del Digesto (*De dolo malo*), y fuera del caso del *procurator*, encontramos otros textos en los que se cuestiona la responsabilidad subsidiaria por causa de la insolvencia y se otorga el ejercicio de la *actio doli* como consecuencia de una actuación calificada de dolosa. Así sucede en los siguientes casos, D. 4, 3, 5 (Ulp. 11 *ad ed.*)⁸, D. 4, 3, 7, 6 (Ulp. 11 *ad ed.*)⁹, D. 4, 3, 7, 8 (Ulp. 11 *ad ed.*)¹⁰ o, D. 4, 3, 9, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*)¹¹, todos ellos extraídos de un mismo libro de Ulpiano: el 11 de sus comentarios al edicto del Pretor. Pero también encontramos responsabilidad subsidiaria en relación con el *mentor*, en D. 11, 6, 3, 2 y 3 (Ulp. 24 *ad ed.*)¹² siendo el propio *mentor* quién responda cuando el vendedor –que se aprovecha de la medición falsa– es considerado insolvente. O también para el caso del tercero doloso que impide que alguien comparezca a juicio (D. 2, 10, 3, 1 [Iul. 2 *dig.*]¹³), si es insolvente, se daría una acción restitutoria contra el demandado que lucró por el dolo del tercero. Lo mismo puede observarse respecto a D. 4, 4, 13, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*)¹⁴, en donde la insolvencia del legitimado pasivamente condiciona la exigencia de

⁷ D. 4, 3, 7, 9 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si dolo malo procurator passus sit vincere adversarium meum, ut absolvetur, an de dolo mihi actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. Et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac "si collusum est": alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum procuratore agi non possit, quia non esset solvendo.*

⁸ D. 4, 3, 5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ideoque si quis pupillus a Titio, tutore auctore concludente, circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur quod sua intersit. Plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei.* Beseler, Beiträge IV (1920) 80, propone la siguiente corrección del título dle texto *non debere*<ei> [eum] *de dolo actionem* - <dari> [habere].

⁹ D. 4, 3, 7, 6 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, quaeritur, an de dolo habeam adversus eum actionem. Et placuit mihi, quod labeo scribit, si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo, quamvis, si noxae deditio sit secuta, non puto dandam nec in id quod excedit.*

¹⁰ D. 4, 3, 7, 8 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio: manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit locum habere de dolo actionem. Sed si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur, dicendum aut patronum exceptione a reo summoventum. Ego moveor: quemadmodum de dolo actio dabitur, cum sit alia actio? Nisi forte quis dicat, quoniam exceptione patronus summoverti potest, si agat cum reo, debere dici, quasi nulla actio sit quae exceptione repellitur, de dolo decernendam: atquin patronus tunc summovertur, si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere. Expromissori plane adversus manumissum dari debet de dolo: aut si non sit solvendo expromissor, domino dabitur.* Beseler, Beiträge IV (1920) 172 (1.), critica como interpolado [nisi forte — accipere].

¹¹ D. 4, 3, 9, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat titius, et tu hoc oleum deposueris apud seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos de iudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus titium agendum. Sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. Quae distinctio vera esse videtur.* BESELER, Beiträge II (1911) 158, critica con razón, [praescriptis verbis actione] y propone <in factum actione> agi.

¹² D. 11, 6, 3, 2 y 3 (Ulp. 24 *ad ed.*): *Pomponius tamen scribit, si emptor plus dederit venditori propter renuntiationem, quia condicere potest quod plus dedit, agi cum mensore non posse: nihil enim emptoris interesse, cum possit condicere: nisi solvendo venditor non fuit: tunc enim mentor tenebitur.* § 3: *Sed si venditor maiorem modum tradiderit fraudatus a mensore, consequenter dicit Pomponius non esse actionem adversus mensorem, quia est ex vendito actio adversus emptorem, nisi et hic emptor solvendo non sit.*

