

UNA HIPÓTESIS EN LA INTERPRETACIÓN DE D. 42, 5, 9:
 SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACREEDORES
 EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES
 DEL DEUDOR INSOLVENTE

ANA ALEMÁN MONTERREAL*
 Universidad de Almería

RESUMEN

El presente trabajo constituye una interpretación de un fragmento de Ulpiano recogido en D. 42, 5, 9, en él se contemplan y regulan las facultades y la responsabilidad de los acreedores en la administración del patrimonio de un deudor insolvente en el procedimiento ejecutivo de la *bonorum venditio*.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad administradores - *Actio in factum* - *Actio de dolo*.

ABSTRACT

This essay is an interpretation of an excerpt from D. 42, 5, 9 by Ulpiano, where are indicated and regulated the faculties and the responsibility of the creditors in the wealth's administration of an insolvent debtor in the *bonorum venditio's* executive proceedings.

KEY WORDS: Administrators' responsibility - *Actio in factum* - *Actio de dolo*.

En clara armonía con la finalidad de la *missio in bona*: conservación de los bienes del deudor, se le concede al acreedor o acreedores su custodia y vigilancia; esta concesión atribuye la facultad de administrar los bienes del deudor. Y es que, el interés en que no disminuya el patrimonio del deudor insolvente se convierte en cuestión prioritaria de los acreedores, por lo que, aunque el deudor sigue conservando la titularidad de sus bienes, el edicto atribuye los actos de administración a los acreedores¹.

* Profesora titular de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Almería. Dirección postal: Universidad de Almería. Departamento de Derecho Privado. Ctra. Sacramento s/n, La Cañada de San Urbano, 04120 Almería, España. Correo electrónico: anaalema@ual.es

¹ Estas facultades de administración parecen ser compartidas en algunos supuestos determinados con el *curator bonorum*; figura, sin duda, controvertida de la que incluso se ha llegado

Como consecuencia de esta facultad de administración se hacía del todo necesario regular la responsabilidad de los acreedores en el ejercicio de estas funciones; responsabilidad a la que alude, o mejor dicho, de la que se ocupa Ulpiano en un prolijo y controvertido fragmento recogido en D. 42, 5, 9.

Y es precisamente este fragmento jurisprudencial el que viene a constituir el objeto de nuestro estudio, intentando dar respuesta a algunas de las arduas cuestiones que en el mismo se suscitan, o cuando menos, buscar una explicación aceptable de este confuso y, a su vez, difuso fragmento. Trabajo del que, por lo demás, advertimos sólo pretende establecer una propuesta en la interpretación de D. 42, 5, 9.

Comencemos por examinar detenidamente el fragmento.

En D. 42, 5, 9 pr., el pretor concede una *actio in factum* contra el acreedor que no restituya los frutos o que perjudique la posesión, siempre que en ambos casos hubiese actuado con *dolo malo*: “*Praetor ait: Si quis cum in possessione bonorum esset quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat, sive quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur, sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re iudicium in factum dabo*”.

Esta concesión de la *actio in factum* contra el acreedor que no restituyese los frutos percibidos de los bienes del deudor se hace extensiva a todo lo que obtuvo de dichos bienes, como señala D. 42, 5, 9, 1: “*Quod de fructibus ait, etiam de ceteris quaecumque ex re debitoris pervenerunt, intelligendum est; et sane debuit hoc ita esse [...]*”

Consecuentemente, el acreedor tiene derecho a la restitución de los gastos efectuados, incluso, aunque no hubiesen sido provechosos para el deudor, concediéndosele para esta reclamación una *actio in factum*, como atestiguan los párrafos 2 y 4 de D. 42, 5, 9; no obstante, este derecho se extingue, y por consiguiente, no ha lugar a la restitución mediante el ejercicio de la *actio in factum* cuando el gasto hubiese sido realizado con *dolo malo*. Así, en D. 42, 5, 9, 2, leemos: “*Quod ait Praetor: sive quod impensae nomine sine dolo fecit, ei non praestabitur, hoc eo spectat, ut, si quid ipse erogavit creditor, si modo sine dolo malo erogavit, hoc ei praestetur; sufficit igitur sine dolo erogasse, etiamsi nihil profuit erogatio eius rei debitori*”. Se reitera en D. 42, 5, 9, 4: “*Generaliter etiam dicendum est, quidquid impendit in rem, si modo sine dolo malo impendit, repetere eum posse*”. La parte final del texto añade un intento justificativo para el ejercicio de esta *actio in factum*, cual es la imposibilidad de ejercitar la *actio negotiorum gestorum*, ya que el acreedor gestiona

