

Bienes exceptuados del concurso en el edicto de la *actio tributoria*

María Dolores Parra Martín
Universidad de Murcia

En el sistema jurídico romano no existió una regulación de Derecho mercantil que se constituyera como rama independiente del Derecho privado (*Ius Civile*)¹. La razón fue la importante actividad del pretor que adaptó ese derecho a las necesidades surgidas en el tráfico comercial.

Según la concepción clásica del Derecho Romano, las personas *in potestate patris* carecían de capacidad para tener un patrimonio en propiedad; gozaban de capacidad negocial o de obrar, pero las adquisiciones que realizaban, entraban a formar parte del patrimonio del padre.

En relación con las deudas: el *paterfamilias* nunca quedaba obligado, como regla general, por las deudas que contraían los miembros sujetos a su potestad².

Una muestra de la intervención del magistrado en esta materia es el **Edicto de la Actio Tributoria**³, que regulaba la responsabilidad del *pater* o *dominus*,

-
- 1 Existen algunas normas especiales en Derecho romano relativas a la contratación comercial así, por ejemplo, las que regulan la responsabilidad del patrón del barco, del posadero o del establero, en cuanto a sus obligaciones con respecto a mercancías, equipajes, caballos... dejados a su cuidado. Las acciones *adiecticiae qualitatis*, cuyo nombre proviene de los glosadores: *exercitoria*, *De Lege rhodia de iactu* (incluida en el Digesto, regula la echazon de una parte del cargamento de los buques en determinadas circunstancias), el préstamo a la gruesa *foenus nauticum*, etc.
 - 2 En el Derecho clásico, el *filiusfamilia* –no la hija, la mujer casada y la persona *in mancipatio*– se obligaba validamente a sí mismo, mientras que ninguna obligación civil alcanzaba al esclavo. El hijo se obligaba *civiliter*, y podía ser demandado y condenado mientras estaba sujeto a la potestad paterna, si bien tan solo después de salir de ella podía al acreedor intentar la ejecución real.
 - 3 Vid. CHIUSI, T. J: Contributo allo studio dell’Editto “*De Tributoria Actione*”, Atti della Accademia Nazionale dei Licei, 1993.

cuando actuaba dolosamente al realizar la *tributio*, perjudicando a los demás acreedores⁴.

En Derecho Romano, el *paterfamilias* podía entregar al hijo o al esclavo la gestión de un pequeño patrimonio: *peculium*⁵, para su disfrute y administración, sobre el que tenían poder de disposición, pudiendo realizar negocios jurídicos en provecho de aquél. El *dominus* conservaba el derecho de propiedad, entendiéndose como un patrimonio separado (*peculium profecticio*).

En el supuesto de que se produjeran deudas en la negociación, el pretor determinaba en el Edicto que el *dominus* se encontraba obligado no sólo por sus créditos personales sino también por los de sus sometidos. En todo caso, era necesario que aquél autorizara de forma expresa la negociación, o que tuviera conocimiento de la misma y no se opusiera, es decir que la consintiera de un modo tácito (*scientia*)⁶.

En nuestros días, si la prestación objeto de la obligación no se cumple, los perjudicados pueden dirigirse contra el patrimonio del deudor para obtener la satisfacción no cumplida o su equivalente. Ante la insolvencia del deudor –*non*

4 Vid. IGLESIAS, J: Instituciones de Derecho Privado, pg 391 ss Ediciones Ariel, 1958, Barcelona.

5 Se trataba del conjunto de bienes dejados al hijo o al esclavo para su administración y gestión como si fueran suyos. Los sometidos actuaban en nombre del *pater* o *dominus*, lo que tenía como consecuencia que todo lo que adquirían en la negociación ingresaba en el patrimonio de este. La evolución que se produce, en relación con el peculio, desde el Principado, determinó que los sometidos se fueran independizando patrimonialmente de la potestad paterna hasta que en el periodo Justiniano, se llegó a reconocer el derecho de propiedad al hijo de familia, y como consecuencia, su capacidad patrimonial. Decisivo para este reconocimiento fue el peculio castrense (D.49,17). Se trataba de los bienes conseguidos por el hijo de familia con ocasión del servicio de armas. De este peculio disponía libremente el hijo: podía realizar disposiciones testamentarias, donaciones *mortis causa*, manumitir esclavos del peculio, ser responsable civilmente de sus obligaciones. Realmente, se conservó algo del régimen anterior en el sentido de que si el hijo no disponía de todo el peculio castrense y moría antes que el *pater*, éste recuperaba lo que quedaba no como herencia sino como cosa propia (*iure peculio*, Ulp. 67 ed. D. 49,17,2). Justiniano suprimió este régimen en su Novela 118.

6 El Art 1.1 del Código de Comercio determina que para ser comerciante el sujeto debe ser mayor de edad, tener plena disposición de los bienes. El Art 323 niega la libre disposición al menor emancipado, no puede por sí solo tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes, necesitando el consentimiento de los padres o en su caso, del tutor.

solvit (el que no paga)— es necesaria la protección de los acreedores como colectividad —*con currere*— (correr conjuntamente) a través de una normativa especial que se recoge en el Derecho Concursal, Ley de 9 de Julio del 2003. Se constituye a tal fin una comunidad de pérdidas y un tratamiento paritario —*par condicio*— de los acreedores⁷.