¹³ D. 2, 10, 3, 1 (Iul. 2 *dig.*): *Plane si is, qui dolo fecerit, quo minus in iudicio sistatur, solvendo non fuerit, aequum erit adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur.*

¹⁴ D. 4, 4, 13, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum. Ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel*

restitución al tercero poseedor de buena fe. Todos estos fragmentos son ejemplos de responsabilidad subsidiaria por causa de la insolvencia, teniendo en común la concurrencia de una actuación dolosa por parte de quién debería ser normalmente el legitimado pasivamente pero que por su situación patrimonial, queda condicionada la relación procesal. Es más, la pertenencia de gran número de fragmentos a un mismo libro de Ulpiano (11 *ad ed.*) es una evidencia del carácter clásico de la regulación que dispensaba el derecho de esa época a una situación ciertamente lesiva que creemos no debió esperar al derecho justinianeo para encontrar una solución tal y como propondría Pringsheim¹⁵.

Otro grupo de textos que exige especial interés al presentar diferencias respecto al supuesto anterior, es aquel que se refiere a la exoneración de responsabilidad en función de la insolvencia de un posible demandado sin que pueda observarse la concurrencia de un comportamiento doloso. En todos estos textos no responderá el insolvente porque no tiene patrimonio, transfiriéndose la responsabilidad a un tercero que sería quién asumiese dicha carga. Tal medida se justificaría en razón del riesgo *–periculum–* asumido, como puede contemplarse, por ejemplo, en D. 47, 2, 12 pr. (Ulp. 29 *ad Sab.*)¹⁶ para el supuesto de responsabilidad por custodia frente al dueño. Nos encontramos con el caso de un batanero al que se le exime de responsabilidad porque debe más de lo que tiene, y no se le concede la *actio furti* para poder perseguir los vestidos sustraídos porque al no ser solvente no asume ningún riesgo al custodiarlos. En este mismo sentido se muestra D. 4, 9, 4 pr. (Paul 13 *ad ed.*)¹⁷ en donde vemos que un marinero insolvente al no tener facultades patrimoniales no puede hacer uso de la *actio furti* contra aquel que sustrajo la cosa. Lo mismo en D. 47, 2, 14, 17 (Ulp. 29 *ad Sab.*)¹⁸ en donde se recuerda el régimen de los mesoneros y del patrón de una nave que responden

re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens sit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est.

¹⁵ F. Pringsheim, *Subsidiarität und Insolvenz*, en *SZ.* 41 (1920) 252. Un extracto de su posicionamiento en relación con el dolo y la subsidiaridad por razón de la insolvencia, supra en nota.

¹⁶ D. 47, 2, 12 pr. (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Itaque fullo, qui curanda poltendave vestimenta accepit, semper agit: praestare enim custodiam debet. Si autem solvendo non est, ad dominum actio redit: nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est.*

¹⁷ D. 4, 9, 4 pr. (Paul. 13 *ad ed.*): *Sed et ipsi nautae furti actio competit, cuius sit periculo, nisi si ipse subripiat et postea ab eo subripiatur, aut alio subripiante ipse nauta solvendo non sit.* Se denuncian como Tribonialismos [*sed — ꝑꝑꝛ*], [*cuius*] y [*nisi — non sit*] —cfr. *Index Interp.* s. L.—. Cfr. F. Schulz, en *ZS.* 32 p. 69 s. y p. 71 n. 1.