a cuestionar su propia existencia. Aunque escapa del tema de trabajo, el interés del tema nos induce a señalar a título orientador cómo la doctrina más antigua basándose en la interpolación de los fragmentos que contenían el término *curator* afirmaba la inexistencia de esta figura en la *bonorum venditio*; CUJACIO, Jacobus, *Opera* (Prati, 1838), V, c. 1244, y *Opera* (Prati, 1839), VI, c. 1655; POTHIER, Robert Joseph, *Le Pandette di Giustiniano* (trad. italiana, Venecia, 1842), III, p. 682. Sin embargo, la doctrina posterior ha venido afirmando la existencia del *curator* en la *bonorum venditio*, entre otros, SOLAZZI, Siro, *Il concorso dei creditori nel diritto romano* (Napoli, 1935-1943), II, pp. 30 ss.; RAMADIER, Paul, *Le effets de la missio in bona rei servandae causa* (Paris, 1911), p. 113; ARMUZZI, Alfredo, *Il magister ed il curator della bonorum venditio* (*Contributo allo studio del concorso nel diritto romano*), en AG. 72 (1904), p. 948; ROTONDI, Giovanni, *Bonorum venditi*, en *Per il XIV centenario delle codificazione giustineana* (1938), p. 108.

o administra un negocio común, equiparándolo, por lo demás, al socio: “*nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur*”.

En D. 42, 5, 9, 5 se recogen una serie de supuestos en los que se le exime de responsabilidad ante la inexistencia de dolo, a saber: deterioro de predios, extinción de servidumbres, destrucción o incendio de edificios, descuido con los esclavos y ganados, entrega de la posesión a otra persona. Para a continuación, comparar, en este caso, su posición con la del acreedor pignoraticio, destacando la posición más ventajosa de aquél, ya que éste responde también de la culpa. Y finalmente, hace extensiva la responsabilidad establecida para el acreedor a la responsabilidad del *curator bonorum*, en el caso de que administre los bienes del insolvente. El texto dice: “*Est praeterea quaesitum, si deteriora praedia facta fuerint sine dolo malo creditoris, vel iura eorum amissa, vel aedificia diruta, vel exusta, item familiae pecorumque acta cura non sint, aut possessio alii tradita, sine dolo tamen malo, an teneatur. Et apparet, eum non teneri, quia dolo malo caret; eritque melior eius conditio, quam in pignoris creditoris, qui non tantum dolum malum, verum culpam quoque debet. Eadem causa est curatoris bonorum, nam et is tenetur, ut creditori*”.

En D. 42, 5,9, 6 se otorga, nuevamente, una *actio in factum*, en este caso, contra el acreedor que ni vende ni arrienda el disfrute del predio. Observamos, por un lado, cómo novedosamente no se menciona criterio de responsabilidad alguno, sino simplemente la posibilidad de interposición de esta acción en el supuesto de que el acreedor no hubiese llevado a cabo la venta o el arriendo. Pero, además, también por vez primera se alude al valor de la condena como consecuencia del ejercicio de la *actio in factum*, cual es la cuantía que se ha dejado de percibir por no haberlo vendido ni arrendado; no obstante, en la parte final, añade otro criterio indemnizatorio más amplio en la *aestimatio* de esta *actio*, a saber: *id quod interest*. Expresa el pasaje: “*In eum quoque, qui neque locavit fructum praedii, neque vendidit, in factum actionem dat Praetor; et in hoc condemnabitur, quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit, neque locavit [...]. Aestimatio autem fit, quantum interest eius, qui experitur*”. A continuación señala algunas características de estas acciones *in factum*, como son su perpetuidad y transmisibilidad: “*Hae actiones neque temporariae sunt, et tam heredibus, quam in heredes dabantur, ceterosque sucesores*”².

Si hasta el momento el panorama establecido en D. 42, 5, 9, resulta complicado, esta complejidad, sin duda, se acrecienta cuando en el último párrafo se concede, para un supuesto anteriormente establecido en D. 42, 5, 9 pr. —deterioro de la posesión con *dolo malo*— una acción penal, ya que nace de un delito, anual e intransmisible: la *actio de dolo*: “*Si possessionis causa deterior facta esse dicitur dolo eius, qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum, neque in heredes ceterosque successores dabitur, quum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur*”.