En la regulación del Edicto, era necesario que el titular de los bienes, en el caso de que los sometidos contrajeran deudas, respondiera de la obligación pero **no quedaba afecto todo su patrimonio** sino que sólo se distribuía entre los acreedores la *merx peculiaris*. Él mismo podía ser acreedor entrando en el concurso en la misma situación que los demás⁸.

En el texto Ulp 29 ad. Ed: 14,4,5,6, se precisa quiénes formaban parte del concurso:

Es llamado a contribución el dueño que tiene a alguien en potestad juntamente con los acreedores del negocio.

In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

El *paterfamilias* era el encargado de realizar el reparto. Los acreedores ejercitaban la *actio tributoria*, acción *in factum*⁹, cuando aquél lo realizaba dolosamente

7 En España el primer cuerpo legal que reguló la institución concursal fue el Código de las Siete Partidas. En la Partida V, del Código alfonsino, se regulan instituciones tan características de la quiebra como la cesión de bienes a los acreedores, el convenio preventivo extrajudicial, la graduación de créditos, la formación de la mayoría y de la masa, la fuga del deudor. Con precedencia, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y diversas Leyes de Cortes regulaban referencias concursales, sobre todo aspectos penales.

8 El Edicto se extendió a todas las negociaciones siendo de gran utilidad ya que el titular de los bienes podía ser llamado al concurso como un acreedor más, siempre que tuviera conocimiento de que la negociación se había realizado con mercancías del peculio.

9 Se dieron para evitar las dificultades que llevaba consigo el principio civil de que ni hijo ni esclavo podían obligar a su jefe. Los pretores en la época republicana arbitraron un medio consistente en otorgar al acreedor, en ciertos casos, la facultad de hacer valer contra el jefe unas acciones por obligaciones contraídas por los hijos o esclavos. El padre o dueño no respondía en lugar de, sino conjuntamente con el hijo o el esclavo, como expresaba Paulo en Paul. 29. ed, D. 14,1,5,1: “*con este edicto no se transmite una acción sino que se añade*”. Esto no quiere decir que el tercero acreedor no pudiera demandar directamente a quien había negociado

descontando sus propios créditos como si fuera un acreedor privilegiado, resultando beneficiado en detrimento de los demás. Si los acreedores sospechaban que se les había asignado menos de lo que les correspondía, disponían de esta acción para reclamar la diferencia entre lo recibido y lo realmente reclamado.

El objeto de la *actio tributoria* era conseguir una condena por el *quanto minus* que habían dejado de cobrar por la conducta dolosa del titular: *dolum malum coercet domini*. Se pretendía modificar una situación injusta surgida en el tráfico jurídico¹⁰:

Así consta en Ulp. 29 ad ed. D. 14.4.5.1:

Si un esclavo dependiente de mi esclavo negociara, y lo hiciera con mi conocimiento, me obligaré por la acción tributoria; si lo ignoraba yo, pero lo supiese el esclavo principal, escribe Pomponio, que se ha de dar acción respecto del peculio de este esclavo y que no se debe deducir del peculio del dependiente lo que debe al principal, aunque sí se deduce lo que me debe a mí...

Si vicarius servi mei negotietur, si quidem me sciente, tributoria tenebor, si me ignorante, ordinario sciente, de peculio eius actionem dandam Pomponius libro sexagensimo scripsit, nec deducendum ex vicarii peculio, quod ordinario debetur, cum id quod mihi debetur deducatur. Sed si uterque scierimus, et tributoriam et de peculio actionem competere ait, tributoriam vicarii nomine, de peculio vero ordinarii eligere tamen debere agentem, qua potius actione experiatur, sic tamen, ut utrumque tribuatur et quod mihi et quod servo debetur, cum si servus ordinarius ignorasset, deduceretur integrum, quod ei a vicario debetur.

con él, lo que sucede es que esta acción no tendría eficacia práctica ya que el hijo carecía en un principio de patrimonio propio (al menos hasta que se le reconoció el peculio castrense). Para que la reclamación tuviera éxito había que demandar al principal, con una fórmula con transposición de personas, en cuya *intentio* aparecía el nombre del sometido que había contraído la deuda y en la *condemnatio* el del jefe de la familia que estaba obligado a pagar.

- 10 Gayo, Instituciones, 72: *Praetera tributoria quoque actio in patrem dominumue constituta est, cum filius servusue in peculiari merce sciente patre dominote negotietur; nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id pater dominusue inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et si creditores querantur minus sibi distributum, quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae ut diximus, tributoria vocatur.*

El artículo 71.1 de la Ley Concursal de 9 de Julio del 2003, Capítulo IV (“De los efectos perjudiciales para la masa activa”)¹¹, responde al mismo espíritu presente en la *actio tributaria*: **evitar un perjuicio en los acreedores, derivado de una actuación dolosa del deudor, que conduce a una situación injusta: un mal reparto de los bienes**¹²:

“Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”.