¹⁸ D. 47, 2, 14, 17 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Si epistula, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habeat? Et primum quaerendum est, cuius sit epistula, utrum eius qui misit, an eius ad quem missa est? Et si quidem dedi servo eius, statim ipsi quaesita est, cui misi: si vero procuratori, aequae (quia per liberam personam possessio quaeri potest) ipsius facta est, maxime si eius interfuit eam habere. Quod si ita misi epistulam, ut tibi remittatur, dominium meum manet, quia eius nolui amittere vel transferre dominium. Quis ergo furti agat? Is cuius interfuit eam non subripi, id est ad cuius utilitatem pertinebant ea quae scripta sunt. Et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit. Et si custodia eius ad eum pertineat, potest: sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. Finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. Et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet.*

por el riesgo asumido en la medida de su solvencia. También en D. 3, 5, 36, 1 (Paul. 1 *sent.*)¹⁹ en relación con la responsabilidad en la gestión de negocios y el peligro asumido: el gestor se arriesga si los deudores del dueño del negocio –por el realizado– son insolventes. Especial interés despiertan los casos de riesgo asumido por el marido. En D. 23, 3, 49 (Iul. 4 *ex Minic.*)²⁰ observamos que el marido responde por la obligación contraída por un tercero (dar la dote) si éste se vuelve insolvente y el marido había dado previamente por adquirida una cantidad; o en D. 23, 3, 53 (Nerac. 3 *membr.*)²¹ en donde vemos igualmente cómo el marido responde en la medida de la insolvencia del tercero deudor de la mujer que se compromete a dar la dote. Por último, reseñar D. 23, 3, 41, 3 (Paul 25 *ad ed.*)²² en donde encontramos un desarrollo completo sobre la asunción del riesgo en relación con la dote prometida por un tercero a la mujer. En este caso la dote prometida está sujeta a condición: si el tercero deudor de la mujer se vuelve insolvente antes de ser exigible la obligación, al no haberse cumplido aún la condición, el riesgo se dice que es de la mujer; pero si ya era insolvente al momento de la promesa de dote, respondería el marido que sería quien asumiese el *periculum*. Desde nuestro punto de vista, estos supuestos de asunción del riesgo y responsabilidad en la medida de la insolvencia –marido, batanero, mesonero...– muestran una relación muy estrecha con el comportamiento debido, conducta necesaria (*ius cogens*), que impondría unas obligaciones ineludibles en razón del riesgo asumido.

En todo caso, estos supuestos son muestra de un desarrollo muy acabado de la responsabilidad por causa de la insolvencia en Derecho clásico, en donde la expresión *solvendo non esse* como referida a esa imposibilidad de satisfacción completa a todos los acreedores era tenida en cuenta con carácter técnico. A continuación haremos referencia a otra forma de exposición de la insolvencia en las fuentes y a la que quizá debamos el origen del empleo con sentido técnico-jurídico de la locución *solvendo non esse*. Nos referimos en concreto a la exigencia de la insolvencia como requisito contemplado en una ley.

¹⁹ D. 3, 5, 36, 1 (Paul. 1 *sent.*): *Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur et periculum eorum nominum, quae ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent.*

²⁰ D. 23, 3, 49 (Iul. 4 *ex Minic.*): *Vir ab eo, qui uxori eius dotem facere volebat, certam pecuniam eo nomine stipulatus est, deinde acceptam eam fecit: quaerebatur, essetne ea pecunia in dotem. Respondit, si acceptam non fecisset et promissor solvendo esse desisset, quaereremus, an culpa mariti ea pecunia exacta non esset: cum vero acceptam fecit, omnimodo periculum ad eum pertinebit: perinde enim est, ac si acceperit pecuniam et eandem promissori donaverit.*

²¹ D. 23, 3, 53 (Nerac. 3 *membr.*): *Cum vir uxori donare vellet, debitor mulieris qui solvendo non erat dotem ei promisit. Ad id dumtaxat, ad quod solvendo fuit, viri periculo ea res est: et si quid debitori ad solvendum facultatis accesserit, periculum ad eam summam quae accesserit crescit permanebitque etiam, si rursus pauperior factus erit: quia neque tum, cum dos promitteretur, donatio facta est nisi eius pecuniae quae a debitore servari non poterat, neque cum solvendo is esse coepit, donationis causa permaneat, cum eo loco res sit, quo esset, si tum quoque, cum promitteretur dos, locuples fuisset.*

