Algunas consideraciones sobre la *actio tributoria*

Carmen Botella Vicent
Universidad de Murcia

Al examinar D. 14, 4, sede de la *de tributoria actione,* y los respectivos comentarios sobre la misma nos parece oportuno señalar en primer lugar el comentario de Gayo[1] al Edicto provincial en el que destaca que, en la división, *–tributio–*, que puede dar lugar a la acción tributoria únicamente quedarán comprendidas las mercancías, *merces peculiares*, con las que negociaba el sometido y lo que con motivo de ellas se percibió, circunstancia esta por la cual considera que en muchos casos, es más conveniente el ejercicio de la *actio de peculio*, en la que se atiende a la cuantía total del peculio, al quedar también englobada la *merx peculiaris*. Concluye su comentario con la siguiente cuestión: *fieri praeterea potest, ut pater dominove nihil debeat*, que implica que la *tributio* no se pueda dar, porque él, o alguno de sus sometidos, no sea acreedor.

Así mismo, la ubicación de la *actio tributoria* en el Digesto, libro 14, título 4, entre la *actio institoria* y la de *quod cum eo*, refleja el orden del edicto, ya que tanto Ulpiano como Juliano en sus comentarios al mismo, separaban libros entre las dos, y también Lenel en la reconstrucción del Edicto, la sitúa entre ambas, por lo que se ha la venido incluyendo entre las acciones adyecticias, al tener entre sus presupuestos la existencia de una *merx peculiaris.*

Las fuentes esenciales para la reconstrucción de la misma son:

Gai. 4, 72[2]

1 D. 14, 4, 11

2 *Praeterea, tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur; nam si quid eius rei gratia eum contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id pater dominusve inter se, si quid debebitur, et*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0156

Inst. 4, 7, 3[3]

y los comentarios de Ulpiano en D. 14, 4, en las *leges* 1, 3, 5, 7 y 9.

Siguiendo a Lenel, que en su tercera edición, reconstruye el texto edictal[4] de la siguiente forma:

> *Qui merce peculiari sciente eo, in cuis potestate erit, negotiabitur, si quid cum eo eius mercis nomine contractum erit, eius, quod ex ea merce erit eove nomine receptum erit, eum, in cuius potestate erit, si quid ei debebitur, cum creditoribus mercis pro rata eius quod cuique debebitur in tributum vocabo.*

Del Edicto extraemos los requisitos esenciales para el posterior ejercicio de la *actio tributoria* y estos son:

- Existencia de una *merx peculiaris* con la que el sometido ejerce el comercio, por tanto, carácter mercantil de la actividad.
- *Scientia* del titular de la potestad.
- *Vocatio in tributum* realizada por el Pretor, cuando se produce un desajuste patrimonial en el peculio del sometido, de los acreedores y entre ellos, del padre o dueño, para que el que ostenta la potestad distribuya proporcionalmente entre todos los acreedores el patrimonio, la *merx peculiaris*, del sometido.

Dados todos estos presupuestos, si el *pater* o *dominus* incurre en dolo en la distribución que le fue encomendada, el perjudicado o perjudicados pueden ejercitar la *actio tributoria,* acción delictual[5] que se da contra el *pater* o *dominus* que ha realizado dolosamente la distribución que le fue encomendada en la *tributio,* y

---

ceteros creditores pro rata portione distribuant, et si creditores querantur minus sibi distributum quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae, ut diximus, tributoria vocatur.

3 *Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributoria vocatur, namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur et quid cum eo eius rei causa contractum erit, ita praetor ius dicit, ut, quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur, et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quae tributoria appellatur.*

4 LENEL. O. *E.P. §103*

5 D. 14, 4, 8: *quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0156

que tiene por objeto conseguir una condena por el *quanto minus* que han dejado de percibir los acreedores por el dolo del *pater* o *dominus*.

Pasemos a considerar los mencionados requisitos:

a. La existencia de una *merx peculiaris* supone el ejercicio del comercio por parte del hijo o esclavo, cualquier sometido en sentido amplio, y que negocie con las mercancías, pero ¿cuál es el alcance del término *negotiatio*?

   La *merx* es el objeto de la *negotiatio*, el requisito que la cualifica para en su caso, dar lugar a la *actio tributoria* , resultado de la *negotiatio,* que es la actividad organizada[6]. En el mismo sentido, Bekker[7], estima, que la *merx* es aquella parte del patrimonio, que con conocimiento del que ostenta la potestad, es destinada al ejercicio de una actividad negocial.