Tras la lectura reposada del texto ulpiano, observamos, primero, que el criterio determinante en la responsabilidad de los acreedores en la administración de

² D. 42, 5, 9, 7.

los bienes del deudor insolvente es el dolo, a excepción del párrafo 6 que alude exclusivamente al hecho objetivo de no arrendar o vender sin mención específica a ningún criterio de responsabilidad. Segundo, que en todos estos supuestos la acción para hacer exigible esta responsabilidad es una *actio in factum*. Tercero, que se introducen, precisamente en el párrafo 6, dos criterios diversos para su *aestimatio*: *verum rei pretium – id quod interest*. Cuarto, que estas acciones *in factum* vienen caracterizadas por su transmisibilidad y su carácter perpetuo. Y quinto, que junto a estas acciones se establece la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores mediante una acción penal, anual e intransmisible: la *actio de dolo*.

El reconocimiento de la *actio in factum* y de la *actio de dolo* establecidas en D. 42, 5, 9 para exigir responsabilidad a los acreedores que administran el patrimonio del deudor objeto de una *bonorum venditio*, nos plantea numerosos interrogantes, *ad exemplum*, ¿asistimos a una responsabilidad civil o penal?, ¿podríamos estar en presencia de una responsabilidad civil y penal de los acreedores?, ¿pertenece esta regulación jurídica a la época clásica, al derecho postclásico y justiniano? Pasemos, pues, al esclarecimiento de éstas y otras cuestiones.

El texto ha sufrido crítica interpolacionística, por lo que comenzamos por determinar, siempre con la debida cautela, su pureza clásica, o sí, por el contrario, asistimos a un texto altamente espúreo y sospechoso.

D. 42, 5, 9 pr., no ha sido objeto de una amplia crítica que ponga en tela de juicio su clasicidad. En efecto, aquella de Levy que establece la alteración de “*restituat*”, ya que debiera decir “*restituit*”, dado el futuro de “*praestabitur*” y “*dicitur*”; e igualmente, un minoritario sector doctrinal ha sostenido que la palabra *in factum* no es genuina, afirmando en cualquier caso que la fórmula de la acción ha sido concebida *in factum*³. Argumentos estos que en principio no descartan, a nuestro entender, la clasicidad del fragmento.

Sin embargo, se ha sostenido que el párrafo 1 ha sido ampliamente retocado, en concreto, las críticas se vierten en lo tocante a la clasicidad que va desde “*et sane*” hasta “*praestare debet*”. A lo que añade Solazzi, por un lado, lo extraño del “*vel alio casu*”, ya que la pena del incumplimiento siempre se debería por una estipulación y no por un caso; y por otro, señala que es del todo infeliz el ejemplo de la “*poena ex compromisso*”, resultando inimaginable cómo un compromiso o una pena han sido estipuladas por el *accedor ex re debitoris*⁴.

Entre los argumentos señalados por Solazzi que justifican la amplia manipulación del párrafo 2, destacamos: primero, que “*nomine*” ha sido eliminado como glosema de los compiladores; segundo, la omisión de *malo* referente al dolo; tercero, la forma verbal “*fecit*” empleada en el fragmento en lugar de “*fecerit*”; cuarto, los dos “*erogavit*” que aparecen en el texto, requiriendo “*si modo*” el conjuntivo, por lo que propone la siguiente construcción: “[...] *si quid ipse erogavit creditor sine dolo malo, hoc ei praestetur*”; quinto, el empleo de “*eius rei*” después de “*quid*” y “*hoc*”, y de “*erogasse*” falta el sujeto, proponiendo: “[...] *praestetur etiamsi nihil profuit erogatio debitori*”⁵.

³ SOLAZZI, Siro, *Il concorso*, cit. (n. 1), p. 198. Véase el *Index Interpolationem*.

⁴ SOLAZZI, Siro, *Il concorso*, cit. (n. 1), p. 199 n.1.

⁵ SOLAZZI, Siro, *Il concorso*, cit. (n. 1), p. 206 notas 1, 2, 3 y 4. Véase el *Index Interpolationum*.

No exento de alguna crítica encontramos el fragmento 4, del que se ha sostenido la probable alteración del principio que en él se contiene, nos referimos concretamente a la posibilidad de reclamar todo gasto que el acreedor hubiese realizado sin *dolo malo*, por consiguiente, las dudas atañen a “*generaliter [...] posse*”. Pero, también se ha señalado que “*quia hic [...] videtur*” podría pertenecer a un glosador por el sospechoso “*hic*”⁶. No falta quien ha sostenido que la mención a la *actio negotiorum gestorum* tiene un origen compilatorio⁷.

La doctrina no es pacífica respecto a D. 42, 5, 9, 5. Así Beseler opina que el fragmento es del todo impuro, sin embargo, Solazzi, admitiendo que el fragmento ha sido retocado, no comparte su total manipulación, como prueba la equiparación que se hace con el *pignus*, y añade que los supuestos que en él se recogen son, sin duda, genuinos; a excepción, en cualquier caso, del último mencionado, a saber: “*possessio alii tradita*”, lo que argumenta con base, por un lado, en la insistencia del presupuesto del dolo, y por otro, en falacia del caso, ya que si el “*alius*” es otro acreedor, no tiene sentido este traspaso, pues todos tienen derecho a la *missio in bona*, y si el “*alius*” fuese un tercero, tanto el acreedor como el deudor tienen derecho a su expulsión.