²² D. 23, 3, 41, 3 (Paul 25 *ad ed.*): *Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit, magis periculum ad mulierem pertinere placet: nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quod si iam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.*

4. LA INSOLVENCIA COMO REQUISITO DISPOSITIVO

En Derecho romano tenemos un supuesto cierto en donde la insolvencia –bajo la expresión *solvendo non esse*– es tenida en cuenta para tipificar un supuesto dentro de la órbita de la regulación legal. Nos referimos a la prohibición legal sobre la concesión de libertad en fraude de acreedores. Sin embargo, debemos decir que dicha forma de observar la insolvencia no es frecuente en derecho romano, siendo difícil encontrar otro caso de insolvencia dispositiva que recogiese la forma técnica de expresar que en el patrimonio de una persona el pasivo superaba al activo.

La ley *Aelia Sentia*, entre otras disposiciones²³, prohibiría las libertades dadas por un insolvente y que tuviese créditos pendientes, siendo consideradas como concluidas en fraude de acreedores²⁴. Este es el contenido esencial que aportaría la ley sobre la calificación de una libertad como fraudulenta –aunque no la única– y principal innovación en la regulación del *fraus creditorum*²⁵. Ahora bien, al relacionarse la insolvencia (*solvendo non esse*) con el concepto del fraude de acreedores, surge la necesidad de delimitar esta situación de hecho respecto a uno de los dos elementos característicos y definidores del concepto técnico del *fraus creditorum*: el elemento objetivo o *eventus damni*, que junto al elemento subjetivo o *consilium fraudis* son la base teórica del *fraus creditorum* en Derecho clásico. Mientras que el *eventus damni* es utilizado por la jurisprudencia como un requisito (técnico) necesario para determinar la existencia de un *fraus creditorum*, la insolvencia sólo es tenida en cuenta en la ley como circunstancia (situación patrimonial del manumisor), o elemento necesario para vetar la concesión de ciertas libertades prohibidas por imperativo legal. De otra parte, la insolvencia –como hemos visto en los textos atrás señalados– tiene una trascendencia global no circunscrita al fraude

²³ Cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (Milano 1912) 455 y 456, en donde el autor considera que esta ley, rogada por los cónsules *S. Aelius Catus* y *C. Sentius Saturninus* (757 - 754 U. c. = 1 - 4 d. C.), trataría sobre la condición de los libertos y el límite de los efectos para las manumisiones excesivas. El contenido de la ley podría dividirse en seis apartados: i) la adquisición de la condición de peregrino deductio; ii) La limitación que afecta a la adquisición de la ciudadanía de aquellos esclavos menores de treinta años cuando no hubiesen sido manumitidos *per vindicta* ante el magistrado y un *consilium* de cinco senadores y cinco caballeros, o de veinte *recuperatores* que debería conocer de la causa; iii) La limitación al dueño menor de veinte años de manumitir a ningún esclavo si no es bajo las condiciones del apartado anterior; iv) Se prohíben las manumisiones en fraude de acreedores que serían consideradas nulas, así como aquellas en fraude al patrono, y, desde Adriano, la extensión del régimen a los peregrinos; v) salvo para el supuesto excepcional del esclavo *heres necessarius*. Por último, vi) se otorgaría la *actio ingrati* a favor del patrono contra el liberto por ingratitud posterior.

²⁴ El desarrollo del régimen de la ley *Aelia Sentia* y la prohibición de las libertades en fraude de acreedores es objeto de un estudio pormenorizado sobre los *Recursos procesales contra el «fraus creditorum» en el Derecho romano clásico* que será publicado próximamente. En todo caso, creemos necesario adelantar que la ley *Aelia Sentia* –en nuestra opinión– se dirigiría directamente contra las “libertades” tipificadas como fraudulentas, debiéndose diferenciar el acto de concesión de esa libertad: la *manumissio*, del resultado perseguido por la misma: la *libertas*. La ley nunca se refiere a aquella. En este sentido, no creemos que las manumisiones fuesen «nulas» –como es considerado generalmente por la doctrina– sino que las “libertades” otorgadas por quien tiene plena facultad para ello deberían ser rescindidas por causa del *fraus creditorum* regulado en la ley.