El perjuicio ocasionado consiste en la alteración de la *par conditio creditorum* (comunidad de pérdidas), el legislador sanciona el trato preferente a un acreedor, cuyo crédito se paga privilegiándolo con respecto a los demás. La Ley hace referencia al ánimo fraudulento del deudor, **no exigiéndose cómo requisito necesario para la rescisión**¹³. En el caso de la *actio tributaria* **sí se exige** la intención dolosa para poner fin a la situación discriminatoria.

En el supuesto de pluralidad de acreedores, el ordenamiento jurídico español, arbitra un procedimiento colectivo que se fundamenta en el principio de igualdad de trato y que tiene por finalidad evitar que sean favorecidos los

11 El origen de los institutos comerciales actuales podemos encontrarlos en el Derecho Estatutario de la baja edad media. La recopilación de normas consuetudinarias de mercaderes dio lugar al nacimiento del Derecho Mercantil y del Derecho Concursal. Según algunos autores ya existían en Derecho Romano procedimientos de ejecución personal que podrían constituir el origen del Derecho Concursal, ya que permitían a los acreedores apropiarse de los bienes del deudor, siendo posible también la transmisión del patrimonio del deudor a los acreedores para su venta en bloque. Vid. ROJO, A y BELTRÁN, E: Lecciones de Derecho Mercantil, Madrid, Civitas, 2004, pag 864.

12 Vid, GLÜCK. F: Commentario alle Pandette, (trad BONFANTE. P), Milán, 1907, pag. 84, 89.

13 Las pautas de valoración de la conducta del deudor se establecen en los Art 251-267 del Código Penal. La cláusula general: Art 264.1 determina que: *“el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa del deudor”*. Se tiene en cuenta la actitud fraudulenta sólo cuando consista en actos de disposición a título gratuito, pagos y otros actos de extinción de obligaciones, actos a título oneroso realizados a favor de alguna persona relacionada con el concursado que supongan un perjuicio patrimonial en la masa activa del concurso.

acreedores más audaces, los que acuden primero, los que actúan dolosamente en el cobro de sus créditos... de manera que el resto corre el riesgo de no cobrar o que la cuantía del pago se vea disminuida¹⁴.

La nueva Ley Concursal (Art 71-73) recoge las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia en los últimos años con respecto a la acción de rescisión (legitimación, procedimiento y efectos)¹⁵. En nuestro Derecho, el beneficio de un acreedor en detrimento de los demás, entraña un perjuicio y un enriquecimiento injusto si se compara con lo que deberían haber recibido dentro del concurso¹⁶. **El enriquecimiento injusto por una mala distribución en el reparto** es lo que se pretende evitar con el ejercicio de la *actio tributoria*, la misma finalidad perseguida por el legislador en el Art 71.1 de la Ley Concursal.

Un fragmento determinante en esta apreciación es:

Ulp 29 ad. ed. D. 14.4.12:

Es el caso de dos acreedores, uno que demanda al dueño (por la deuda del esclavo) con la acción de peculio¹⁷ y otro que lo hace con la tributoria. **Se plantea la duda sobre si el dueño podría deducir del peculio** lo que haya de dar al que lo demanda con la acción tributoria.

Se ejercitará la acción cuando el dueño al hacer el reparto del valor de la mercancía no cumplió con el Edicto del pretor, es decir, cuando dedujo por su deuda una parte mayor que la que repartió a los demás acreedores, lo cuál

14 La Ley Concursal de 9 de Julio del 2003 regula de forma pormenorizada todos los aspectos. La Ley de Enjuiciamiento Civil actúa como supletoria de la Ley Concursal, cuando ésta no contemple normas procesales especiales. La finalidad que se persigue es la de reconducir la gran complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin menoscabar las garantías que exige la tutela judicial efectiva de los interesados.

15 La masa activa del concurso está formada por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor (salvo los inembargables a la fecha de declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta su conclusión): Art 76 de Ley Concursal. Uno de los problemas más delicados que suscitan los procedimientos concursales es el de la delimitación lo más exacta posible del activo

16 Vid, LA CRUZ BERDEJO, J.L: Elementos de Derecho Civil II. (Bosch) Madrid, 1995, pag. 338.

17 Vid, SOLAZZI, Studi sull "*actio de peculio*", BIRD, 17, (1905) pag 208 ss; 18 (1906) pag. 228. GRANDENWITZ, ZSS, 27 (1906) pag. 228 ss.

conduciría a un enriquecimiento injusto ya que existía una comunidad de pérdidas y por tanto, era necesario un tratamiento *par condicio* de todos los acreedores incluido el titular.

Valor mercancía (masa activa) = 30.000.

- El dueño tiene un crédito de **15.000** contra la masa.
- Los acreedores tienen un crédito de 15.000 cada uno: **30.000**.
- El valor de los créditos es de **45000 (masa pasiva) pero sólo hay 30.000** (masa activa) para distribuir.

¿Cómo debería realizarse el reparto?:

En la *tributio* (se produce cuando el titular de la potestad es también acreedor) debería asignarse a cada uno 10.000 para que fuera un reparto paritario. Al ser treinta el valor de la mercancía deberían hacerse tres partes iguales, el titular debió deducir 10 para él y dar otros 10 a cada acreedor.