De otro lado, Haymann suprime la frase “*eritque melior eius condicio quam in pignoris creditoris, qui non tantum dolum malum, verum culpam quoque debet*”, ya que la responsabilidad por culpa del acreedor pignoraticio no es de derecho clásico. Lo que, nuevamente, suscita la crítica de Solazzi, cuando sostiene que esta afirmación no es del todo pacífica por la doctrina; y, es más, es imposible, dice Solazzi, atribuir al derecho justinianeo esta comparación entre el acreedor que está en posesión de los bienes del deudor y el acreedor pignoraticio, ya que en esta época la relación del acreedor que custodia los bienes del deudor viene concebida como un *pignus –pignus praetorium*⁸.

Tanto Beseler como Solazzi sostienen sospechas de interpolación en el párrafo 6 de D. 42, 5, 9, en concreto “*nam neque hoc imputatur creditori, cum in possessionem non venerit, neque illud, quum de possessione decesserit, quum voluntarium et suum potius negotium creditor gerat*”. Señalando este último como genuino que la cuantía de la condena por el ejercicio de la *actio in factum* se estima en el interés del actor⁹.

También se ha constatado la manipulación de D. 42, 5, 9, 7 y 8, las que al parecer de Solazzi resultan claras cotejando ambos fragmentos. En este sentido apunta como el “*neque*” del párrafo 7 reclama la compañía de otro “*neque*”; y propone la siguiente reconstrucción “*neque in dolum concipiuntur neque...*”, expresión que encontramos en el párrafo 8 con la sustitución justiniana del término *ex delicto* por el originario *in dolum*, y es que es impensable, dice Solazzi, que los compiladores insistan dos veces sobre el dolo en este párrafo, por lo que

⁶ SOLAZZI, Siro, *Il concorso*, cit. (n. 1), p. 207.

⁷ En este sentido, FRESE, B., en *Melanges Cornil*, I, p. 356, citado por SOLAZZI, Siro, *Il concorso*, cit. (n. 1), p. 207, quien, por lo demás, se opone a dicha afirmación.

⁸ SOLAZZI, Siro, *Il concorso*, cit. (n. 1), pp. 200 ss..

⁹ BESELER, Gerhard von, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen, 1910), III, pp. 124 ss.; y V p. 13; SOLAZZI, Siro, *Il concorso*, cit. (n. 1), p. 203.

sugiere, en cualquier caso, completar “*cum in dolum concipiatur*” con “*poenamque contineat*”¹⁰.

Albertario y Segré han presentado sus dudas sobre la clasicidad del párrafo 8. Así, Albertario afirma la alteración de la parte final, a saber “*cum [...] concipiatur*”; y, Segré opina que el texto originario podría decir “*et formulam in dolum concipiatur*” en lugar de “*poenaeque nomine concipiatur*”¹¹.

Las manipulaciones del fragmento quedan así constatadas por la crítica interpolacionística. No obstante, señalamos las siguientes puntualizaciones:

Primeramente, observamos cómo en las reiteradas menciones a la *actio in factum* establecidas en D. 42, 5, 9, la doctrina no ha manifestado alteración compilatoria alguna. A excepción del párrafo *principium*, en el que un sector doctrinal minoritario ha dudado de la clasicidad de esta denominación; opinión esta que, a nuestro entender, no ha sido de ninguna manera justificada con argumentos coherentes, a lo que habría que añadir el altamente carácter clásico de esta terminología en las numerosas alusiones que de la misma encontramos en el texto.

De otro lado, apreciamos cómo todos los fragmento aluden al *dolo malo* –calificación de origen clásico– para la concesión de la *actio in factum*; a excepción del párrafo 6 que no establece ninguna medida de responsabilidad, y el que, por lo demás contiene dualidad de criterios en la *aestimatio* de dicha *actio*. Pues bien, esta dualidad indemnizatoria no es fruto de la casualidad, ya que la ausencia de graduación de responsabilidad así como uno de los criterios de estimación establecidos: “el precio de no haberse vendido ni arrendado”, como así hemos constatado, han sido razonablemente puestos en tela de juicio, y sin embargo, se ha demostrado la clasicidad de la parte final: “*aestimatio autem fit, quantum interest eius, qui experitur*”.