²⁵ Debemos referir, entre otros, los siguientes fragmentos en los que se consigna esta disposición: D. 40, 9, 16, 5 (Paul. 3 *ad leg. Ael. Sent.*): *Si voluntate patris filius manumiserit, sive pater sive filius sciat solvendo patrem non esse, libertas impeditur*. Así como D. 40, 9, 23 (Pomp. 4 *ex var. lect.*) *Semper in fraudem creditorum libertas datur ab eo, qui sciret se solvendo non esse, quamvis bene dedisset merenti hoc*. Y por último, *In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel datis libertatibus est solvendo esse...*

de acreedores ya que esta es una situación patrimonial que ostenta el deudor y que deberá ser apreciada individualmente por cada uno de los acreedores. Además, hay supuestos en donde un deudor insolvente posteriormente cubre sus créditos por entero, evitándose así que se produzca el *eventus damni*, y, sin embargo, aquellas manumisiones efectuadas cuando se era insolvente siguen siendo consideradas fraudulentas. Como también el caso de un heredero rico que acepta la herencia de un insolvente, evitándose así el daño patrimonial a los acreedores, la libertad no deja de ser tomada como fraudulenta. Así, es evidente que debemos huir de aquellas concepciones que identifican el *eventus damni* en el *fraus creditorum* con la insolvencia.

Por todo ello, carece de toda relevancia la distinción entre una insolvencia patrimonial o absoluta frente a una insolvencia pecuniaria o relativa en Derecho romano, ya que para los acreedores sólo importa si el deudor cumple o no cumple con sus obligaciones y únicamente –para este último caso– importa saber si es solvente; o bien, si es insolvente, sin distinciones sobre una insolvencia absoluta o relativa, lo que implicaría que no tiene bienes suficientes para el pago de todos los créditos con los consiguientes problemas que se derivarían para conseguir la plena satisfacción del interés de los acreedores. El deudor puede tener liquidez pecuniaria y no querer pagar total o parcialmente a los acreedores, o carecer de dinero y cumplir con sus obligaciones pendientes utilizando su patrimonio. Todo ello es irrelevante para los acreedores que, en caso de incumplimiento, tendrán que iniciar los trámites oportunos para conseguir el resarcimiento de sus créditos. Son las actuaciones tendentes a disminuir el propio patrimonio llevadas a cabo con intención fraudulenta (*consilium fraudis*) y respecto a ciertos acreedores –determinados por esa voluntad lesiva del fraudador–, las que serían objeto de revocación por ser constitutivas de un fraude a los acreedores según el régimen general dado para el *fraus creditorum* en Derecho romano clásico. Así, aunque se produzca el *eventus damni* (necesidad de acudir a la *bonorum venditio* porque no van a cobrar del deudor), la revocación de una enajenación fraudulenta sólo será posible si esta se efectuó por el *fraudator* con intención de perjudicar a los acreedores que la solicitan, y no a otros. La solvencia del deudor tendrá importancia a efectos de mostrar un patrimonio más o menos atractivo para la licitación, de ahí el interés de los acreedores en agregar todos los bienes enajenados en fraude por el deudor, forzando así una eficaz *venditio bonorum*.