Si el *pater* o *dominus* se hubiese cobrado en la distribución sus 15000 íntegros, habrá defraudado a los acreedores en 5000. Estos podrían demandarlo con la *actio tributaria* de forma solidaria, por la diferencia entre lo que cobraron y lo que se les debía efectivamente. De esta manera, se rescindiría la conducta del *dominus* subsanándose la situación injusta. El dueño dejará de percibir esos cinco mil y no cobrará por completo su deuda. Pero podía deducirlos del peculio del esclavo, ya que éste no se había liberado totalmente de sus deudas con respecto al amo y no saldrían perjudicados ni los acreedores ni el *dominus* ya que cobrarían todos sus créditos.

Alius dumtaxat de peculio, alius tributaria servi nomine cum domino agit quaesitum est, an deducere dominus de peculio debeat, quod tributaria agenti praestaturus sit. Respondit tributaria actione tunc demum agi potest, cum dominus indistribuendo pretio mercis edicto praetori non satisfacit, id est cum maiorem partem debiti sui deduxit quam creditoribus tribuit, veluti si, cum in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginam tota quindecim deduxerit, et creditoribus reliqua. Quindecim dederit, cum deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere cum igitur hoc fecit, nec intellegendus est servum a se liberasse eo, quod quinque adhuc nomine eius tributaria actione praestaturus sit quare si agi de peculio coeperit, cum forte extra mercem peculium esset, quinque tamquam adhuc creditor servi deducere debet.

El propósito perseguido era que el dueño tampoco debía sufrir perjuicio en el reparto:

Ulp. 29 ad. ed. D. 14,4,7,1:

“... el dueño no debe sufrir perjuicio aunque sea llamado al reparto como un acreedor más”.

Illud quoque caveredebet, si quid aliud dominidebitum emergerit, refusurum se ei pro rata. Finge enim condicionale debitum imminere vel in occulto esse hoc quoque admitendum est nam iniuriam dominus pati non debet, licet in tributum vocatur.

Así consta en el artículo 81.2 de la Ley Concursal:

El crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal ordinario. Los efectos de la falta de comunicación oportuna del crédito se producirán transcurrido un mes desde la aceptación por la administración concursal o desde la firmeza de la resolución judicial que hubiere reconocido los derechos del titular perjudicado.

La *actio tributoria* poseía un acusado carácter mercantil. El objeto de la acción no es el hecho de la distribución en sí sino reclamar al padre o dueño por haber cometido dolo en el reparto, condenar al titular de la potestad solidariamente por haber dejado de distribuir entre los acreedores. No se realiza una transposición de sujetos para hacer efectiva la responsabilidad del *pater familias* sino que la responsabilidad es directa contra él.

En Derecho Romano, cuando los terceros que habían contratado con el sometido demandaban el cumplimiento, se procedía a la liquidación del peculio de acuerdo con un procedimiento de ejecución colectiva, practicándose la distribución en proporción al monto de los créditos, es decir que cada acreedor cobraba a prorrata, de modo proporcional.

En la regulación jurídica actual, la fase de liquidación del concurso se dirige al pago de acreedores mediante la realización de los bienes y derechos de la masa activa, despachando los créditos en el orden legalmente establecido (artículos 912, 913 y 914 del Código de Comercio de 22 de agosto de 1885): acreedores por gastos de entierro, funeral y testamentaria, acreedores alimenticios, acreedores por

trabajo personal... Los bienes del quebrado forman un conjunto unitario (masa activa) destinada a satisfacer a los acreedores (masa pasiva). Los artículos 156, 157 y 158 de la Ley Concursal recogen el prorrateo en el pago de los créditos:

“... Se atenderá al pago de los créditos con privilegio general, por el orden establecido en el artículo 91, y en su caso, a prorrata dentro de cada número...” (Art. 156).

“... Los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubiesen sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos” (Art. 157).

“... Los créditos subordinados se realizarán por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número” (Art. 158).

El artículo 916 del Código de Comercio determina que:

“los acreedores percibirán sus créditos sin distinción de fechas, a prorrata dentro de cada clase y con sujeción a lo establecido en los artículos 913 y 914”.

El texto Paul 30 ad ed. D. 14,4,6, determina cómo se realizará la liquidación:

*Porque **esta acción** no hace, como la de peculio, que sea mejor la condición del ocupante, sino que **equipara a todos los que en su día pueden ser demandantes**.*

Non enim haec actio sic urde peculio occupantis meliorem causam facit, sed aequalem concicionem quandoque agentium.

El *dominus* no gozaba de preferencia, entrando en el reparto del peculio en un plano de igualdad con respecto al resto de acreedores, soportando también él la ley del prorrateo: Ulp. 29 ad ed. D. 14,4,5,19:

Tributio autem fit pro rata eius quod cuiquedebeatur, et ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui, integram portionem consequitur, sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii exsistere possint mercis peculiares creditores, cavere debet creditor iste pro rata se refusurum, si forte alii emergerint creditores.