Es más, no dudamos, siguiendo a Solazzi, del origen clásico de los supuestos recogidos en D. 42, 5, 9, 5; supuestos frecuentes de concesión pretoria de *actiones in factum* por daños causados en particulares circunstancias y no tipificados en la *lex Aquilia de damno*, y cuya *aestimatio* comprende el daño emergente y el lucro cesante.

Por todas estas razones nos inclinamos a sostener la clasicidad de la *actio in factum* de D. 42, 5, 9.

Pero, ¿qué ocurre con la *actio de dolo* establecida en D. 42, 5, 9, 8? Ya Albertario señalaba la interpolación del motivo justificativo “*quum ex delicto oritur, poenaeque nomine concipiatur*” y, Solazzi dudaba de la clasicidad de los términos “*oriri*” y “*delictum*”.

Ciertamente, intuimos no pocas dificultades para determinar el origen clásico de esta *actio dolo*. En principio, no resulta para nada congruente que Ulpiano requiera la exigencia de una responsabilidad dolosa para poder ejercitar esta *actio*, lo que indudablemente es una obviedad, es más, no tiene sentido.

Pero, a mayor abundamiento, observamos cómo en los otros fragmentos de D. 42, 5, 9 la exigencia de *dolo malo* era requerido para la concesión de la *actio in*

¹⁰ SOLAZZI, Siro, *Il concorso*, cit. (n. 1), p. 205.

¹¹ Citados por SOLAZZI, Siro, *Il concorso*, cit. (n. 1), p. 204.

factum, a excepción del párrafo 2, del que hemos manifestado su impureza; pues bien, nuevamente el apartado 8 requiere taxativamente el *dolo* sin calificación de *malo* para el ejercicio de dicha *actio*, lo que podría llevarnos a aceptar el retoque compilatorio de ambos fragmentos.

A lo que habría que añadir, que el supuesto de aplicabilidad de esta *actio*, a saber: deterioro de la posesión venía contemplado en el *principium* del fragmento concediéndosele, en este caso, una *actio in factum*.

¿Cómo encajar todo ello con la concesión de la *actio de dolo*?

En verdad, la problemática que encierra D. 42, 5, 9, y en concreto, la *actio in factum* y la *actio de dolo*, nos lleva, cuando menos, a establecer algunas precisiones al respecto.

En puridad y como es bien sabido, las *acciones in factum* suponen la categoría de acciones pretorias más relevantes, creadas para dar cobertura jurídica a nuevas necesidades que se iban presentando y en las que las acciones del *ius civile* eran inadecuadas. La doctrina ha venido distinguiendo dentro de estas acciones *in factum* pretorias, dos modalidades: una, que comprendía las acciones que sancionaba los delitos, y otra, en la que se incluían las acciones que tutelaban los pactos pretorios, dando lugar al reconocimiento de una serie de nuevas relaciones jurídicas negociales¹².

Pero, ciertamente, el problema para el estudio de estas acciones *in factum* se acrecienta, ya que los compiladores no conservaron todas ellas, sino que por el contrario, unas se mantuvieron, otras fueron suprimidas, y no faltó la creación de nuevas acciones *in factum* en el derecho postclásico y justinianeo.

Estas acciones que el pretor introduce para sancionar hechos dolosos, en su evolución debieron sufrir una conveniente despenalización a fin de hacerlas transmisibles a los herederos.

En este sentido, De Visscher sostiene que la mayoría de acciones *in factum* clásicas tuvieron origen delictivo, siendo inicialmente un medio para reforzar la nulidad desde el punto de vista penal. Y Murga opina que cuando decae el procedimiento formulario estas acciones fueron tomando un sentido muy distinto al que en su día tuvieron las fórmulas *in factum conceptae*¹³.

Ahora bien, en época postclásica, la acción *in factum* viene entendida como un remedio procesal tendente a corregir un hecho punible o a procurar la tutela litigiosa para un hecho concreto no encajable dentro de la estructura lógico tradicional de los clásicos; y, en este sentido, puede hablarse en el procedimiento *extra ordinem* de acción *in factum* como acción reipersecutoria transmisible a los herederos, y es así, como acción decretal, adaptable a las circunstancias concretas

¹² COLLINET, Paul, *La nature des actions, des interdicts et des exceptions dans l'œuvre de Justinien* (Paris, 1947), pp. 386 ss.; MARTÍN MINGUIJÓN, Ana Rosa, *Fórmulas reconstruidas y acciones in factum conceptae* (Madrid, 2000), pp. 1ss. Véase, además, DE VISSCHER, Fernand, *Les formules in factum, en études des Droits romain* (Paris, 1931); FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en el derecho clásico*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener* (Madrid, 1994), pp. 38 ss.