Ahora bien, ¿podemos referirnos a otra regulación en donde la insolvencia haya sido tenida en cuenta en otro cuerpo dispositivo que pueda confirmar esta sistemática? Ciertamente sólo podemos deducirlo. Así, podríamos considerar la hipótesis de aceptar que el régimen de la *actio subsidiaria*²⁶ dada contra el magistrado municipal por su responsabilidad en el nombramiento de tutor pudiese contemplar la insolvencia. Sabemos que fue un senadoconsulto el medio elegido para implantar el régimen²⁷ que exigía caución suficiente por parte del tutor y sus fiadores. Para el caso de no solicitarse por el magistrado y no haber satisfacción para el que fue pupilo perjudicado, o para el caso que los fiadores no alcanzasen a satisfacer al ex-pupilo, subsidiariamente respondería el magistrado

²⁶ En este sentido, estamos de acuerdo con A. Gómez Iglesia, *Régimen procesal de la caución tutelar*, en *SDHI* 58 (1992) 60 n. 40, cuando afirma que la denominación de esta acción como *actio subsidiaria* es cierta al denominarse de esta manera en D. 27, 8, 1 pr. y 4 (Ulp. 36 ac ed.).

²⁷ Senadoconsulto de tiempos de Trajano según A. Gómez Iglesias, *Ibidem* p. 65.

con *ius tutoris dandi*. Por las circunstancias propias de esta regulación que establece una responsabilidad por razón de la insolvencia bien del tutor o de los fiadores, podría resultar que la insolvencia igualmente fuese recogida en el texto del senadoconsulto. Nos movemos en terreno de hipótesis. Sin embargo, sabemos que en relación con el tutor llamado atiliano, dativo o magistratual, encontramos otra acepción que puede inducir a equívoco en tema de insolvencia. Nos referimos a la exigencia de la idoneidad en el nombramiento de este tipo de tutor. El término insolvencia, expresado desde un punto de vista negativo como limitación de una realidad (*solvendo non esse*), se utiliza para señalar una situación de hecho muy concreta y con una marcada repercusión procesal y su relevancia es conocida desde siempre. Por tanto, la insolvencia no es “inventada” por la ley *Aelia Sentia*, ni siquiera la expresión *solvendo non esse* es un giro novedoso de la época de la ley ya que es perfectamente conocida en las fuentes literarias. Sabemos que Cicerón²⁸ la utiliza con anterioridad a la misma. Sin embargo, de esa idea de insolvencia no existe vestigio en otra ley anterior a la ley *Aelia Sentia*, o al menos, no tenemos una constancia veraz que afecte a otra ley o senadoconsulto anterior. O sea, fue con la ley *Aelia Sentia* la primera vez que la insolvencia, entendida como mayor pasivo patrimonial, se reguló dispositivamente utilizando una expresión que a partir de este momento sin duda sería tomada con un sentido inequívocamente técnico por la jurisprudencia, aunque ya Cicerón nos muestra que utilizó el *solvendo non esse* con la misma intención. Quizá, fuese en ese siglo I a. C. cuando empezase a ser tenida en cuenta la idea de insolvencia por el Pretor. Sin embargo, la ley Atilia que regulaba los requisitos necesarios para que los magistrados nombrasen tutor, no hay referencia a *solvendo non esse*. De hecho, del sistema de la ley Atilia lo que establecería es la necesidad de nombrar tutor *idoneus*, que no solvente. En este concepto se incluirían una serie de requisitos más amplios que la mera observancia de un patrimonio en donde el activo superase al pasivo y por ello pensamos que el concepto de solvencia y el de idoneidad del tutor no son coincidentes aunque la doctrina hable de aquél como sinónimo de éste²⁹. Así, G. Nocera³⁰, para su idea de insolvencia, llega a establecer una equivalencia entre ésta y aquél término, diciendo que la idoneidad es sinónimo de aquella, aunque debe reconocer que *idoneus* en latín también sería equivalente a *aptus* o *habilis*, y en ese sentido no debería referirse necesariamente a un patrimonio, ni a la capacidad para satisfacer las deudas. Es más, la idoneidad siempre habría que relacionarla con el momento del nombramiento del *tutor datus* (testamentario o magistratual), mientras que la insolvencia al ser una circunstancia fáctica de carácter eminentemente práctico sólo podría observarse cuando se exigiese una