   Ulpiano en D. 14, 4, 1, §1 nos señala, siguiendo el criterio de Pedio, que aunque la denominación de *merx* es tan restrictiva, cosas que se venden por géneros, sin embargo hay que extender la aplicación del Edicto *ad omnes negotiationes,* por lo que hay que incluir a los *fullones, sarcinatores, textores* y *venaliciarios* y en el mismo sentido encontramos en sede de la *actio exercitoria*, D. 14, 1, 20, la inclusión de los factores de comercio, –*at institorum non idem usus est*– y serán llamados a la *tributio* únicamente los que contrataron con el que negocia con mercancías del peculio a sabiendas del padre o dueño, igual que si hubiera contratado con el patrón; añade que en caso de duda, aplicar el Edicto, ejercitar la *actio tributoria.*

   En relación con las inclusiones mencionadas, en D. 15, 1, 27 pr. encontramos el supuesto de las esclavas o hijas de familia *sarcinatrix aut textrix* o que ejerzan *aliquod artificium vulgare* con *scientia* del que ostenta la potestad, si negocian con mercancías del peculio y Gayo añade, siguiendo a Juliano, que aun con mayor motivo, si lo que contrató por mandato del padre o dueño, se invirtió en provecho de la cosa, procede la *actio tributoria.*

   Todo peculio con el que se negocie es *merx peculiaris* y los que negocian con el sometido son acreedores respecto a la *merx,* y no tanto por su relación con el sometido.

6 CHIUSI, T. J. Atti della Accademia Nazionale dei Lincei, Contributo allo studio dellÈditto "De tributoria actione". 1993, pag. 303.

7 BEKKER, E. J., Zs*weckvermögen, insbesondere Peculium Handelsvermögen und Aktiengesellschaften,* "Zeitschrift f. ges. Handelsrecht", 1861, pag. 527.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0156

El activo de la *merx* no es todo el peculio, sino solamente lo que hay por razón de la mercancia[8], las existentes, lo que se haya recibido o invertido en el peculio por el precio de ellas, así como los créditos comerciales, y todo el valor de la mercancía si el que ostenta la potestad consintió que se perdiese o la vendió por menor precio, al igual que si no cobró a los compradores el precio de la misma[9]. También todo lo que redunde en la explotación del negocio[10], *instrumentum,* pues Ulpiano, siguiendo a Labeón, considera que estos *instrumenta* proceden de la mercancía, excluyendo las demás cosas del peculio que no intervengan en la negociación[11], por ejemplo el oro o la plata que pudiera tener, salvo que lo haya adquirido con la mercancía.

b. La *scientia* del titular de la potestad es el elemento subjetivo requerido, *si sciente eo negotiabitur* [12], requisito que también encontramos, cuando en sede de la *actio exercitoria* se refiere a los factores y nos dice[13] "... *sciente domino negotiatur*". En el período "*sed si sciente duntaxat, non etiam volente...*", con el "a sabiendas", se excluye la *voluntas*, es pues una *patientia* o *consensus*[14], por tanto la no prohibición por parte del que ostenta la potestad de la actividad mercantil ejercida con su consentimiento, y si lo sabe y no protesta provoca, como vamos a ver, que existiendo una reclamación por parte de acreedores del sometido, no podrá deducir el valor total del peculio por tratarse de *merx peculiaris* y habrá de concurrir a la *tributio* con los demás acreedores del sometido, si él es también acreedor, en igualdad de condiciones, como un acreedor más, perdiendo el privilegio que tiene en la *actio de peculio* de deducir el valor total del peculio constituido.

Se obliga, simplemente, porque sabe que el sometido se dedica al comercio, y no se opone. Lógicamente esta *scientia* ha de ser general y antecedente, no

8 D. 14, 4, 5, § 11:*Non autem totum peculiumvenit in tributum, sed id duntaxat, quod ex ea merce est, sive merces manent sive pretium earum recepitum conversuvem est in peculium.*

9 D. 14, 4, 7, § 3

10 D. 14, 4, 5, § 13: *Si praeter mercem servus iste in tabernam habeat instrumentum, an hoc quoque tributatur? Et Labeo ait, et hoc tribuit; et est aequissimum, plerumque enim hic apparatus ex merce est, imo semper...*

