

“PROMISSIO INDEMNITATIS”
[“Promissio Indemnitatis”]

MANUEL CAMACHO DE LOS RÍOS*
Universidad de Granada, España

RESUMEN

El tema encuentra en su punto de partida una doble dificultad como objeto de investigación: de una parte la ausencia de fuentes, y de otra, la carencia de un material bibliográfico muy escaso, y en la mayoría de los casos impreciso. Se abordan entre otras cuestiones las referentes a la existencia de la *promissio indemnitatis*, sus finalidades y objetivos, su viabilidad y compatibilidad con la *aditio mandatum creditorum* y el *pactum ut minus solvatur* y las circunstancias que provocarían el uso de este expediente limitador de la responsabilidad hereditaria descartando el contrato de mandato a favor de la *stipulatio* como forma de constituir la *promissio indemnitatis*.

PALABRAS CLAVE

Limitación responsabilidad hereditaria – *Aditio mandatum creditorum* – Confusión patrimonial – Concurso de acreedores – Herencia deudora.

ABSTRACT

This subject matter finds in its starting point in a twofold difficulty as the focus of research: on one hand, the lack of sources, and on the other, a very scarce, and in most cases, inaccurate bibliographical material. Among other issues, we herein address the ones regarding the *promissio indemnitatis*, its aims and objectives, its feasibility and compatibility with the *aditio mandatum creditorum* and *pactum ut minus solvatur* and the circumstances that may cause the use of this dossier that limits the inherited liability by ruling out the mandate contract in favor of *stipulatio* as a manner to constitute *promissio indemnitatis*.

KEYWORDS

Limitation of inherited liability – *Aditio mandatum creditorum* – Confusion with the estate – Insolvency proceedings – Debtor inheritance.

RECIBIDO el 23 de julio y ACEPTADO el 31 de julio de 2013

* Profesor Titular de Derecho romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, España. Correo electrónico: mcamacho@ugr.es

I. INTRODUCCIÓN

La *promissio indemnitis*, denominación construida por la doctrina¹ y que se infiere de D. 16,1,19 pr., es una materia controvertida de la romanística debido a la carencia prácticamente absoluta tanto de fuentes² como de investigaciones específicas.

¹ Existen muy pocas obras que traten de la *promissio indemnitis* como forma convencional de limitación de la responsabilidad hereditaria: FADDA, C., *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano* (Napoli, 1902), II, p. 411; BESELER, G., *Romanistische Studien*, en ZSS., rom. Abt., 50 (1930), p. 20; SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano* (Napoli, 1933), II, pp. 278-279 n. 2; BIONDI, B., *Istituti fondamentali di Diritto ereditario romano. Capacità. Acquisto dell'eredità ed effetti*, *Divisione* (Milano, 1948), p. 143; SILVEIRA MARCHI, E. C., *Da concordata no concurso de credores* (Sao Paulo, 2010), pp. 48-50; DONATUTTI, G., *Contributi alla teoria del mandato in Diritto romano*, II: *La volontà del mandante*, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia*, 39 (Perugia, 1927), pp. 23-24; JACOTA, M., *Les pactes de l'esclave en son nom propre*, en *RIDA*, 13 (1956), p. 217.

² Sólo existe una fuente del jurista Africano sobre la *promissio indemnitis*, en concreto D. 16,1,19 pr., lo que dificulta esta investigación.

² Según D. 2,14,7,17 (Ulp., 4 ed.) se trata del supuesto en el que el *heres extraneus, suus et necessarius*, en definitiva, el *delatus*, ante una *hereditas damnosa o suspecta*, hace depender y subordinar su *aditio* o *immixtio* a la conclusión de un pacto con los acreedores hereditarios. Dicho pacto consistía en una rebaja porcentual del montante de las deudas realizado con la intervención del pretor, el cual concedía un *decretum praetoris* en cuya virtud, por un lado el pacto devenía firme o existente, y por otro, servía para homologar y vincular a los acreedores ausentes o disidentes por la voluntad de la mayoría de acreedores que sí habían suscrito el pacto. Esta mayoría se calculaba *pro modo debiti, non pro numero personarum placuit*. Es abundante la literatura sobre el *pactum ut minus solvatur*. Entre las principales obras: PUCHTA, G. F., *Cursus der Institutionem* (Leipzig 1847), III, p. 260; FADDA, C., cit. (n. 1), p. 410; WINDSCHEID, B., *Lehrbuch der Pandektenrechts* (Frankfurt am Main 1906), p. 480; BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen, 1911), p. 97; BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto romano* (Milano, 1912), pp. 393-394; EL MISMO, *Corso di Diritto romano*, VI: *Le successioni* (Roma, 1930), p. 394; COSTA, E., *Storia del Diritto privato romano dalle origini alla compilazione giustiniana* (Torino, 1925), p. 587 y n. 1; SOLAZZI, S., *L'estinzione dell'obbligazione* (Napoli, 1931), pp. 179 ss.; EL MISMO, *Diritto ereditario*, cit. (n. 1), II, p. 279; EL MISMO, *Il concorso dei creditori nel Diritto romano* (Napoli 1943), IV, p. 96; GUARINO, A., "*Pactum ut minus solvatur*", *note sul precedente romani del concordato preventivo*, en *Studi Scorza* (Roma, 1940), pp. 443 ss.; EL MISMO, *Notazioni romanistiche*, VI: *Ancora sul "pactum quo minus solvatur"*, en *Annali Catania*, 4 (1949-50), pp. 196 ss.; JÖRS, P. -KUNKEL, W. - WENGER, L., *Römisches Recht* (Berlin - Göttingen - Heidelberg, 1949), p. 345; BUCKLAND, W. W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (Cambridge, 1950), p. 316,10; ALBERTARIO, E., "*Hodie*", en *Studi di Diritto romano* (1953), VI, pp.125 ss.; VOCI, P., *Istituzioni di Diritto romano* (Milano, 1954), p. 540; EL MISMO, *Diritto ereditario romano*, I: *Introduzione. Parte generale* (Milano, 1960), p. 617; VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano* (Roma, 1961), p. 728; SANFILIPPO, C., *Riflessioni sulla "aditio mandatum creditorum"*, en *Mélanges Philippe Meylan* (Lausanne 1963), I, pp. 293 ss.; SCHERILLO, G., *Beneficio di inventario (Diritto romano)*, en *NN. DD. It.* (1963), IX, p. 10; RICCOBONO, S., *Dalla "communio" del Diritto quiritario alla comproprietà moderna*, en *Essays in Legal History* (Oxford 1973), pp. 108-109; LÓPEZ-BARAJAS, M. R., "*Separatio bonorum*" (Granada, 1995), p. 40-50; SILVEIRA MARCHI, E. C., *Concorso de credores e pactum "ut minus solvatur"* (Roma, 1999); EL MISMO, *Da concordata*, cit. (n. 1); CALZADA, M. A., *Reflexiones en torno al "pactum quo minus solvatur"*, en *Actas de VII Congreso Internacional de Derecho romano* (Burgos, 2001), pp. 483 ss.; CAMACHO DE LOS RÍOS, M., *Interrelaciones entre el "pactum ut minus solvatur" y la "aditio mandatum creditorum"*, en *SDHI*, 79 (2013); EL MISMO,

Desde época clásica, y debido a la falta de una normativa legal y eficaz que tutelase los intereses y la situación jurídica del heredero, fueron surgiendo unas formas convencionales de atenuación de la responsabilidad hereditaria como el *pactum ut minus solvatur*³, la *aditio mandatum creditorum*⁴ o la enigmática *promissio indemnitis*, la cual presenta ciertas similitudes con las anteriores. Se trata de acuerdos entre los acreedores y el heredero, de carácter preventivo⁵ y eminentemente privado, que, como defiende Solazzi “dipendono dalla buona volontà delle parti e non danno la sicurezza dei remedi legali”. No obstante, antes de que surgieran en Roma los denominados *beneficia heredis*⁶ o formas legales de limitación de la responsabilidad hereditaria como el *ius abstinendi* o *beneficium abstinendi*, el *beneficium separationis* y el *beneficium inventarii*, dichos acuerdos privados, y en especial el *pactum ut minus solvatur* —en menor medida la *aditio mandatum creditorum*—, fueron muy utilizados con gran eficacia desde época clásica.