²⁸ Cic., *ad Fam.* 8, 3, 6 [M. Tulli Ciceronis epistulae. Vol. I *Recognovit brevisque abnotatione critica instruxit* W. S. Watt (Oxoni 1982) 87: ... *Apameae cum essem, multarum civitatum principes as me detulerunt sumtus decerni legatis nimis magnos, cum solvendo civitates non essent...*; Cic., *ad Att.* 10, 3, 3 [M. Tulli Ciceronis epistulae. Vol. II. *Pars Posterior libri IX - XVI. Recognovit brevisque adnotatione critica instruxit* D. R. Shackleton Bailey (Oxoni 1991) 170 s.: *Quamquam nihil habeo quod dubitem nisi ipsi Magio quae fuerit causa amentiae; por quo quidem etiam sponsor sum factus. Et nimirum id fuit. Solvendo enim non erat. Credo eum petisse a Marcello aliquid et illum, ut erat, constantinus respondisse.*

²⁹ De hecho para el nombramiento de tutor por el magistrado se pediría entre otras cosas como idoneidad que se fuese varón, sin vicio en el cuerpo o alma (D. 49, 16, 13, 3 [Macer 2 *de re milit.*]), cercanía en costumbres (paisano) y de apreciación moral (D. 27, 8, 1, 10 [Ulp. 36 *ad ed.*]). EN todo caso, vemos que el magistrado estaría a nombrar al mejor tutor posible como función necesaria al desempeño de su cargo.

³⁰ G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano* (1942) 35 - 39.

responsabilidad. Hagamos mención a un texto de Ulpiano; nos referimos a D. 26, 7, 9, 1 (36 *ad ed.*)³¹ en donde se plantea un supuesto de pérdida de facultades patrimoniales del que en su día fue idóneo. En este caso hablaríamos de tutela testamentaria, en donde se observa igualmente la exoneración de responsabilidad cuando el tutor al ser propuesto es idóneo. Hablaríamos de la caída de eficacia de una garantía personal a favor de un deudor que posteriormente ha sido nombrado tutor por el fiador y padre del pupilo. En este caso, el tutor estaría obligado a pagar la deuda una vez cumplida por existir la posibilidad de que el propio pupilo pudiese llegar a cumplir esa obligación. Las razones que se aducen en el pasaje para forzar al tutor son: actuar conforme a su *officium*, debiendo cumplir él personalmente y no su garante. En todo caso, si se dieran las circunstancias descritas, el pupilo podría ejercitar tanto la acción de mandato como de tutela. Sin embargo, el aspecto que nos interesa del fragmento es el matiz que afecta a la diferenciación hecha entre el tutor *idoneus* y el tutor que pierde *facultates*, o sea, que se ve empobrecido en su patrimonio, aunque esa pérdida de facultad, si el nombramiento en su momento fue sobre un candidato idóneo, no debe serle perjudicial. La forma que elige Ulpiano para señalar esa circunstancia difiere de la que consideramos expresión técnica *solvendo non esse*. Sabemos que para G. Nocera la insolvencia debería ser tomada en un sentido amplio y relacionado con términos como *facultates* o *fortuna* del deudor³². Sin embargo, para nosotros el concepto “técnico” de insolvencia es más preciso y sólo se referiría al deudor que no tiene suficiente activo frente al pasivo acumulado. Por contra, Ulpiano sólo nos dice que el tutor-deudor se estaba empobreciendo durante el cargo, pero no refleja que su pasivo sea superior –en el momento actual de la descripción– a su activo (*solvendo non esse*). La razón de este matiz estaría en el carácter práctico-procesal de este concepto de insolvencia. Mientras dure la tutela, el pupilo no podría ejercitar la *actio tutelae* y sólo después de esta –siendo acreedor– podría determinarse dicha circunstancia (aspecto subjetivo de la insolvencia). El jurista sitúa la descripción de los hechos –pérdida de facultades– durante la tutela, no siendo aún insolvente el tutor respecto a su pupilo.