11 D. 14, 4, 5, § 13, *in fine*

12 D. 14, 4, 1 § 2

13 D. 14, 1, 20

14 Gai. 4, 72

https://doi.org/10.55104/FRDC_0156

es una *patientia* para cada caso concreto, si se le ha permitido dedicarse al comercio.

c. El otro presupuesto necesario para que se pueda ejercitar la *tributoria actio* es que se haya realizado la *vocatio in tributum*, una especie de concurso de acreedores familiar, distinto del procedimiento ejecutivo ordinario, que no deriva del ejercicio de una acción previa, en la que tienen cabida también, los créditos naturales; y que en la distribución de la *merx peculiaris* haya habido *dolus malus* por parte del padre o dueño, a quien encarga el pretor la distribución proporcional, a *pro rata*, entre todos los acreedores en relación a la misma y en la que *pater o dominus* ocupa la posición de acreedor por sus propios créditos naturales o los de sus sometidos[15] respecto del hijo o esclavo que ha realizado la actividad mercantil.
La *tributio* la realiza el *dominus*, por encargo del pretor, salvo que éste prefiera hacer una cesión del patrimonio del sometido en su totalidad[16], en cuyo caso siguiendo la opinión de Pedio, dice Ulpiano , que se procederá por parte del pretor a nombrar un árbitro para que realice la distribución.

Situación distinta es cuando el *dominus*[17] niega que deba por razón de la *merx peculiaris* . En este caso, ¿procede la *actio tributoria*?, se afirma, sin dejar lugar a dudas, que procede ejercitarla, ya que de otro modo al *dominus* siempre le convendría negar, por tanto basta su negativa a distribuir según las reglas fijadas en el Edicto, para que se conceda la acción, y en este caso no se requiere un comportamiento doloso[18], es su negativa el presupuesto para el ejercicio de la acción a solicitud de cualquier acreedor; un caso semejante es cuando, hecha la *tributio*, incluso con buena fe, el que ostenta la potestad se niega a rectificar la distribución ya hecha.

Los que concurren a la *tributio* son todos aquellos que son acreedores del negocio y la reclamación es por las cantidades debidas en relación al negocio,

15 D. 14, 4, 5, § 9

16 D. 14, 7 § 1: *Quid tamen, si dominus tribuere nolit, nec hanc molestiam suscipere, sed peculio, vel mercibus cedere paratus sit?Pedius refert, audiendum eum, quae sententia habet aequitatem. Et plerumque arbitrum in hanc rem Praetor debibit dare, cuius interventu tribuanturmerces peculiares.*

17 D. 14, 4, 7 § 4

18 Teófilo en su *Paráfrasis griega,* 4,7,3 presupone el dolo.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0156

"*mercis nomine" merito adicitur*[19] pues sólo la *merx peculiaris* es la que puede traer como consecuencia la *tributio*: *ne omnis negotiatio cum eo facta tributoriam iudicat*[20] por lo que en el supuesto que el padre o dueño no sea acreedor del hijo o esclavo la *tributio* no se realiza, y así, a los acreedores extraños sólo les cabe ejercitar la *actio de peculio*[21]. Al no darse acción de regreso, como señala Paulo en D. 14, 4, 10 y Ulpiano en D. 14, 4, 5 §1, estamos ante una concurrencia alternativa, de ahí el comentario de Gayo al Edicto provincial, de que en muchos casos será preferible ejercitar la *actio de peculio* y no la *tributoria.*

En el supuesto de concurrir varios acreedores, pero algunos,[22] *in mercibus certis*, se les llama separadamente a la *tributio*, ya que es más bien un préstamo a la mercancía que al propio sometido que ejerce el comercio. Del mismo modo se procederá cundo se trate de dos o más *tabernae* en las que ejerza el sometido la misma actividad comercial, evitando de este modo que sufran un perjuicio al ser indemnizados unos con las *merces* de otros[23].