Estudio crítico sobre las formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria, en *Revista General de Derecho Romano*, Iustel, 19 (Madrid, 2012).

⁴ En virtud de este contrato los acreedores conferían al heredero mandato de aceptar la herencia, no pudiendo los acreedores exigir más de las posibilidades de la herencia, pues en caso contrario al heredero se le concedía una *exceptio doli*. Además los acreedores eran responsables por el perjuicio económico que se derivase del pago por parte del heredero a los posibles acreedores no mandantes y para ello contaba con la *actio mandati contraria*. Este mandato suponía además la aplicación de un descuento de los créditos, esto es, llevaba implícito un *pactum ut minus solvatur*. - Sobre la *aditio mandatum creditorum* consultar: PUCHTA, G. F., cit. (n. 3), p. 260; FADDA, C., cit. (n. 1), p. 411; WINDSCHEID, B., cit. (n. 3), p. 606; COSTA, E., cit. (n. 3), p. 536; SOLAZZI, S., *Diritto ereditario*, cit. (n. 3), p. 277; GIFFARD, A. E., *Précis de Droit romain* (Paris 1938), I, p. 485,1; WEISS, E., *Institutionen des Römischen Privatrechts als Einführung in die Rechts-Ordnung der Gegenwart* (Stuttgart 1949), p. 553; BIONDI, B., *Istituti fondamentali* cit. (n. 1), p. 143-144; EL MISMO, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1956), pp. 628-629; JÖRS, P. - KUNKEL, W. - WENGER, L., cit. (n. 3), p. 345; VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1954), p. 540; EL MISMO, *Diritto ereditario* cit. (n. 3), p. 617; VOLTERRA, cit. (n. 3), p. 728; SANFILIPPO, *Riflessioni sulla “aditio mandatum creditorum”*, en *Mélanges Philippe Meylan* (Lausanne 1963), I, pp. 293 ss.; SCHERILLO, G., cit. (n. 3), p. 10; BONFANTE, P., *Corso*, cit. (n. 3), VI, pp. 484-485; LÓPEZ-BARAJAS, M. R., cit. (n. 3), pp. 50-52; SILVEIRA MARCHI, E. C., *Concorso*, cit. (n. 3), pp. 18-40; EL MISMO, *Considerações acerca da aditio mandatu creditorum*, en ACCURSI, Floriana (editora), *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli, Jovene, 2002), I, pp. 467-486; SILVEIRA MARCHI, E. C., *Da concordata*, cit. (n. 1), pp. 27-48; CALZADA, M. A., *Una aproximación a la “aditio mandatum creditorum”*, en *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito María Raimundo Yanes* (Burgos, 2000), I, pp. 483 ss.; DUPLÁ, M., *La “aditio mandatum creditorum” y la responsabilidad hereditaria*, en *Actas de VII Congreso Internacional de Derecho romano* (Burgos, 2001), pp. 387 ss.; CAMACHO DE LOS RÍOS, M., *Interrelaciones*, cit. (n. 3), pp. 1-30; EL MISMO, *Estudio crítico*, cit. (n. 3), p. 31.

⁵ SOLAZZI, S., *Diritto ereditario* cit. (n. 1), II, p. 277.

⁶ La expresión “*beneficia heredis*” según GUARINO, A., *Diritto privato romano* (Napoli, 1984), p. 423 n. 40.3, se empleaba con carácter técnico en relación al *beneficium inventarii* y sólo de forma esporádica y atécnica respecto al *ius abstinendi* o el *beneficium separationis*.

En este trabajo investigamos la *promissio indemnitis* a partir del único texto que la trata directamente y de algunas fuentes indirectas o de carácter tangencial relacionadas con la *promissio indemnitis*. Este expediente limitador de la responsabilidad hereditaria por las deudas del difunto presenta la particularidad de fluctuar entre la *fideiussio* y la *stipulatio*.

Prendemos responder a los interrogantes y problemática de esta figura jurídica mediante la investigación de las posibles interconexiones, analogías, ventajas y desventajas de la *promissio indemnitis* respecto a otras figuras afines como la *aditio mandatum creditorum*—de la que se afirma que la *promissio indemnitis* era un sustitutivo— o el *pactum ut minus solvatur*.

Entre las muchas cuestiones pendientes de solución se encuentran algunas que han ocupado nuestra atención desde el primer momento y que hasta ahora no se han abordado. En este sentido nos planteamos estos interrogantes: La *promissio indemnitis* aplicada a la limitación de responsabilidad hereditaria ¿es una construcción teórica de la doctrina o fue una realidad llegando a utilizarse en la práctica? En su caso, si llegó a existir: ¿por qué en algunos casos se recurría a la *aditio mandatum creditorum* o al *pactum ut minus solvatur* y en otros a la *promissio indemnitis*?

Trataremos averiguar igualmente la viabilidad y objetivos de este instituto y si jugó algún papel esencial en la evolución desde el antiguo *pactum de non petendo* aplicado a la limitación de la responsabilidad hereditaria, esto es, el mal denominado⁷ *pactum ut minus solvatur* clásico sin principio de mayoría vinculante, hasta la *aditio mandatu creditorum* clásica que permitió el establecimiento del definitivo *pactum ut minus solvatur* postclásico y justiniano con aplicación del principio de mayoría vinculante *pro modo debiti* mediante *decretum praetoris*.

II. CONCEPTO Y EXÉGESIS DE D. 16,1,19 PR.

Según la doctrina, la *promissio indemnitis* fue una figura jurídica que existió en la antigua Roma. Así afirma Silveira Marchi⁸ en su excelente obra sobre el concurso de acreedores: “Em substituição ao mandato (*mandatum adeundae hereditatis*) conceberam os juriconsultos romanos outro remédio, denominado comumente pelos intérpretes *promissio indemnitis*”⁹.

Igualmente Fadda¹⁰ sostiene su existencia, aunque intuimos que el romanista guardaba ciertas dudas: “Le fonti ci danno ripetuti esempi di accordi privati. No essendo il contratto di garanzia riconosciuto come contratto a se, si faceva capo

⁷ CAMACHO DE LOS RÍOS, M., *Interrelaciones*, cit. (n. 3), p. 18 nt 70. “A tenor de las fuentes se debería denominar *pactum ut minus solvatur* a aquel pacto de rebaja que tenía como consustancial el principio de mayoría vinculante *pro modo debiti*. A falta de este elemento, nos encontraríamos ante un *pactum de non petendo* aplicado a la limitación de la responsabilidad hereditaria, fuese éste o no sustanciado *in iure*”.

⁸ SILVEIRA MARCHI, E. C., *Da concordata*, cit. (n. 1), p. 48.

⁹ La expresión *promissio indemnitis* no aparece tal cual en este texto por lo que se trata de una terminología de los intérpretes, esto es, un término de cuño doctrinal.

¹⁰ FADDA, C., *Concetti fondamentali*, cit. (n. 1), p. 411.

alla figura del mandato, che per la sua elasticità vi si prestava. Il che naturalmente non esclude che potessero i creditori assumere il rischio per via di contratto verbale, colla solita *promissio indemnitas*”.