El reparto se hará teniendo en cuenta la proporción de lo que se debe a cada acreedor; por ello, si se presenta un solo acreedor pretendiendo que se le pague, conseguirá todo; pero como puede suceder que exista otro o varios acreedores de la mercancía del peculio, aquel acreedor debe dar garantía de que, si acaso apareciesen otros acreedores, el reembolso se realizará en proporción a sus créditos¹⁸. Los acreedores lo son del negocio del hijo o esclavo y la petición la realizarán por las cantidades que se les deba.

El *dominus*, por encargo del pretor, realizaba el reparto a no ser que prefiriera entregar a los acreedores la parte del peculio, en cuyo caso, el magistrado nombraba un árbitro que realizaba la distribución, según consta en un texto de Ulpiano que invoca una opinión de Pedio, Ulp.29 ad ed. D. 14,4,7,1:

¿Y si el dueño no quisiera ir al reparto ni tomarse tales molestias, pero estuviese dispuesto a ceder el peculio o las mercancías? Pedio dice que debe ser atendido y su opinión es justa; ordinariamente el pretor debería nombrar un árbitro con cuya intervención se haga el reparto de las mercancías del peculio.

Quid tamen si dominus tribuere nolic 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 debebit dare, cuius intervente tribuantur merces peculiares.

¿QUÉ BIENES SE HAN DE INCLUIR EN LA TRIBUTIO?

El pretor determinaba en el Edicto *De Tributoria Actione* que **todos los bienes del peculio afectos a la actividad negocial y todos los ingresos o ganancias procedentes de la misma** debían distribuirse –*tributum* o división del peculio– proporcionalmente entre todos los acreedores.

18 Diferencia entre la *actio* de peculio y la tributoria, ya que cuando ejercen aquella, los acreedores cobran la totalidad del importe de sus créditos, en el orden en que se presentan y hasta que el peculio queda agotado, a partir de cuyo momento, los demás no cobrarán nada, salvo que obren *in rem verso*; mientras que si ejercen la tributoria, preséntense antes o después cobrarán todos a prorrata.

No todo el peculio entra para el pago de las deudas, sino solamente lo que en él existe por causa de la negociación, ya permanezcan en el peculio las mismas mercancías, ya se haya recibido o invertido en el peculio el precio de ellas.

Ulp. 29 ad ed. D.14,4,5,11:

Non autem totum peculium venit in tributum, sed id dumtaxat, quod ex ea merce est, sive merces manent sive premium earum receptum conversumve est in peculium.

Gayo manifestaba que podía convenir más a los acreedores ejercitar la *actio* de peculio que la tributaria, ya que por la acción tributaria **entraba en el reparto de acreedores sólo lo que quedaba de las mercancías con las que se negociaba y lo que se percibió por ellas**. Con la acción de peculio, por el contrario, se consideraba la cuantía de todo el peculio, el principal podía deducir íntegramente todo su crédito, con la tributaria, por el contrario, se encontraba limitado¹⁹:

Gai. 9 ed. prov. D. 14.4.11:

Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributaria nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in divisionem venit, quod in mercibus est quibus

19 Según Gayo (Gai. Inst 4. 74 a) les convenía a los acreedores ejercitar la *actio* de peculio, ya que lo era por el total de los bienes. La *actio tributaria*, por el contrario, no se ejercitaba contra todos los bienes del peculio ya que era posible que sólo una parte del mismo se hubiera destinado a la negociación: *Is quoque cui tributaria actio competit, de peculio vel de in rem verso agere potest. Sed huic sane plerumque expedit hac potius actione uti quam tributaria; nam in tributaria eius solius peculio ratio habetur, quod in his mercibus est in quibus negotiatur filius servusque quodque inde receptum erit, at in actione peculio, totius. Et potest quisque tertia forte aut quarta vel etiam minore parte peculii negotiari, maximam vero partem peculii in aliis rebus habere; longe magis si potest adprobari id, quod dederit qui contraxit, in rem patris dominive versum esse, ad hanc actionem transpire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et peculio et de in rem verso agitur*

Vid, VALIÑO, E, La *actio Tributaria*, SDHI 33, 1967, pag 107: la *actio* de peculio se proyecta sobre todo el peculio, comprendiendo lógicamente la *merx peculiaris*, ya que puede ocurrir que sólo la mitad del peculio o menos de la mitad se haya empleado en la negociación: Gai. 9 ed. prov. D. 14,4,11. Por otra parte, la *actio* de peculio no es solidaria, en cambio la tributaria lo es, porque respecto al *quo minus* el dueño responde sin limitación.

negotiatum quodque eo nomine receptum est at in actione de peculio totius peculio quantitas spectatur, in quo et merces continentur et fieri potest, ut dimidia forte parte peculio aut tertia vel etiam minore negotietur fieri praeterea potest, ut patri domino te nihil debeat.

Con el ejercicio de la *actio tributoria* se pretendía la rectificación de una distribución dolosa. Ambas acciones tenían en común la *tributio*, siendo el ejercicio de ambas incompatible. El acreedor debía elegir ya que no podía ejercitarlas de modo sucesivo, aunque si eran distintas las causas si era lícito utilizarlas:

El acreedor debe elegir la acción que prefiera: de peculio o la tributoria, sabiendo que no podrá ejercitarlas sucesivamente. Claro que si quisiera demandar por una causa con la acción tributoria y por otra con la de peculio, deberá ser oído.