Como la *tributio* puede pedirla cualquier acreedor, puede suceder que sólo algunos de ellos la soliciten y concurran, pero en este caso, ya que viene regida por el principio de la proporcionalidad, y en previsión de la aparición posterior de otros posibles acreedores de la *merx peculiaris* respecto al sometido, deben dar una caución[24] los concurrentes a la distribución de que reembolsarán a *pro rata* si apareciesen otros acreedores y, siendo un único el acreedor, también dará caución de reembolsar[25] si surge alguna deuda oculta o condicional del *pater o dominus* , pues éste se equipara como ya se ha dicho, en cuanto a su derecho a reclamar al hijo o esclavo, al resto de los acreedores ya que no goza del privilegio de deducción que tenía en la *actio de peculio.*

El pago de las deudas, que se basa en el principio de proporcionalidad, hace que no tenga relevancia el orden en que se presenten los créditos[26] con la excepción

19 D. 14, 4, 5, § 4.

20 D. 14, 4, 5 § 4 in fine.

21 D. 14, 4, 9, § 1: *Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio, an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum...*

22 D. 14, 4, 5, § 15.

23 D. 14, 4, 5, § 16.

24 D. 14, 4, 5, § 19.

25 D. 14, 4, 7 pr.

26 D. 14, 4, 6.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0156

de las garantias reales[27], o el supuesto de D. 14, 4, 5, § 18: "*Sed si dedi mercem meam vendendam, et extat, videamus, ne iniquum sit, in tributum me vocari. Et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit; enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto, vel fideiussore dato, vel alias satisfacto, dicendum erit, vindicare me posse*" cuando la mercancía dada para la venta existe, en este caso puede ejercitar la acción reivindicatoria, un caso de compraventa real, por influencia helenística, tema este ya tratado por el Dr. Díaz Bautista en la conferencia inaugural, al que remito. Se tomará en cuenta para el reparto a *pro rata* el valor de la *merx*, es decir todo el patrimonio mercantil, que puede ser considerado bien como un patrimonio separado[28] o como una *universitas rerum,*[29] pero lo que se va a tomar en valor es todo el patrimonio mercantil.

Si realizada la *tributio*, los que han concurrido a este expediente de reparto voluntario se creen lesionados por una distribución hecha dolosamente[30] por el *dominus*, disponen de la *actio tributoria* para obtener la indemnización del daño sufrido, siendo objeto de la misma, no la distribución de la *merx,* sino la condena *in solidum* del titular de la potestad que con *dolus malus* ha perjudicado a los acreedores en la *tributio.*

El objeto de esta acción es modificar una división injusta, lo que se ha cobrado de menos, "*ut quanto minus tributum sit*", con lo que la *condemnatio* pecuniaria ha de ser *in solidum* por la diferencia.

No se trata de una acción adyecticia, sino de una acción nueva, complementaria, que "*rei persecutionem continet*"[31]siempre que en la división haya habido dolo, por tanto desconectada de la relación existente con el sometido que ha dado lugar a la *vocatio in tributum* y el posterior reparto o división.

Si en D. 14, 4, 8, leemos: *"quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet. Quare etiam mortuo servo dominus, item heres eius perpetuo teneri debebit propter factum defuncti, quamvis non aliter, quam dolo interveniente competat"*, cabe pensar que la naturaleza de

27 D. 14, 4, 5, § 8: *Quid tamen, si, qui contrahebant, ipsam mercm pignori acceperint? Puto debere dici, praeferendos domino iure pignoris.*

28 VALIÑO, E., *SDHI*, *"La actio tributoria"*, 1967, pag. 111.

29 MICOLIER. *Pécul et Capacité Patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l`édit <de peculio> jusqu` à la fin de l` époque classique,* 1932 ,pag.. 350 ss.

30 D. 14, 4, 7, § 2: VALIÑO, E:, o.c., 124.

31 D. 14, 4, 8.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0156

la *actio tributoria* es la de una *actio in factum* que se daba por la *tributio* dolosa, pero sin embargo como estima Valiño[32], siguiendo la opinión de Bonfante, este texto no contradice su procedencia *ex delicto*, puesto que las acciones reipersecutorias pueden ser también delictuales, y así puede extraerse de D. 14, 4, 7 § 2.

> *Si cuius dolo malo factum est, quominus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, praestet; quae actio dolum malum coercet domini...*

y aunque no se trata de una acción penal, sí podemos considerarla como delictual, en cuanto que lo que persigue la acción es rectificar una división dolosa. En cuanto a si es o no transmisible, en general no es transmisible a los herederos inocentes, pero sí en la medida en que se hayan beneficiado por el dolo del transmitente: D. 14, 4, 7 § 5.

> *Haec actio et perpetuo, et in heredem datur de eo duntaxat, quiod ad eum pervenit.*

Como conclusión, se trata de una acción delictual y no contractual por el objeto de la misma: condenar al titular de la potestad, solidariamente, por lo que haya dejado dolosamente de distribuir entre los acreedores en la *tributio* previa.

32 VALIÑO, E:, o.c., 124.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0156