Respecto al concepto y denominación del instituto que nos ocupa, la doctrina se ha basado en el único texto disponible conservado en D. 16,1,19 pr. (Afric., 4 *quaest.*): “*Tutor pupilli decesserat herede instituto Titio: cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre Pupilli, ut suo periculo adiret, adiit stipulatusque de ea est indemnem se eo nomine praestari. Si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset isque matrem conveniret, negavit exceptioni senatus consulti locum esse, quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intellegi possit*”.

El pasaje refiere el caso en el que un tutor administró el patrimonio de un pupilo, pero dicho administrador, del que no se menciona el nombre, falleció instituyendo como heredero a Ticio.

Este tutor, administró mal y de forma irresponsable el patrimonio de su pupilo, por lo que existía la posibilidad de que éste exigiera responsabilidad a Ticio por los daños sufridos en caso de que aceptara la herencia.

Por esta razón Ticio, ante ese riesgo potencial y por el temor de que la adición de la herencia le causara más perjuicios que beneficios, dudaba qué decisión tomar pero inclinándose más por la *repudiatio* que por la *aditio hereditatis*.

Por ello, la madre¹¹ del pupilo, que estaría interesada en evitar tanto la quiebra de la herencia como la infamia sobre la memoria de su difunto marido¹², persuade a Ticio para que acepte la herencia estableciendo una *stipulatio* como contrato de garantía en virtud del cual ella se compromete a indemnizarle (*promissio indemnitas*) si, por el hecho de aceptar la herencia, se deriva cualquier tipo de perjuicio para él.

De hecho, finalmente, una vez aceptada la herencia, se consumó el riesgo para Ticio, siendo condenado a resarcir al pupilo por la nefasta administración que el tutor- testador fallecido realizó en vida sobre el patrimonio del pupilo. Debido a la condena, Ticio demanda a la madre con la *actio ex stipulatu* con el objetivo de obtener de ella la indemnización prometida por el hecho de haber sufrido un perjuicio derivado de la adición¹³.

¹¹ Según SILVEIRA MARCHI, E. C., *Da concordata*, cit. (n. 1), p. 49, la madre del pupilo sería probablemente viuda del administrador fallecido y testador.

¹² No estamos seguros de que efectivamente el administrador testador fuese marido de la madre del pupilo pues no queda probado en el texto.

¹³ *Aditio* inducida y ordenada por la madre como afirma el pasaje, por eso se dice que fue un sustitutivo de la *aditio mandatum creditorum* en donde la *aditio* es ordenada por los acreedores.

Termina el pasaje plateándose la cuestión de si la madre podría defenderse de la *actio ex stipulatu* interpuesta por Ticio oponiendo la *exceptio Senatusconsulti Velleiani*¹⁴, controversia que el jurista Africano resuelve con una respuesta de inadmisibilidad o contraria a la validez de dicha *exceptio*.

En este único pasaje se sustenta la teoría de la existencia de la *promissio indemnitis* aplicada a la limitación de la responsabilidad hereditaria ante herencias deudoras. Esto es, como defienden Solazzi¹⁵, Fadda¹⁶ y últimamente Silveira Marchi¹⁷, se debe admitir que la *promissio indemnitis* se utilizaría como remedio preventivo y privado por parte de los acreedores hereditarios en el supuesto de herencias sospechosas, no pudiendo éstos pleitear más allá del activo o fuerzas de la herencia (*ultra vires hereditatis*), si no querían enfrentarse a la *actio ex stipulatu* interpuesta por el heredero para resarcirse del perjuicio sufrido.

Una vez expuestas estas consideraciones doctrinales procedemos a exponer nuestra posición advirtiendo que partimos desde una actitud crítica con algunas de las consideraciones doctrinales anteriormente expuestas. No obstante, antes de abordarlas queremos dilucidar, siguiendo la exégesis del pasaje, el interrogante de cuáles serían los argumentos o razones jurídicas para negar la *exceptio* a favor de la madre del pupilo, algo que no explica Africano.

Desde luego el *senatusconsultum Velleianum*, en el supuesto que nos plantea el pasaje, sería de plena aplicabilidad en virtud del principio “*ignorantia iuris non excusat*”. Es decir, no podría alegar Ticio que desconocía la aplicabilidad a su situación del Senadoconsulto y por tanto la futura imposibilidad de exigir el cumplimiento de la *promissio indemnitis*; sin embargo, el jurista niega tal recurso a favor de la madre beneficiando a Ticio. Esto es, la *exceptio senatusconsulti Velleiani* debe ser rechazada a juicio de Africano.

En este sentido, y como afirma Ulpiano al transcribir el texto del *senatusconsultum Velleianum* en D. 16,1,2,1 (Ulp., 29. ed.), la finalidad del mismo era auxiliar a todas las mujeres que resultaran fiadoras de un tercero: “*Postea factum est senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est*”.

También expone el jurisconsulto inequívocamente esta finalidad del senadoconsulto al afirmar que el mismo prestó auxilio a las mujeres seducidas y engañadas en muchos casos semejantes por la debilidad de su sexo en D. 16,1,2,1 (Ulp., 29. ed.): “*Verba itaque senatusconsulti excutiamus, prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia open tulit mulieribus propter sexu imbecilitatem multis huius cernodi casibus suppositis atque obiectis*”.

¹⁴ Como afirma TORRENT, M., *Diccionario de Derecho romano*, (Madrid, 2005), p. 339: “El S.C. *Velleiano* (46 d.C. su texto viene recogido por Ulpiano D. 16,1,2,1) prohibió a las mujeres asumir obligaciones en nombre de otro (esencialmente garantizar la obligación de un tercero, actuar como fiadoras, *intercedere pro aliis*), prohibición instrumentada en el *ius honorarium* y que se mantuvo en vigor, casi sin variaciones, hasta la época justiniana. Si la mujer era demandada, podía defenderse mediante esta *exceptio*”.

¹⁵ SOLAZZI, S., *Diritto ereditario* cit. (n. 1), II., pp. 278-279 n. 2.

¹⁶ FADDA, C., *Concetti fondamentali*, cit. (n. 1), p. 411.

¹⁷ SILVEIRA MARCHI, E. C., *Da concordata*, cit. (n. 1), p. 50.

Sin embargo, a pesar de ser la madre garante de Ticio y resultar obligada hacia él, ¿por qué se le deniega el beneficio del Senadoconsulto Veleiano?

Si analizamos detenidamente el pasaje de Africano, podemos fácilmente intuir que la inaplicabilidad del Senadoconsulto se podría enmarcar en la esfera de la posible buena o mala fe de las partes.

Considerando que el espíritu del Senadoconsulto Veleiano era defender a las mujeres *suppositis atque obiectis*, no encontramos la posibilidad en Ticio, como acreedor condenado, de actuar con mala fe o incluso, utilizando palabras literales del texto de Ulpiano, de seducir o engañar a la madre. Entonces nos volvemos a plantear una cuestión crucial que puede solucionar el anterior interrogante:

Según el pasaje ¿quién seduce a quién?, es decir, ¿quién plantea la propuesta de aceptar la herencia mediante *promissio indemnitis*? La respuesta es la madre del pupilo que, para defender los intereses de su hijo, al tomar la iniciativa podría con mala fe pretender evitar la *repudiatio hereditatis* y sus nefastas consecuencias (al no conseguir de Ticio indemnización por la mala administración del patrimonio del pupilo) para luego más tarde incumplir astutamente la *promissio indemnitis* y, por tanto, liberarse de la obligación de indemnizar a Ticio acogiéndose al *Senatusconsultum Velleianum*.

En este sentido nuestra tesis sobre la mala fe de la madre parece cierta porque encuentra apoyo en las fuentes.