Ulp. 29 ad. Ed, D.14.4,9,1: *Eligere quis debet, qua actione experiatur utrum de peculio an tributoria, cum se sit sibi regresum ad aliam non futurum plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.*

Se trata de un expediente voluntario de reparto (*vocatio in tributum*), una “especie” de concurso de acreedores familiar, que no seguía las pautas del procedimiento ejecutivo ordinario²⁰. Los acreedores naturales extraños no podían incluir sus créditos en la *tributio*, pero en cambio los créditos del padre o dueño, que eran también créditos naturales, eran precisamente los que motivaban que si realizaba una distribución dolosa, se ejercitara la *actio tributoria*, acción delictual, que presentaba un claro carácter sancionador de la conducta.

En los textos siguientes se especifica qué entraba en el reparto:

1. Lo obtenido por créditos del sometido comerciante entraban en la *tributio*. Aquello que se le debe por las mercancías vendidas y que todavía no se ha cobrado, computaría en la masa activa desde el momento del cobro. Por lo tanto, lo que se le debía y no se cobraba no entraba en el reparto:

²⁰ La *vocatio* no es la consecuencia de una acción, ni aparece en ella, ni en sus actos subsiguientes, *proscriptio*, además entraban en la *tributio* los créditos naturales.

También si por causa de la negociación se debiera todavía alguna cosa por aquellos a los que el esclavo acostumbraba a vender, igualmente se entregará esto si se hubiese cobrado.

Ulp. 29 ad ed. D. 14,4,5,12:

Sed et si adhuc debeatur mercis nomine a quibusdam, quibus solebat servís distrahere, hoc quoque tribuetur, prout fuerit receptum.

En el Código de Comercio de 1885, Art 909 en relación con el 908 se determina:

se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños.... Las cantidades que estuvieren debiendo al quebrado por ventas hechas de cuenta ajena.

Se entiende que son cantidades no cobradas, que pertenecen a otro, y, que se excluirán del concurso de acreedores.

2. Si además de las mercancías tuviese el esclavo algunos **accesorios en la tienda** ¿se deberá contribuir también con ellos? Labeón manifiesta que sí, y es lo más justo, porque muchas veces, e incluso siempre, este aparejo se adquirió con dinero procedente de la mercancía. Pero con las demás cosas que, aparte de éstas, tuvo en el peculio no se contribuirá; por ejemplo, si el esclavo tuvo objetos de plata u oro, a no ser que los haya comprado con la mercancía.

Entrarán en el cómputo los accesorios de la tienda adquiridos por el esclavo con el producto de la mercancía o con la misma mercancía. Se trata de un caso de subrogación real: sustitución de la mercancía por otra de nueva adquisición, siempre que se cumpla el requisito anterior.

La *merx peculiaris* no comprendía sólo las mercancías destinadas a la venta, sino también todo aquello destinado a la explotación del negocio: sería el caso de *los instrumentum*, accesorios del comercio, ya que estos en su mayor parte se adquieren con dinero procedente de la *merx*.

Ulp. 29 ad ed. D. 14,4,5,13:

Si praeter merced servum iste in tabernam habeas instrumentum, an hoc quoque tribuatur? et Labeo ait et hoc tribui, et est aequissimum plerumque enim hic apparatus

ex merce est, immo semper. Cetera tamem, quae extra haec in peculium habuit, non tribuentur, ut puta argentum habuit vel aurum, nisi si haec ex merce comparavit.

3. Si en la negociación, el sometido tuvo **esclavos comprados con dinero procedente de la mercancía**, se contribuirá con ellos. Nos encontramos ante otro caso de subrogación real.

Ulp. 29 ad ed. D. 14,4,5,14:

Item si mancipia in negotiatione habuit ex merce parata, etiam haec tribuentur.

4. A los acreedores les interesa conocer el valor de la *merx*. Una vez conocido podía suceder que el titular de la potestad **no pudiera vender la mercancía y prefiriera pagar de su bolsillo a los acreedores**. En este caso, se excluiría del reparto la mercancía en si misma, sustituyéndose por el pago del *dominus* que sí se incluiría en la *tributio*.

En el caso de que el titular contribuyera dolosamente a la pérdida de las mercancías: bienes vendidos a precio vil, si las escondía o no reclamaba el precio a los compradores... estos actos daban lugar al ejercicio de la *actio tributoria* contra el padre o el dueño.

También si consintió que se perdiera la mercancía o si la escondió o si la vendió intencionadamente por un precio inferior o no hubiese exigido el precio a los compradores, se habrá de decir que el dueño queda obligado por la acción tributoria, si lo hizo con dolo.

Ulp ad ed. D. 14,4,7,3:

Sed et si merced perire passus est aut eam avertit aut vilioris data opera distraxit vel si ab emptoribus pretium non exegerit, dicendum erit teneri eum tributoria, si dolus intervenit.

¿QUÉ BIENES SE EXCEPTUABAN DE LA TRIBUTIO?