¹³ DE VISSCHER, Fernand, *Les formules*, cit. (n. 12), p. 428. MURGA, Jose Luis, *Una actio in factum de Ulpiano para la venta de sepulcros*, en *RIDA. 21* (1974) p. 304 n.12.

como aparece con más frecuencia, y como la encontramos mayoritariamente en la compilación justiniana¹⁴.

Pero, detengámonos en la *actio de dolo*. Y es que, como ha sostenido Camiñas, el análisis del tema del dolo en el pensamiento jurisprudencial romano plantea una serie de problemas previos de carácter metodológico debido a los diferentes esquemas de estructura que presenta el derecho romano clásico y el postclásico-justiniano; e igualmente, señala cómo el carácter esencialmente casuístico que presenta el derecho clásico provoca la ausencia de una doctrina general sobre el dolo en la jurisprudencia.

Junto a ello, es de señalar que los compiladores introdujeron en los escritos jurisprudenciales numerosas alteraciones, ya que al desaparecer la distinción entre el *ius civile* y el *ius honorarium* no había ninguna razón para diferenciar el dolo de los demás delitos, mientras que en el derecho clásico el régimen jurídico del dolo se configura precisamente en el ámbito del *ius honorarium*, y la *actio de dolo* presenta características específicas respecto a las demás acciones penales, lo que no acontece en el derecho postclásico y justiniano¹⁵.

Ciertamente los diversos significados y acepciones con que se nos presenta el dolo¹⁶ en su evolución jurídico romana dificulta, sobremanera, delimitar el alcance con que aparece esta *actio de dolo* en D. 42, 5, 9.

Y es que, probablemente, la primera aplicación del dolo se traduce en un elemento intencional del delito, pasando, con posterioridad a su configuración autónoma como delito pretorio, y ello, sin olvidar, cómo esta forma de valorar la conducta rebasó el ámbito delictual y se trasladó al ámbito negocial como medida o criterio de responsabilidad, convirtiéndose, además, en algunos casos, en el presupuesto para la concesión de determinadas acciones¹⁷.

Pero, centrándonos en la *actio de dolo*, como bien sabido es, el edicto tipificó como delito el *dolus malus* y concedió esta *actio* por el importe del perjuicio sufrido, siempre que no existiese otra acción para obtener la reparación del perjuicio causado y existiese justa causa¹⁸.

¹⁴ MURGA, Jose Luis, *Una actio in factum*, cit. (n. 13), p. 304.

¹⁵ CAMIÑAS, Julio G., *La problemática del dolo en el derecho romano clásico*, en *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener* (Madrid, 1994), pp. 945 ss..

¹⁶ Véase *Thesaurus linguae latinae*, V, col. 1857 ss.; FORCELLINI, A., *Lexicon totius latinitatis*, II, p. 191; ERNOUT, A. - MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue Latine* (Paris, 1985), s. v. *dolus*..

¹⁷ La extensa bibliografía sobre el tema dificulta cualquier intento de exhaustividad, no obstante, se hace del todo necesario mencionar algunos trabajos, entre ellos, véase: LONGO, Gianetto, *Contributi alla dottrina del dolo* (Padova, 1937); CARCATERRA, Antonio, *Dolus bonus-dolus malus* (Napoli, 1970); CASAVOLA, Francesco P., *Dolo (diritto romano)*, en *NNDI*. (Torino, 1960), VI; LUZZATO, Giuseppe I., *Dolo (diritto romano)*, en *ED.*, (Milano, 1964), XIII; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale nel diritto romano* (2ª edic., Napoli, 1935), pp. 29 ss.; DE ROBERTIS, Francesco M., *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, I (Bari, 1962), II (Bari, 1964), III (Bari, 1966); MAC CORMACK, Geoffrey, *Dolus, culpa, custodia and diligentia. Criteria of Liability or content of obligation*, en *Index 22* (1994) pp. 189 ss..

¹⁸Sobre el tema, entre otros: PALUMBO, Filippo, *L'azione de dolo: diritto romano e vigente*

Ciertamente, el originario objeto de esta acción fue muy limitado. En principio sólo quien ostentase la condición de parte negocial presentaba legitimación pasiva para su ejercicio, y junto a ello, su carácter subsidiario condicionaron la escasa aplicabilidad de la misma.

El principal problema con que nos encontramos es el referente a la subsidiariedad de *actio de dolo*. El carácter subsidiario de la *actio de dolo* viene establecido en varios fragmentos¹⁹, y ciertamente, el pretor decidía sobre *si alia actio non erit* incluso antes de analizar si concurría una *iusta causa*, pues, aún existiendo ésta, se denegaba la *actio de dolo* si tal *iusta causa* podía hacerse valer a través de otro medio.