Así, según Paulo en D. 16,1,30 pr. (Paul., 16 *resp.*), si con ánimo de engañar, o sabiendo que ella no se obligaba, una mujer hubiere salido fiadora de alguno u obligada hacia un tercero, no se le da la excepción del Senadoconsulto y no excluye la acción que le compete¹⁸ por el dolo de la mujer: “*Si decipiendi animo, vel quum sciretse non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei Senatusconsulti non datur; actio enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit*”.

¿Ella debería haber escogido otro tipo de acuerdo para conseguir la *aditio* pero que excluyera la aplicación del Senadoconsulto?, ¿debería la madre haber informado a Ticio renunciando previa y expresamente a acogerse al beneficio del Senadoconsulto?

Parece que no lo hizo según se desprende del texto, razón por la cual Africano deniega la *exceptio senatusconsultum Velleianum* al observar una más que presunta mala fe por parte de ella que, con reserva mental, sabía que después de ser condenado Ticio y sufrir el perjuicio, no podría éste exigirle el cumplimiento de la *promissio indemnitis*. Y tal como afirma Paulo en D. 16,1,30 pr. tendría que responder la madre por la *actio ex stipulatu* interpuesta por Ticio contra ella.

En conclusión, el jurista Africano observaría una posible conducta dolosa por parte de la madre del pupilo al proponer algo que luego no cumplirá. A esta solución cabe, no obstante, objetar que la buena fe se presume y que en el pasaje no queda demostrada la mala fe de la madre, lo que implicaría la validez de la *exceptio senatusconsulti Velleiani*.

¹⁸ Esto es, la acción que va dirigida contra ella sea una *actio certi*, o una *actio ex stipulatu* tal como sucede en el pasaje de Africano de D. 16,1,19 pr.

A pesar de ello, tampoco responde a la lógica jurídica que la madre proponga la *promissio indemnitatis*, como queda probado en el texto de Africano (*persuadente matre pupillí*), si sabe que luego quedará sin efecto esa garantía. Esto significa que Ticio nunca podría incurrir en mala fe y ni siquiera albergar el ánimo de engañar a la madre, pues él no propone la *promissio* y además va en contra de todo razonamiento jurídico que Ticio planteara un remedio que luego le perjudicaría por ser inexigible. En todo caso, si la madre no actuó dolosamente es indiscutible que tampoco podría resultar engañada por nadie, razón por la cual no se concedería la *exceptio* a su favor.

Por tanto, Africano, al dudar de la posible conducta dolosa de la madre y considerando que ella no podría ser engañada, estima por equidad que la mejor solución, la más justa y que menos perjuicios causa, es negar la admisibilidad de la *exceptio*; cumpliendo así con el espíritu o finalidad del senadoconsulto, que consistía en evitar que las mujeres fueran engañadas por terceros, algo que sin duda no sucede en el caso planteado. Así, las fuentes apoyan esta solución del jurista, pues, como se ha dicho, la finalidad del Senadoconsulto era proteger a las mujeres de la mala fe de terceros pero no al contrario.

De hecho, la aplicación del senadoconsulto no era generalizada sino que admitía excepciones¹⁹. En el caso que nos ocupa, la causa de la inadmisibilidad del Senadoconsulto es la conducta dolosa de la mujer, excepción que tiene una inequívoca base en las fuentes como comprobamos cuando Ulpiano en n D. 16,1,2,3 (Ulp., 29 *ed.*) afirma de forma literal “que el senadoconsulto auxilia solamente si las mujeres no hubieran procedido con malicia, no auxiliando a las mujeres que engañan, porque mereció el auxilio la debilidad, no la malicia de las mujeres”: “*Sed ita demum iis subvenit, si non callide sint versatae. Hoc enim Divus Pius et Severus rescripserunt: nam deceptis, non decipientibus opitulatur. Et est et graecum Severi tale rescriptum: ‘Decipientibus mulieribus dogma Senatuconsulti non auxiliatur; infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit’*”.

Por tanto, la madre del pupilo tendría que indemnizar a Ticio, incluso a pesar de que, según Paulo, tiene lugar el senadoconsulto cuando el acreedor, en este caso Ticio, sabe desde el principio que la mujer es fiadora, como lo dice en D. 16,1,12 (Paul., 6 *brev.*): “*Imo tunc locus est Senatusconsulto, quum scit creditor eam intercedere*”

III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Lo primero que nos planteamos como punto de partida es la posible existencia o uso de la *promissio indemnitatis* como expediente limitador de la responsabilidad hereditaria en la antigua Roma. La doctrina, y en concreto Solazzi²⁰, dan por hecho

¹⁹ Como los casos cuando *la intercessio* sea hecho por una mujer para constituir la dote de su hija o cuando el acreedor a favor del cual ha intercedido es menor y el deudor principal resulta insolvente, no puede alegar la mujer la excepción derivada de citado Senadoconsulto, sabemos incluso que en algunas provincias no se aplicaba directamente el senadoconsulto en ningún caso

²⁰ SOLAZZI, S., *Diritto ereditario* cit. (n. 1), II., pp. 278-279 n. 2.

que pudo utilizarse la *promissio indemnitas* como remedio preventivo y privado ante herencias deudoras. Se trataría, por tanto, de una figura autónoma y especializada, equivalente a otras como la *aditio mandatum creditorum* o el *pactum ut minus solvatur*, conjetura ésta sobre la que no estamos plenamente de acuerdo.

En primer lugar, porque no existe ninguna fuente que sostenga tal hipótesis. De hecho, el pasaje de Africano antes analizado es utilizado por la generalidad de la doctrina para sustentar que la *promissio indemnitas* probablemente se utilizaba como expediente limitador en las herencias deudoras o sospechosas. Así lo confirma entre otros Silveira Marchi²¹ al afirmar: “La *promissio indemnitas* tratava-se, em outros termos, de promessa de indenização em caso de prejuízos decorrentes do ato de aceitação da herança. Tal figura é sobretudo examinada em fragmento de Africano”. “Esta suposição aquí levantada nao pode, todavia, ser comprobada com base nesta única fonte concernente á *promissio indemnitas*”²².

Al respecto queremos puntualizar que este pasaje no contiene un auténtico e inequívoco supuesto de acreedores hereditarios que se dirigen al heredero mediante alguna de las formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria para que acepte una herencia deudora. Su contenido versa principalmente sobre la aplicabilidad del Senadoconsulto Velejano y un complejo caso de mala administración de un tutor que fallece y al instituir heredero a Ticio, le defiere, al materializarse la adición, la responsabilidad y las negativas consecuencias de aquella mala administración; consecuencias o perjuicios garantizados mediante *promissio indemnitas*. Esto es, no se trata del usual supuesto del testador que tiene deudas con distintos acreedores.

Por tanto, no se debería afirmar que en virtud de este único pasaje, la *promissio indemnitas* como expediente limitador de la responsabilidad hereditaria, fue una figura jurídica con entidad propia y de uso común o probablemente generalizado. No hay prueba de ello. En todo caso, consideramos que se trataría de un caso más de las variadas y diversas situaciones en las que se aplicaba la *promissio indemnitas* como contrato de garantía o fianza. De hecho existen muchas fuentes de parecida índole al pasaje de Africano en donde se aplica la *promissio indemnitas* bien mediante *stipulatio* o mediante contrato de mandato, a saber:

1º. D. 16,1,19,4 (Afric., 4 *quaest.*): *Quid ergo, si, quum propterea de aedeunda hereditate dubitaret Titius, quod parum idonea nomina debitorum dubitaret Titius, quod parum idonea nomina debitorum viderentur, mulier hoc ipsum repromisit, ut, quanto minus a viderentur, mulier hoc ipsum repromisit, ut, quanto minus aquoquo eorum servari posset, ipsa praestaret ? quoquo eorum servari posset, ipsa praestaret? prope est, ut Prope est, ut sit intercessio. sit intercessio”*.