Es fundamental el texto Ulp. 29 ad Ed. D.14,4,5,18:

Sólo pueden formar parte del activo de la *merx* el conjunto de elementos susceptibles de pertenecer al peculio del *alieni iuris*, pero no todo el peculio —*non autem totum peculium*—:

No entrarán en el concepto de *merx peculiaris* aquellas mercancías **confiadas al sometido para su venta**: estas y las **depositadas para su custodia** pueden ser reivindicadas por su dueño²¹. Se trata de bienes de propiedad ajena que, aunque se encontraban en poder del sometido, no disponía de derecho de retención sobre ellos.

Si se entregaba la mercancía para que se vendiera y se encontraba todavía sin vender, no se incluía en la *tributio*, como se determina en el fragmento, ya que continuaba siendo del dueño si no se le había entregado el precio, se daba fiador del mismo o se le compensaba de otra manera. Por lo tanto, si se le daba el precio la mercancía sí entraba en la *tributio*:

Si yo di mi mercancía para que se vendiera y todavía está sin vender, veamos si no será injusto que entre como uno más en el reparto. Ciertamente, si deje el precio a crédito, tendrá lugar el reparto pero si no lo dejé a crédito, habrá que decir que las puedo reivindicar, ya que las cosas vendidas no dejan de ser mías, aunque las hubiese vendido, si no se ha pagado el precio o dado fiador, o he sido satisfecho de otra manera.

Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, 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 fideiussoredato vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse.

En nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión que nos ocupa se encuentra reflejada en **el artículo 80 de la Ley Concursal de 9 de Julio del 2003** que regula el Derecho de separación. Existen determinados bienes que se exceptúan del reparto de acreedores:

Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales **no tenga derecho de uso, garantía o retención** serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares a solicitud de estos.

21 VALIÑO, SDHI 33, 1967, pag 112, en la misma línea, un acreedor con una hipoteca puede oponerla a otros acreedores: Ulp. 29 ad. Ed, D. 14,4,5,8: *Quid tamen si qui contraherant ipsam mercem pignori acceperint? Puto debere dici, praeferendos domino iure pignoris* y en Ulp. 29 ad. Ed, D. 14,4,5,17: *Plane si in eadem taberna merces defererantur, licet hae quae exstent ex unius creditoris pecunia sint comparatae, dicendum erit omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pignorat.*

En el **Código de Comercio en los artículos 908 y 909** se regula el derecho a separar y retener determinados bienes que volverían a estar bajo el dominio de su titular.

El propietario tiene “derecho de separación”, este da lugar a la reducción de la masa, es decir al conjunto de operaciones dirigidas a extraer bienes que no son del deudor concursado. Los requisitos de nuestra legislación son: que exista un **derecho de propiedad** sobre el bien, que **debe ser probado** por quien pretende la separación, que dichos **bienes existan en la masa de la quiebra**, que la **propiedad no se hubiera transmitido al quebrado mediante título legal** y que no se vea sometido a las acciones de reintegración de la masa.

Requisitos presentes en el caso de exclusión o separación de la *actio tributoria*: derecho de propiedad sobre el bien, que los bienes existan en la masa de la quiebra, que la propiedad no se hubiera transmitido mediante título legal (tan sólo existe un derecho de disposición sobre la mercancía).

*Art 908: Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, **cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable**, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudiera corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquella, siempre que cumplieren las obligaciones anejas a los mismos.*

*Art 909: Se consideraran comprendidos en el precepto del artículo anterior a los efectos señalados: los **bienes dotales inestimados y los estimados** que se conservasen en poder del marido... los **bienes parafernales que la mujer hubiere adquirido por título de herencia, legado o donación**, bien se hayan subrogado o invertido en otros...*

Resaltar tres fragmentos esenciales:

los bienes y efectos que el quebrado tuviere en depósito, administración, arrendamiento, alquiler o usufructo, las mercancía que el quebrado tuviere en su poder por comisión de compra, venta, tránsito o entrega,

Este punto es determinante en nuestra apreciación, ya que recoge el mismo supuesto de D. 14,4,5,18.

Las letras de cambio o pagarés... los caudales remitidos fuera de cuenta corriente al quebrado y que éste tuviere en su poder, para entregar a persona determinada en nombre y por cuenta del comitente, o para satisfacer obligaciones que hubieran de cumplirse en el domicilio de aquél,

Las cantidades que estuvieren debiendo al quebrado por ventas hechas de cuenta ajena.. (también guarda relación con el texto anteriormente citado D. 14,4,5,18 –mercancías confiadas al quebrado para su venta–).

Los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte, nterin subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos, las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho entrega material de ellas en sus almacenes o en paraje convenido para hacerla, y aquellas cuyos conocimientos o cartas de porte se le hubieren remitido, después de cargadas, de orden y por cuenta y riesgo del comprador.

En los casos de este número y del 8, los síndicos podrán detener los géneros comprados o reclamados para la masa, pagando su precio al vendedor.

(Por lo tanto, si se le paga el precio se le compensará por los bienes y estos entrarán en la masa concursal). Nuevamente encontramos identidad entre la Ley Concursal y D. 14,4,5,18.