Sin embargo, la doctrina se mantuvo y mantiene escindida en lo tocante a la clasicidad o no en la concesión de la *actio de dolo* cuando existe otra acción. Clasicidad defendida por Albanese y que argumenta con razones históricas, y negada por Pringsheim, Guarino, o Longo quien insiste en la modificación de las nociones clásicas a cerca de la subsidiariedad de esta *actio*²⁰.

Y ciertamente, si el estudio por separado de la *actio in factum* y de la *actio de dolo* constituyen un tema prolijo en su evolución jurídico romana, es indudable que éste se acrecenta en un supuesto -como el de D. 42, 5, 9- en el que nos encontramos con la concesión conjunta de ambas acciones.

Así, Riccobono sostuvo que estas dos acciones mantienen caminos paralelos, ya que asistimos a dos institutos pretorios altamente relacionados. En efecto, uno y otro, dice Riccobono, fueron creados para reparar un daño patrimonial o para evitar el enriquecimiento injustificado en aquellos casos no protegidos por acciones civiles o pretorias, añadiendo que el pretor concedía la *actio de dolo* teniendo solamente en cuenta la existencia de dolo en el adversario, y viceversa, concedía la acción *in factum* cuando existiendo dolo había una relación de parentesco entre las partes.

Apuntando, además, como el legislador hizo un largo empleo de *acciones in factum* con la finalidad de tutelar relaciones no protegidas en el derecho clásico, a las que habría que añadir las nuevas acciones *in factum* introducidas en derecho justinianeo. El panorama se complica, aun más, como dice acertadamente Riccobono, cuando muchas de estas acciones que se encuentran en el *Corpus iuris* provienen del derecho clásico y fueron mantenidas por los compiladores²¹.

(Napoli, 1935); LONGO, Gianetto, *Contributti alla dottrina del dolo* (Padova, 1937); WACKE, Andrea, *Sul concetto di dolus nell'actio de dolo*, en *IURA* 28 (1977) pp. 10 ss.; CAMIÑAS, Julio G., *La problemática*, cit. (n. 15), pp. 952 ss.; MARTÍN MINGUIJÓN, Ana Rosa, *Fórmulas reconstruidas*, cit. (n. 12), pp. 144 ss., con amplia bibliografía sobre el tema.

¹⁹ Cf. D. 4, 3, 1, 1 que se confirma en una constitución de Caracalla recogida en CI. 2, 20, 2; D. 47, 20, 3, 1; D. 4, 3, 1, 6; D. 4, 3, 1, 7; D. 4, 3, 7 pr.; D. 4, 3, 7, 1; D. 4, 3, 7, 2.

²⁰ ALBANESE, Bernardo, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, en *Annali Palermo* 28 (1961) pp. 163 ss.; *Ancora in tema de sussidiarietà dell'a. de dolo*, en *Labeo* 9 (1963) pp. 42 ss.; PRINGSHEIM, Fritz, *Subsidiarität und Insolvenz*, en *ZSS* 41 (1920) pp. 254 ss.; GUARINO, Antonio, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, en *Labeo* 8 (1962) pp. 270 ss.; LONGO, Gianetto, *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, en *Studi Zingali* (Milano 1965), III, pp. 461 ss.

²¹ RICCOBONO, Salvatore, *Scritti di Diritto Romano II (Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 19, 3, 14 Paul. 3 ad Plautium)* (Palermo, 1964), p. 383.

De otro lado, el estudio de Watson a propósito de ambas acciones se inicia precisamente ante el polémico tema de la subsidiaridad de la *actio de dolo*, concretamente, su carácter subsidiario respecto a la *actio in factum*. Este autor, tras un estudio detallado, establece algunas conclusiones.

Por un lado destaca y afirma que una *actio in factum* edictal impide el ejercicio de la *actio de dolo*, y de otro, que una *actio in factum* decretal no impide la *actio de dolo* ni viceversa, pues no existía ningún principio legal impeditivo, aunque considera habitual que en la práctica imperasen ciertas reglas sobre la concesión de una u otra.

En este sentido, señala la preferencia de la *actio in factum* cuando existe negociación entre las partes, cuando la conducta era dolosa pero no fraudulenta, cuando fuere justificado dar una acción por dolo o culpa, o incluso, cuando se pedía un remedio jurídico procesal para determinados hechos. *Sensu contrario*, se preferiría una *actio de dolo* ante la existencia de fraude, y en aquellos casos en que era difícil modelar el remedio de una acción extinguida.