En este texto, se relata el caso en el que el instituido como heredero dudaba sobre la adición de la herencia debido a que le inquietaba la capacidad de los

²¹ SILVEIRA MARCHI, E. C., *Da concordata*, cit. (n. 1), p. 48.

²² No obstante, tengo que puntualizar que el romanista, al indicar que la *promissio indemnitas* adolecería de los mismos defectos que la *aditio mandatum creditorum*, reconoce implícitamente la posible inviabilidad de la misma, aunque no se pronuncia de forma expresa o rotunda sobre su existencia o no en Roma.

deudores para cumplir con el pago de sus deudas. Por ello la esposa del difunto, para conseguir que la adición se materialice, se compromete a responder de cuanto de menos se pudiera cobrar de algunos de los deudores. En definitiva la mujer asume una responsabilidad personal equivalente a la fianza. En los casos que siguen a continuación se establece igualmente fianza pero no por *stipulatio*, sino por contrato de mandato.

2º. D. 16,1,19,2 (Afric., 4 *quaest.*): “*In proposita especie et illud tractandum est, anis, qui mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiat, quod mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiat, quod debitores hereditarii solvendo non fuerint, senatus consulto debitores hereditarii solvendo non fuerint, Senatusconsulto locus sit, quasi quodammodo eorum obligationes mulier sus-lócus sit, casi quodammodo eorum obligationes mulier ceperit. susceperit. Magis autem est, ut ne ob hanc quidem causam sena-Magis autem est, ut ne ob hanc quidem causam Senatusconsultum tus consultum locum habeat, quando non ea mente fuerit, ut locum habeat, quando non ea mente fuerit, ut pro his pro his intercederet, sed tutoris adversus pupillum et ceteros intercederet, sed tutoris adversus pupillum et ceteros forte creditores indemnem heredem praestaret. forte creditores indemnem hereditatem praestaret*”.

En este supuesto, que trata de la validez del senadoconsulto Veleyano, se contemplan dos situaciones equivalentes a la *promissio indemnitis*, mediante contrato mandato:

i) Afirma el texto que si alguien aceptó una herencia por contrato de mandato de una mujer y sufre algún perjuicio por ello porque no fueron solventes los deudores de la herencia prometiendo la mujer ser fiadora de las obligaciones de los deudores, habrá lugar el Senadoconsulto.

ii) En segundo lugar, prosigue el texto afirmando que cuando la mujer no tiene intención de salir fiadora de los deudores, sino de responder de la indemnidad de la herencia del tutor contra el pupilo y acaso contra los demás acreedores, no tiene lugar por esta causa el Senadoconsulto Veleyano.

3º. D. 16,1,19,1 (Afric., 4 *quaest.*): “*Nec dissimilem huic propositioni ex facto agitatum, Cum quum quidam vir praetorius decessisset duobus filiis superstitibus, quidam vir praetorius decessisset duobus filiis superstitibus, quorum quorum alter impubes esset et alter legitimus tutor fratri esset alter impubes esset, et alter legitimus tutor fratri esset, et eum paterna hereditate abstinere vellet, mandatu uxoris eum paterna hereditate abstinere vellet, mandatu uxoris defuncti, quae mater pupillo esset, abstituto pupillo solum se defuncti, quae mater pupillo esset, abstituto pupillo solum se hereditati miscuisse: ubi similiter se respondisse Iulianus ait, hereditati miscuisse; ubi similiter se respondisse Iulianus ait, si ex causa argente pupillo damnum eo nomine passus esset, si ex ea causa agente pupillo damnum eo nomine passus esset, non impediti eum senatus consulto, quo minus a muliere remnon impediti eum Senatusconsulto, quo minus a muliere remservaret. Servaret*”.

Este pasaje es muy similar al de D. 16,1,19 pr. (Afric., 4 *quaest.*), en donde una mujer deberá responder de su compromiso en caso de perjuicio patrimonial del pupilo no siendo admisible la validez del Senadoconsulto.

Relata el caso en el que habiendo fallecido un ex-pretor al que le sobrevivieron

dos hijos, al ser uno de ellos impúber, y el otro tutor legítimo de su hermano, y quisiere abstener a éste de la herencia paterna, por mandato de la mujer del difunto y madre del pupilo, él sólo se inmiscuyó en la herencia; en cuyo caso afirma Juliano que si demandando el pupilo por esta causa hubiere sufrido perjuicio, no se le impedía por el Senadoconsulto Veleyano que a cargo de la mujer salvase los bienes.

En conclusión, estos tres textos de Africano –existen otros de contenido similar– reflejan distintas aplicaciones de la *promissio indemnitis* para establecer garantía a través de *stipulatio* y de contrato de mandato, pero no tienen ninguna relación con la limitación de la responsabilidad hereditaria por las deudas del difunto; constituyendo el pasaje de D. 16,1,19 pr., sobre el que se sustenta la teoría de la existencia de la *promissio indemnitis* como medio convencional de limitación de la responsabilidad hereditaria, un caso aislado más de garantía, del que no se podría inferir que la *promissio* existiera en Roma como expediente limitador de la responsabilidad hereditaria y que, además fuese una práctica común como acuerdo privado propuesto por los acreedores hereditarios. De hecho, y esto es importante, este pasaje ni siquiera contempla el caso de acreedores hereditarios que intentan evitar una *venditio bonorum*, por lo que podemos afirmar que no existe ninguna fuente o prueba directa sobre la que sustentar la teoría sobre la existencia de la *promissio indemnitis* en la antigua Roma.

La teoría doctrinal sobre la *promissio indemnitis* se trata, pues, de una mera e inestable conjetura, lo que no impide que teóricamente se pudiera conseguir con esta figura parecidos efectos a los de la *aditio mandatum creditorum* u otras formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria.

No obstante, para saber si la *promissio indemnitis* pudo llegar aplicarse en Roma, como afirma la doctrina, intentaremos averiguar, mediante el razonamiento y la lógica jurídica, la justificación de su existencia al ponerla en relación con otras formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria. En otras palabras, ¿qué finalidad, ventajas, o circunstancias llevarían a un acreedor a proponer una *promissio indemnitis* en vez de una *aditio mandatum creditorum* o incluso de un *pactum ut minus solvatur*?

A primera vista, los objetivos de la *promissio indemnitis* eran idénticos a los de la *aditio mandatum creditorum*: que los acreedores se hicieran cargo de los eventuales perjuicios mitigando la responsabilidad del heredero tras la adición de una herencia deudora o sospechosa. Entonces, ¿por qué la *promissio indemnitis* pudo ser un sustitutivo²³ de la *aditio mandatum creditorum* teniendo en cuenta que los objetivos eran idénticos en ambas figuras y no se evidencian tampoco en principio ventajas de una respecto a la otra?

De hecho, los inconvenientes prácticos²⁴ de la *promissio indemnitis* tambi-

²³ Tal como defiende la doctrina al afirmar que como sustituto de la *aditio mandatum creditorum*, los romanos delinearon la *promissio indemnitis*. Cfr. nota 14.

²⁴ Estos inconvenientes prácticos de la *aditio mandatum creditorum* son observados por BONFANTE, P., *Corso*, cit. (n. 3), VI, pp. 484-485; BIONDI, B., *Istituti fondamentali*, cit. (n. 1), pp. 143-144; JACOTA, M., *Les pactes*, cit. (n. 1), p. 217; y MARCHI, E. C., *Concorso*, cit. (n. 3), p. 23.