Art 910: *Con el producto de los bienes de la quiebra, hechas las deducciones que prescriben los artículos anteriores, se pagará a los acreedores con arreglo a lo establecido en los artículos siguientes.*

Verificamos ciertamente un paralelismo entre ambas regulaciones.

En Derecho Romano, las personas in *postestate patris* no poseían derecho de retención, el peculio no era de su propiedad, y aunque tenían derecho de disposición no podían retenerlo. **La parte no utilizada en la negociación era intocable y propiedad del dominus, por ello, se excluía y no entraba en la tributio** quedando a salvo del concurso. Era de justicia que al no entrar en la

negociación se protegiera el interés del propietario substrayéndose esta parte de los bienes de la distribución. Así sucedía con los bienes confiados al sometido para su venta y que no se habían vendido, ya que al no haber recibido el pago del precio se entendía que seguían siendo propiedad del *dominus* así como las depositadas para su custodia.

En la **regulación jurídica actual**, el legítimo titular de un bien identificable en posesión del concursado, puede solicitar la entrega de dichos bienes a la administración concursal y en caso de ser denegada, podrá plantear un incidente concursal, y la exclusión de aquellos de la masa. Para su procedencia es necesario que el separatista haya cumplido una serie de obligaciones con respecto a los bienes y que haya devuelto las cantidades o cosas que por dichos bienes hubiera recibido. Se protege al propietario exceptuando del reparto una serie de bienes.

El objeto de la acción de separación es la entrega del bien a su legítimo dueño²². Encontramos correspondencia con respecto a lo dispuesto en el Edicto de la *Actio Tributaria* que supone declarar el derecho de propiedad del reclamante y excluir el bien de que se trate de la masa activa del concurso.

La finalidad perseguida por ambas regulaciones es idéntica: **la tutela judicial efectiva de los acreedores así como de los propietarios siempre que, en este caso, la propiedad no se hubiera transmitido por un título legal e irrevocable.**

Finalmente puntualizar distintos supuestos que pueden plantearse en la práctica de la Ley Concursal:

- 1. Bienes de propiedad ajena que están materialmente en poder del concursado** y que han pasado a formar parte de la masa activa como suyos es necesario para proteger el interés del titular la separación. Es el supuesto típico de las acciones de separación del artículo 80 Ley Concursal.
- 2. Bienes de propiedad ajena poseídos por terceros con base a un título** (contrato de arrendamiento, por ejemplo) o sin título (precario), en el momento de declaración del concurso, y que forman parte de la masa activa. Una vez obtenida la separación, es cuando habrá que distinguir que la pose-

22 El titular de los bienes, en la regulación actual, debe solicitar la exclusión, demostrando que es el verdadero propietario. La Ley además exige que los bienes se encuentren en poder del concursado. En el supuesto de la *Actio Tributaria* los bienes también se encuentran en poder del sometido.

sión del tercero este amparada o no por un título. En el primer caso, el concursado o la administración concursal al amparo del artículo 61.2 solicitarán la resolución del contrato que lo vinculaba con el tercero (arrendamiento) con el fin de recuperar el bien y entregarlo al reclamante propietario, o es posible que se subrogue en la posición que aquellos ocupaban en el contrato, asumiendo los derechos y en su caso, las obligaciones correspondientes.

La declaración del concurso, por sí sola no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión o el concursado, en caso de intervención, podrá solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado...

- 3. Bienes de propiedad ajena que se perdieron o destruyeron** antes de la declaración de concurso o salieron del patrimonio del deudor por un acto de disposición. Aquí no sería posible la separación ya que el bien no pudo pasar a formar parte de la masa activa del concurso ya que esta se constituye en virtud de un auto de declaración, artículo 76.1 Ley Concursal.
- 4. Bienes enajenados antes de la declaración de concurso a tercero de quien no pueda reivindicarse.** Si el tercero adquirente no ha satisfecho la contraprestación a su cargo, el propietario perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor de los bienes; si la contraprestación ya hubiera sido satisfecha, nada dice expresamente la ley, aunque parece dar a entender que el titular podrá solicitar igualmente la inclusión en el concurso del crédito correspondiente al valor de los bienes. Así se determina expresamente en el Artículo 81 de la Ley Concursal:

1. Si los bienes y derechos susceptibles hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el

adquiriente no la hubiera realizado o comunicar a la administración concursal para su reconocimiento en el concurso el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior a elección del solicitante más el interés legal.

5. **Pérdida de un bien ajeno**, el titular tendrá derecho a la indemnización correspondiente que tendrá la consideración de crédito concursal o contra la masa, según que la pérdida o destrucción hayan sido anteriores o posteriores al auto de declaración del concurso.
6. **Si el bien salió de la masa por un acto de disposición a título gratuito**, la acción de separación tendrá por objeto la declaración del derecho de propiedad ajena y la exclusión del bien de la masa una vez haya sido reintegrado a ella mediante el ejercicio de las acciones rescisorias o de impugnación que correspondan: artículo 71.1,2 y 5 de la Ley Concursal; bien a instancia de la administración concursal bien reconociendo directamente legitimación al titular para el ejercicio de la acción: artículo 72.1 de la Ley Concursal.