En esta línea descarta la *actio de dolo*, y sostiene la concesión de una *actio in factum* decretal cuando de los dos responsables uno lo fuere claramente y otro no, e igualmente, cuando se considerase impropio que el demandante fuese capaz de convertir al demandado en *infamosus*.

Afirmando finalmente que la concesión de la *actio de dolo* era poco frecuente en la práctica jurídico-procesal²². Y es que, ciertamente, para reprimir un hecho doloso se conceden preferentemente acciones que el pretor crea para un supuesto concreto como lo son las *acciones in factum*. En definitiva, como podemos apreciar en el ámbito de la *actio in factum* –*actio de dolo* nos movemos en el terreno de las hipótesis y conjeturas, ante la imposibilidad de establecer una teoría segura.

Por todo ello, nuestra propuesta de interpretación de D. 42, 5, 9, no es sino una hipótesis plausible; en este sentido sostenemos que la *actio in factum* contenida en D. 42, 5, 9 pudo en su origen denotar un carácter delictivo, establecida para regular una situación que no siendo contractual necesitaba de un mecanismo jurídico procesal de defensa por daños efectuados en los bienes del deudor insolvente; acción *in factum* que concebida sobre el modelo de la *lex Aquilia de damno* fue aplicada y, como sostiene Watson, se siguió aplicando antes de la *actio de dolo*.

Como prueban, entre otros argumentos, la clasicidad de la denominación *actio in factum*, la exigencia de *dolus malus* como criterio determinante en la responsabilidad de los administradores, así como los supuestos contemplados, lo que, por lo demás, en su mayoría se refieren a daños efectuados en los bienes del deudor insolvente²³.

²² WATSON, Alan, *Actio de dolo and acciones in factum*, en ZSS. Rom. Abt. 78 (1961) pp. 392 ss. El trabajo de Watson presenta algunos aspectos de máximo interés. Nosotros compartimos su posicionamiento respecto a algunas cuestiones, por el contrario, disentimos en que sus conclusiones sobre la *actio in factum* y la *actio de dolo* sean generalizadas a las diversas épocas jurídico romanas, ya que, como sabemos, ambas acciones constituyen un panorama ampliamente cambiante a lo largo de su evolución jurídica.

²³ Obviamos reiterar otros argumentos justificativos de esta propuesta de interpretación, considerando que ya han sido suficientemente manifestados en este trabajo.

Posteriormente, pudiera ser probable su mantenimiento alterado en el fragmento ulpiano dentro del *genus* típico de las acciones *in factum* civiles de la época postclásica. Convirtiéndose así en una de las muchas acciones *in factum* clásicas a las que los justinianos no le añadieron denominación específica distinta, pero que ahora son o se convierten en la acción nueva, la vía procesal unificada y única del procedimiento *extra ordinem*.

En su apoyo, señalamos los infructuosos esfuerzos por asimilar la situación del acreedor o acreedores al gestor de negocios, al socio, o al acreedor pignoraticio, así como las características con que ahora se nos presenta la *actio in factum*: transmisible y perpetua.

Ante esta realidad, nada tiene de extraño que en este fragmento ampliamente manipulado se inserte una *actio de dolo*, ya que ahora la *actio in factum* aparece con un carácter bien distinto de aquella originaria *actio in factum* establecida por Ulpiano, por este motivo, junto a esta nueva *tutela extra ordinem* encontramos una tutela procesal que deriva de la aplicación de la *actio de dolo*²⁴.

Por todo lo expuesto, sostenemos que en época clásica la responsabilidad de los acreedores en la administración de los bienes del deudor insolvente presenta un marcado carácter delictual exigible mediante una *actio in factum*. En derecho postclásico-justiniano, ampliamente transformado el ámbito de la responsabilidad y el carácter de esta acción, asistimos a una responsabilidad civil y penal de los acreedores, exigibles, respectivamente, mediante una acción *in factum* y una *actio de dolo*.

Finalmente, y con ello concluimos, insistimos una vez más en que nuestro propósito ha consistido en establecer una propuesta coherente dentro de las posibles interpretaciones a que puede dar lugar el controvertido fragmento ulpiano recogido en D. 42, 5, 9.

[Recibido el 10 de marzo y aceptado 17 de abril de 2006].

²⁴ En este sentido, LONGO, Gianetto, *Sul regimen*, cit. (n. 20), pp. 461 ss., ha demostrado brillantemente como la introducción de la *actio de dolo* fue fruto de la mano compilatoria en los diversos fragmentos señalados en su trabajo, véase en concreto, pp. 476 ss.; especialmente formativos y de gran utilidad al tema que nos ocupa han resultado D. 13, 7, 36 pr. - 1 y D. 11, 7, 14, 2.