én coincidían plenamente con los defectos de la *aditio mandatum creditorum*, a saber:

i) El heredero podría interponer la *actio ex stipulatu* sólo después de haber sido condenado al pago de la totalidad de la deuda, es decir cuando se había producido el daño. Este era un daño potencial y desconocido en el momento de constituirse la *promissio indemnitis*, que sólo se concretaba en el momento de la condena del heredero a un montante de las deudas superior de aquel convenido en el mandato. Entonces como afirma Sanfilippo²⁵ respecto a la *aditio mandatum creditorum*, lo cual es trasladable a la *promissio indemnitis*, habría sido mucho más económico, práctico y cómodo haber contrapuesto una *exceptio doli* contra una eventual *actio ultra modum* de los acreedores.

ii) De la misma forma, otro inconveniente de parecida índole consistía en que ante un pago integral de la deuda, el heredero tenía que probar de inmediato, en la *actio ex stipulatu* (al igual que con la *aditio mandatum creditorum* en la *actio mandati contraria*) el daño que había sufrido, por lo que estaría obligado a vender todos los bienes hereditarios. Sólo así se podría averiguar durante el juicio el verdadero o exacto valor de esos bienes pues sería imposible conocerse de antemano, antes de la venta, dicho valor. Esta opinión es secundada por Silveira Marchi²⁶ cuando afirma acertadamente que (en la *promissio indemnitis*) “o herdeiro deveria aguardar a verificacao do prejuízo, para só depois então exigir a indenização, pela propositura da *actio ex stipulatu* contra o credor que viesse a cobrar a dívida por inteiro”

Por tanto nos preguntamos: ¿qué sentido tendría la coexistencia de ambas figuras si tenían idénticos objetivos y adolecían de los mismos inconvenientes a la hora de su aplicación práctica?

Al respecto, alguna de las siguientes hipótesis que exponemos a continuación y sobre las que la doctrina no se ha pronunciado podría ser cierta, sin olvidar que la doctrina parece inclinarse por la tesis de que coincidieron en el tiempo esta figura con otras al ser la *promissio indemnitis* un sustitutivo de la *aditio mandatum creditorum*:

1ª tesis: no coincidieron en el tiempo la *promissio indemnitis* y la *aditio mandatum creditorum*, siendo la primera un antecedente de las formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria.

2ª tesis: sí coincidieron en el tiempo, lo cual complica la problemática porque no tiene sentido la coexistencia de dos figuras tan afines, con idénticos objetivos, virtudes y defectos.

3ª tesis: la *promissio indemnitis* fue posterior a la *aditio mandatum creditorum*, lo cual es más que improbable pues si así fuese existirían fuentes al respecto.

Respecto a la primera tesis sabemos por el pasaje de Africano, jurista que a su vez comentaba la obra del Juliano, que la *promissio indemnitis* se remontaría a la etapa Republicana, por lo que es posible que ésta constituyera el antecedente de la *aditio mandatum creditorum* no coexistiendo en el tiempo ambas²⁷.

²⁵ SANFILIPPO, C., cit. (n. 3), p. 297.

²⁶ SILVEIRA MARCHI, E. C., *Da concordata*, cit. (n. 1), p. 50.

²⁷ Si llegaron a coexistir sería por poco tiempo, no existiendo apoyo de esta afirmación en las fuentes.

Esta es la tesis que consideramos más verosímil de las tres y se apoyaría en varios indicios que expondremos a continuación y en la carencia prácticamente absoluta de fuentes sobre la *promissio indemnitis* debido a que esta figura tendría poco recorrido y fue sustituida rápidamente por otras formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria más flexibles y adecuadas a la concurrencia de varios acreedores en comparación con las estrictas exigencias formales y solemnes de la *stipulatio*, a saber: oralidad, unidad de acto, presencia de las partes, congruencia entre pregunta y respuesta y otros requisitos.

Independientemente de la degeneración o más bien evolución postclásica y justinianea de los requisitos de la *stipulatio* en el sentido de su flexibilización, la *stipulatio* no terminó por desvincularse totalmente de esos estrictos elementos formales que sin llegar a ser tan formalmente rígidos como los de la antigua *sponsio*, la delinearón como una figura jurídica de incómoda ejecución; a diferencia de otras formas de probada adaptabilidad como el contrato de mandato.

En este sentido, nuestra tesis encuentra apoyo en Fadda²⁸ cuando al referirse a las formas convencionales y de garantía de la responsabilidad hereditaria afirma que “La forma adoperata in propósito è quella del mandato. Non essendo il contratto di garanzia riconosciuto come contratto a sé, si faceva capo alla figura del mandato, che per la sua elasticità vi si prestava. Il che naturalmente non esclude che potessero i creditori assumere il rischio per via di contratto verbale, colla solita *promissio indemnitis*”.

Por eso, si esta tesis estuviera probada, o si se pudiera comprobar su veracidad, nunca se podría afirmar, como defiende la doctrina, que la *promissio indemnitis* fue un sustitutivo²⁹ de la *aditio mandatum creditorum*, en el sentido de que se podría acudir a una o a otra figura aleatoriamente; en todo caso, la *promissio indemnitis* constituyó el antecedente llegando a desaparecer rápidamente —de ahí la carencia de fuentes— en cuanto se delinearón la *aditio mandatum creditorum* y el *pactum ut minus solvatur*.

En todo caso, si no aceptáramos como válida esta primera teoría que estamos exponiendo, nos podríamos plantear una cuestión crucial que nos pone directamente en relación con la segunda tesis sobre la convivencia de la *promissio indemnitis* con las demás formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria, es decir, deberíamos responder al siguiente interrogante: ¿qué circunstancias o por qué razones los acreedores acudirían a la *promissio indemnitis* como sustitutivo descartando una *aditio mandatum creditorum* o incluso un *pactum ut minus solvatur*?

Desde luego que todavía la doctrina no ha respondido a la interesante cuestión implicadas en la 2ª tesis. Nosotros no obstante lo intentaremos, partiendo de la teoría de que ambas figuras coincidieran en el tiempo.

Si tenemos en cuenta que la *promissio indemnitis* no revela ninguna ventaja práctica respecto a la *aditio mandatum creditorum*, sino los mismos defectos como

²⁸ FADDA, C., cit. (n. 1), p. 411

²⁹ SILVEIRA MARCHI, E. C., *Da concordata*, cit. (n. 1), p. 48.

hemos comprobado en páginas anteriores, podemos considerar éste como el primer indicio a favor de la inadmisibilidad de esta segunda tesis.

Si además consideramos que los rígidos requisitos formales de la *stipulatio* (oralidad, unidad de acto, presencia de las partes, congruencia entre pregunta y respuesta etc) la determinaban como un soporte jurídico donde verter un acuerdo y crear una garantía mucho más incómodo y difícil que el contrato de mandato como defendía Fadda, comprenderemos como no tendría sentido para los acreedores hereditarios el uso preferente de la *promissio indemnitis* respecto a la *aditio mandatum creditorum*.

No obstante, debemos reconocer que otra posibilidad es que la *promissio indemnitis* coexistiera con la *aditio mandatum creditorum* y fuese otro remedio más al que podían acudir los acreedores arbitrariamente o según su voluntad. Esto es, existía libertad para que los acreedores escogieran la *stipulatio* o el contrato de mandato para limitar la responsabilidad del heredero, pero desconocemos si detrás de la elección de una u otra figura existía algún motivo que pudiera hacer inclinarse a los acreedores por la *promissio indemnitis*. Considerando que la *stipulatio* era un contrato verbal, muy formal y solemne y con una serie de requisitos muy estrictos, comprenderemos por tanto que sea más razonable la primera tesis o la hipótesis de que la *promissio indemnitis* fue un antecedente de la *aditio mandatum creditorum*, siendo sustituida por esta.