En resumen, en estas páginas hemos sostenido que en Derecho romano la idea de insolvencia no fue objeto de un especial desarrollo teórico del que se desprendiese una figura jurídica con entidad propia. Sin embargo, encontramos expresiones y giros lingüísticos que se refieren a al empobrecimiento del deudor aludiendo a sus *facultates* o *fortuna* que describen una clara situación de lo que hoy llamaríamos insolvencia. De otra parte, existen otras expresiones mucho más imprecisas que no sólo aludirían a la solvencia –como es el caso de *idoneus*– del señalado, o que sencillamente significan otra cosa (*eventus damni*). En nuestra opinión, la única forma sistematizada por el Derecho romano de aludir a la insolvencia con un sentido técnico preciso fue *solvendo non esse*. Con este concepto de insolvencia sólo se aludiría a aquel supuesto en el cual un deudor no podría satisfacer por

³¹ D. 26, 7, 9, 1 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Si pater familias eum, pro quo fideiussit, tutorem dederit filio suo, officio tutoris convenit, ut, cum dies pecuniae praeterierit, creditori debitum solvat: et ideo cessante eo si pupillus suae tutelae factus solverit ex causa fideiussoria, non solum mandati, sed etiam tutelae agere poterit: hoc enim ei imputatur, cur pro se non solverit. Quod si in diem debitor fuit iste tutor, quibusdam videtur non venire in tutelae iudicium, si modo is dies post tutelam finitam supervenit: quod si dies adhuc durante tutela venit, putant omnimodo devolvi in tutelae iudicium. Ego et hoc et superius ita verum puto, si facultatibus labi tutor coepit: ceterum si idoneus tutor fuit, nihil venire in tutelae iudicio. Nec quisquam putet nullum effectum hoc habere: namque si quis dixerit in tutelae iudicium devolvi, et privilegio locus est et fideiussores tenebuntur, si rem salvam fore cautum est.*

³² G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria* (1942) 45, aunque el autor no contemple este pasaje que nos ocupa.

completo el montante total de sus créditos pendientes, resultando no vincularse del uso de la misma otra idea de insolvencia (en especial, se debería huir de concepciones modernas). Desde esta perspectiva, se manifiesta el interés de la jurisprudencia por aquella responsabilidad subsidiaria por causa en la insolvencia, aportando un nutrido conjunto de textos que vendría a redundar en ese desarrollo. Además, esta idea de insolvencia estaría estrechamente vinculada a la práctica procesal. En la medida de lo posible hemos referido un número significativo de fragmentos sobre esta responsabilidad subsidiaria que junto al análisis de G. Nocera sobre la misma en la garantía personal, así como entre cotutores, evidenciarían el carácter clásico de esa responsabilidad y el uso preciso de la locución *solvendo non esse* en el Derecho romano. De otra parte, la aparición de la expresión en la ley *Aelia Sentia* implicaría un uso dispositivo de nuestra locución como requisito necesario.

RESUMEN: En este trabajo se analiza la idea de insolvencia desarrollada en el Digesto. Sobre la base de las fuentes, el Derecho Romano propugnaba un concepto de insolvencia relacionado exclusivamente con el deudor que no podría satisfacer plenamente a sus acreedores. En todo caso, del Derecho Romano, no se deduce otro concepto más amplio de la insolvencia como podría ser aquel que diferencia una insolvencia pecuniaria de otra patrimonial.

ABSTRACT: The author in this labor, analyses the idea of failure developed in Digest. Over the base of the fountains, the Roman law supports a conception of failure exclusively related with the debtor who couldn't plenty satisfy to his creditors. Anyway, the Roman Law doesn't infer another wider concept of the failure as could be that concept who differentiate between a pecuniary failure of a heritage failure.