Respecto a la tercera teoría poco podemos agregar. Es más que improbable que la *promissio indemnitis* fuese posterior a la *aditio mandatum creditorum*. En caso contrario, es evidente que existirían testimonios en las fuentes de su existencia y aplicación en Derecho postclásico y justiniano. A esto debemos agregar que conforme avanzamos en el tiempo y nos acercamos a la época justiniana, menos sentido tiene la existencia de la *promissio indemnitis* mediante *stipulatio* al delinearse desde época clásica nuevos instrumentos limitadores de la responsabilidad hereditaria mucho más evolucionados y eficaces, como el *pactum ut minus solvatur* con aplicación del principio de mayoría vinculante que ofrecía una garantía prácticamente absoluta en palabras de Sanfilippo³⁰, sin mencionar los remedios legales de limitación de la responsabilidad hereditaria como el *beneficium inventarii*.

Por tanto, cobra más fuerza la teoría de que la *promissio indemnitis* es una figura originaria que precedió tanto a las formas convencionales como a las legales de limitación de la responsabilidad hereditaria y a ello responde la carencia de fuentes sobre la misma.³¹

³⁰ Afirma al respecto SANFILIPPO, C., cit. (n. 3), pp. 293-294: "È ben noto che il *pactum ut minus solvatur* offriva all'erede volontario una garanzia praticamente assoluta (per l'estensione di tale *pactum* al suus contro i pericoli della inmixtio". También sigue esta opinión SILVEIRA MARCHI, E. C., *Concorso*, cit. (n. 3), p. 21, cuando afirma: "O *pactum ut minus solvatur* proporcionava ao heredeiro garantia quase absoluta".

³¹ Esta carencia de fuentes también es un indicio de su posible inexistencia en la antigua Roma.

IV. NUEVAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Hasta ahora hemos construido hipótesis en base al razonamiento jurídico, considerando unas más probables y válidas que otras en base a una serie de indicios y por comparación con otros acuerdos privados de parecidas características, pero reconocemos que se tratan de conjeturas que, no obstante, pueden servir para llegar a una convicción. Por tanto, independientemente de que la *promissio indemnitis* fuera uno de los primeros remedios privados de limitación de la responsabilidad, puede ser también cierto que ésta coexistiera durante mucho tiempo con las demás formas de limitación de la responsabilidad hereditaria y en concreto con la *aditio mandatum creditorum*. En este caso nos volvemos a plantear la cuestión con la que comenzamos este trabajo ¿cuándo se acudiría a una *promissio indemnitis* en sustitución del mandato? ¿Qué circunstancias podrían motivar que los acreedores utilizaran esta figura y no otra?

Al respecto podemos responder con una nueva propuesta que, aunque basada en la lógica, parece del rigor que proporcionan las fuentes. En nuestra opinión la clave de utilizar la *promissio indemnitis* o la *aditio mandatum creditorum* podría depender de la circunstancia de que concurrieran muchos acreedores hereditarios, uno o muy pocos.

Si tenemos en cuenta el rigorismo formal de la *stipulatio* y por tanto su incómoda aplicación práctica, la situación se vendría a complicar mucho más y a enfatizarse sus inconvenientes elementos prácticos cuando había concurrencia de muchos acreedores y cabía incluso la posibilidad de que el número de éstos aumentara con acreedores desconocidos o ausentes. Es evidente que cumplir con los elementos de presencialidad y oralidad, entre otros requisitos formales con tal número de acreedores, convertiría a la *stipulatio* en el soporte jurídico menos adecuado y más incómodo de los posibles para llegar al acuerdo en comparación con el contrato de mandato o el *pactum ut minus solvatur*.

Si aceptamos esta premisa sólo podemos concluir que la *promissio indemnitis* se utilizaría cuando se trataba de uno, dos o muy pocos acreedores, bien conocidos y en supuestos de herencias poco deudoras. Es decir, para casos de poco riesgo y situación deudora del testador muy conocida, en donde un acreedor, posiblemente con lazos de amistad con la familia del heredero y que conocía muy bien la situación económica y las posibles deudas del difunto, decidía hacer la *promissio indemnitis* mediante *stipulatio* con el heredero y hacerse incluso cargo de la deuda del acreedor disidente o que no participaba en la *stipulatio*.

Esto nos lleva a pensar también que el acreedor que concertaba la *promissio indemnitis* tenía mucho interés en la adición, asumiendo personalmente el riesgo al tratarse su crédito de importante montante en comparación con el crédito del acreedor disidente. Un acreedor que conocería muy bien el valor de la herencia, las deudas del difunto y, además, sabría que no se presentarían acreedores inesperados o desconocidos. Así, después de hacer sus cálculos y teniendo en cuenta el importante volumen de su crédito, le beneficiaba hacer personalmente la *promissio indemnitis* haciéndose cargo de un riesgo muy calculado. También se recurriría igualmente a

la *promissio indemnitis* cuando él fuera el único acreedor hereditario y no existiera ninguno otro.

En todos estos casos, no se pactaría rebaja, a diferencia de la *aditio mandatum creditorum*, porque una vez que el acreedor calculaba la posible indemnización que tendría que pagar al heredero, aún así le beneficiaba garantizar la indemnidad de éste cobrando según las fuerzas de la herencia.

Por consiguiente, otra de las diferencias de la *promissio indemnitis* respecto a la *aditio mandatum creditorum* radicaría en que mientras la *aditio mandatum creditorum* llevaba implícito un *pactum ut minus solvatur* o acuerdo entre los distintos acreedores mandantes de una rebaja porcentual de los créditos, dicho acuerdo de rebaja no existía en la *promissio indemnitis* al concurrir sólo un acreedor o hacerse cargo un acreedor él personalmente del posible riesgo al establecer mediante *stipulatio* una garantía absoluta de indemnidad *ultra vires* para el heredero.

De hecho, y esta sería otra diferencia entre ambos institutos, la *actio mandati contraria* interpuesta por el heredero contra los acreedores mandantes, más que evitar la confusión patrimonial como generalmente se estima por la doctrina, tenía como objetivo principal el reembolso por el pago a los acreedores no mandantes, disidentes o incluso ausentes que hicieron fracasar el *pactum ut minus solvatur* y que exigían además el pago íntegro de sus créditos sin rebaja. Así, la *actio mandati contraria* servía para reembolsar al heredero el exceso pagado por la diferencia entre la rebaja pactada y el montante del cien por cien de los acreedores que no habían participado ni en el pacto de rebaja ni en la *aditio mandatum creditorum*, lo que encaja con la principal conclusión con la que termina su obra Sanfilippo³² cuando estima que la utilidad práctica de la *aditio mandatum creditorum* se limitó a un sólo caso: “e cioè al caso in cui vi fosse una pluralità di creditori ereditari dei quali almeno uno non avesse partecipato al mandato ed anzi non avesse nemmeno presso parte all’assemblea dei creditori convocata per votare sulla percentuale da accordare all’erede. In soma, l’erede avrebbe potuto, esperire l’*actio mandati contraria* contro gli altri creditori che gli avevano conferito il mandato, per essere risarcito di quella parte di debito eccedente la percentuale che era stato condannato a pagare al creditori non mandante e non pascicente”

En conclusión, la *promissio indemnitis* se aplicaría cuando se trataba de herencias con poco riesgo o acreedores en donde aún así el heredero dudaba sobre la conveniencia de adir la herencia. Para convencer al heredero sobre la adición, un acreedor asumía personalmente todos los posibles riesgos sin que mediara un pacto se rebaja de los créditos.

Para terminar queremos exponer una última conclusión. Según Bonfante³³ y Biondi³⁴ la *aditio mandatum creditorum* adolecía de una serie de defectos prácticos que se podrían subsanar añadiendo a este contrato un *pactum adiectum* con los términos del acuerdo respecto al descuento aceptado entre el heredero, y los acreedores hereditarios. Esto sería mucho más práctico y ventajoso para el heredero que así no

³² SANFILIPPO, C., cit. (n. 3), p. 297.

³³ BONFANTE, P., *Corso*, cit. (n. 3), VI, pp. 484-485.

³⁴ BIONDI, B., *Istituti fondamentali*, cit. (n. 1), p. 143-144.

tendría que esperar a su condena en la acción de cobro, para que de forma inmediata tuviera que resarcirse del perjuicio con la *actio mandati* contraria.

Esto nos hace pensar, que otro posible uso o finalidad de la *promissio indemnitis* pudo consistir en reforzar mediante *pactum adiectum* otros acuerdos de limitación de la responsabilidad hereditaria como la *aditio mandatum creditorum*. Así lo corrobora, en cierto modo, Biondi³⁵ secundado por Jacota³⁶, cuando afirma el primero que junto a la *aditio mandatum creditorum* se pudo celebrar una *stipulatio* con la que el heredero, antes de aceptar, hacía prometer a los acreedores que reembolsarían todo lo que hubiese pagado de más.

Respecto a la cuestión que nos planteamos al principio del trabajo sobre si la *promissio indemnitis* tuvo algún protagonismo en la evolución desde el antiguo *pactum de non petendo* aplicado a la limitación de la responsabilidad hereditaria, esto es, el mal denominado³⁷ *pactum ut minus solvatur* clásico sin principio de mayoría vinculante, hasta la *aditio mandatum creditorum* clásica que permitió el establecimiento del definitivo *pactum ut minus solvatur* justinianeo con aplicación del principio de mayoría vinculante *pro modo debiti* mediante *decretum praetoris*, sólo podemos añadir en vista de esta investigación que:

i) La *promissio indemnitis*

Pudo constituir un antecedente de la *aditio mandatum creditorum*, no contribuyendo a la evolución del definitivo *pactum ut minus solvatur* justinianeo;

ii) O que participó en esa evolución como *pactum adiectum* para reforzar la *aditio mandatum creditorum* que permitió la configuración del *pactum ut minus solvatur* justinianeo con aplicación del principio de mayoría vinculante. Consideramos más probable esta segunda hipótesis si tenemos en cuenta la tesis de Biondi³⁸ sobre la posibilidad de añadir a la *aditio mandatum creditorum* una *stipulatio* que, aunque no tenía los mismos objetivos que la *promissio indemnitis*, nos hace sospechar que la *stipulatio*, como medio de garantía, se podía utilizar no sólo como remedio autónomo o independiente de limitación de la responsabilidad hereditaria, sino como un mecanismo o instrumento para reforzar y dotar de mayor garantía a otras formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria como la *aditio mandatum creditorum*.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTARIO, E., “*Hodie*”, en *Studi di Diritto romano* (1953), VI.

BESLER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen, 1911).

³⁵ *Ibid.*, pp. 143-144.

³⁶ JACOTA, M., *Les pactes*, cit. (n. 1), p. 217.

³⁷ CAMACHO DE LOS RÍOS, M., *Interrelaciones*, cit. (n. 3), p. 18 n. 70: “A tenor de las fuentes se debería denominar *pactum ut minus solvatur* a aquel pacto de rebaja que tenía como consustancial el principio de mayoría vinculante *pro modo debiti*. A falta de este elemento, nos encontraríamos ante un *pactum de non petendo* aplicado a la limitación de la responsabilidad hereditaria, fuese éste o no sustanciado *in iure*”.

³⁸ BIONDI, *Istituti fondamentali*, cit. (n. 1), pp. 143-144.

- BESELER, G., *Romanistische Studien*, en ZSS., rom. Abt., 50 (1930).
- BIONDI, B., *Istituti fondamentali de Diritto ereditario romano. Capacità. Acquisto dell'eredità ed effetti*, Divisione (Milano, 1948).
- BONFANTE, P., *Instituzioni di Diritto romano* (Milano, 1912).
- BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, VI: *Le successioni* (Roma 1930).
- BUCKLAND, W. W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (Cambridge 1950).
- CALZADA, M. A., *Reflexiones en torno al "pactum quo minus solvatur"*, en *Actas de VII Congreso Internacional de Derecho romano* (Burgos, 2001),
- CALZADA, M. A., *Una aproximación a la "aditio mandato creditorum"*, en *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito Maria Raimundo Yanes* (Burgos, 2000), I.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, M., *Estudio crítico sobre las formas convencionales de limitación de la responsabilidad hereditaria*, en *Revista General de Derecho Romano*, Iustel, 19 (Madrid, 2012).
- CAMACHO DE LOS RÍOS, M., *Interrelaciones entre el "pactum ut minus solvatur" y la "aditio mandatu creditorum"*, en *SDHI.*, 79 (2013).
- COSTA, E., *Storia del Diritto privato romano dalle origini alla compilazione giustiniana* (Torino, 1925).
- DONATUTTI, G., *Contributi alla teoria del mandato in Diritto romano*, II: *La volontà del mandante*, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia*, 39 (Perugia, 1927).
- DUPLÁ, M., *La "aditio mandatum creditorum" y la responsabilidad hereditaria*, en *Actas de VII Congreso Internacional de Derecho romano* (Burgos, 2001).
- FADDA, C., *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano* (Napoli 1902), II.
- GIFFARD, A. E., *Précis de droit romain* (Paris, 1938), I,
- GUARINO, A., *"Pactum ut minus solvatur"*, note sul precedente romano del concordato preventivo, en *Studi Scorza* (Roma, 1940),
- GUARINO, A., *Notazioni romanistiche*, VI: *Ancora sul "pactum quo minus solvatur"*, en *Annali Catania*, 4 (1949-50).
- GUARINO, A., *Diritto privato romano* (Napoli, 1984).
- JACOTA, M., *Les pactes de l'esclave en son nom propre*, en *RIDA.*, 13 (1956).
- JÖRS, P. -KUNKEL, W. - WENGER, L., *Römisches Recht* (Berlin – Göttingen – Heidelberg, 1949).
- LÓPEZ-BARAJAS, M. R., *"Separatio bonorum"* (Granada, 1995).
- PUCHTA, G. F., *Cursus der Institutionem* (Leipzig 1847), III.
- RICCOBONO, S., *Dalla "communio" del Diritto quiritario alla comproprietà moderna*, en *Essays in Legal History* (Oxford 1973).
- SANFILIPPO, C., *Riflessioni sulla "aditio mandatum creditorum"*, en *Mélanges Philippe Meylan* (Lausanne, 1963), I.
- SCHERILLO, G., *Beneficio di inventario (diritto romano)*, en *NN. DD. I.* (1963), IX.
- SILVEIRA MARCHI, E. C., *Da concordata no concurso de credores* (Sao Paulo, 2010).
- SILVEIRA MARCHI, E., C., *Concorso de credores e "pactum ut minus solvatur"* (Roma, 1999).
- SILVEIRA MARCHI, E. C., *Considerações acerca da aditio mandatu creditorum*, en ACCURSI, Floriana (editora), *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli, Jovene, 2002), I.
- SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano* (Napoli, 1933), II.
- SOLAZZI, S., *Il concorso dei creditori nel Diritto romano* (Napoli 1943), IV.

- SOLAZZI, S., *L'estinzione dell'obbligazione* (Napoli, 1931).
- TORRENT, M., *Diccionario de Derecho romano* (Madrid, 2005).
- VOCI, P., *Diritto ereditario romano, I: Introduzione. Parte generale* (Milano, 1960).
- VOCI, P., *Istituzioni di Diritto romano* (Milano, 1954).
- VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano* (Roma, 1961).
- WEISS, E., *Istitutionen des Römischen Privatrechts als Einführung in die Rechts-Ordnung der Gegenwart* (Stuttgart 1949).
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch der Pandektenrechts* (Frankfurt am Main 1906).

