



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirdir@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Lazo, Patricio

La "merx peculiaris" como patrimonio especial

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXV, noviembre, 2013, pp. 179-191

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173829696006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA “MERX PECULIARIS” COMO PATRIMONIO ESPECIAL*
[“Merx Peculiaris” as Special Patrimony]

PATRICIO LAZO**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

En este trabajo se aborda la discusión inaugurada por Tiziana Chiusi en 1993 acerca de los límites de la configuración de la *merx peculiaris* como patrimonio especial. El autor analiza el contexto en el que se desarrolla la *merx peculiaris*, así como el estado de las fuentes, con el objeto de discutir la tesis de Chiusi.

PALABRAS CLAVE

Merx peculiaris – Patrimonios especiales
– Patrimonios de afectación.

ABSTRACT

This work addresses the discussion inaugurated by Tiziana Chiusi in 1993 regarding that the limits within the *merx peculiaris* could be constituted as special patrimony. The author analyses the context in which the *merx peculiaris* develops, as well as the status of the sources, so as to discuss Chiusi's thesis.

KEYWORDS

Merx peculiaris – Special patrimonies
– Patrimony of affectation

RECIBIDO el 13 de mayo y ACEPTADO el 27 de abril de 2013

* Este trabajo forma parte de los proyectos Anillo-CONICYT SOC código 1111 y FONDECYT N° 1100566 “La actio tributaria en el contexto del emprendimiento romano”.

** Profesor de Derecho romano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Av. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: patriciolazo@me.com

I. INSOLVENCIA, “TRIBUTIO” Y PATRIMONIO SEPARADO

Las nociones de insolvencia, reconstrucción patrimonial y procedimiento de ejecución o de reparto aparecen estrechamente unidos en el derecho romano, primordialmente a propósito de la *bonorum venditio*, que es el procedimiento con el cual se suele relacionar este aspecto de la realidad jurídico-económica romana.

En términos generales, la insolvencia se origina en la incapacidad de un patrimonio de responder ante sus pasivos¹; el remedio a esta situación se busca precisamente en ese patrimonio, esto es, en las posibilidades de su refuerzo por medio del cobro de sus activos y de su apreciación para los efectos de una venta o de un reparto. Quizá si el problema crece en su complejidad en cuanto se admite la existencia de patrimonios especiales –por oposición a la idea de patrimonio universal–, específicamente, de afectación² precisamente porque tales patrimonios, al momento de verse amenazados por la insolvencia, deben quedar sujetos a un procedimiento que puede ser general o especial. Los acreedores, como es lógico, están interesados en el cobro de sus créditos y saben que para ello es necesario que el patrimonio insolvente sea reconstituido hasta donde sea posible, a fin de que existan bienes suficientes para hacerse pago, sea con la venta de los bienes que forman parte del patrimonio, sea con su distribución.

Como ya se adelantó, en Roma los procedimientos relacionados con la insolvencia cuentan entre sus instrumentos, con la *bonorum venditio*, mecanismo que sirvió para reemplazar al mecanismo de ejecución previsto en la legislación decenviral. Su carácter concursal es ampliamente aceptado³, lo que contribuye a su aproximación a nuestros modernos procedimientos de insolvencia.

Si nos aproximamos, ahora, a la realidad de los patrimonios especiales, es posible, a propósito del emprendimiento a través de dependientes, detectar, asociado a la constitución de un patrimonio de esta clase (*peculio*, *merx peculiaris*) la existencia de un procedimiento especial, conforme al cual se enfrenta un problema de insolvencia de dicho patrimonio; me refiero concretamente a la *tributio*⁴,

¹ Sobre los efectos procesales y materiales del concepto de insolvencia, véase: KROPFENBERG, Inge, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht* (Köln - Weimar - Wien, Böhlau, 2001), pp. 10 ss.

² En este punto la terminología suele ser difusa y no siempre clara: así, por ejemplo, se puede hablar de patrimonios separados, especiales o de afectación, expresiones que aunque no son sinónimas, suelen utilizarse indistintamente y sin mayor cuidado. En cualquier caso la expresión aquí utilizada remite al patrimonio creado específicamente para la realización de ciertas actividades, o bien para el cumplimiento de ciertos fines, como específicamente ocurre con la *merx peculiaris*. Por su parte, un autor italiano contemporáneo no duda en hablar de *peculio empresarial*; véase: PESARESI, Roberto, *Ricerche sul peculium imprenditoriale* (Bari, Cacucci, 2008).

³ No discuten este carácter: PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar, *La “bonorum venditio”. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho romano clásico* (Madrid, Dykinson, 2000), pp. 73 ss.; GREVESMÜHL, Götz, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht* (Göttingen, Wallstein, 2003); SPANN, Michael, *Der Haftungszugriff auf den Schuldner zwischen Personal- und Vermögensvollstreckung* (Hamburg, Lit, 2004), pp. 38 ss.; SOZA, M^a de los Ángeles, *Procedimiento concursal. La posición jurídica del “bonorum emptor”* (Madrid, Dykinson, 2008), pp. 37 ss.

⁴ No es descartable que el uso de la expresión “procedimiento” pueda dar lugar a alguna confusión, atendidas las diferencias que median entre los genuinos procedimientos a los que

instituto íntimamente relacionado, a su vez con la *actio tributoria*, prometida en el edicto homónimo⁵. Se trata de un procedimiento en el que se observa un conjunto de reglas cuyo objeto es disciplinar la forma de proceder en la distribución de los bienes. Los presupuestos de hecho de la *tributio* son de sobra conocidos y apenas requieren ser recordados: un esclavo o un hijo de familia está a cargo de un patrimonio especial (*merx peculiaris*), con base en el cual desempeña una o más actividades económicas, con conocimiento de su *pater* o *dominus*. Al sobrevenir la insolvencia de este patrimonio tiene lugar la *tributio*. Por consiguiente, un elemento central de la realidad económico-social en la cual surge el edicto es el del emprendimiento y del control de los riesgos⁶.

Ahora bien, la forma en que *tributio*, *actio tributoria* y *merx peculiaris* se relacionan no deja de plantear algunos problemas. Por lo pronto, el primero de ellos guarda relación con las dificultades que las fuentes ofrecen, desde el punto de vista del grado de certeza de la reconstrucción que es posible hacer conforme a ellas. Por lo tanto, se trata de un campo abonado para las hipótesis, las que, a su turno, son el precipitado de una cierta metodología, de cuya fortaleza dependen los demás resultados. A esclarecer una hipótesis de trabajo dedico el siguiente apartado (II). A continuación, está la pregunta de si, conforme al estado de las fuentes, es o no correcto considerar a la *merx peculiaris* como un patrimonio especial. Se trata de un hecho que ha dado lugar a un debate interesante y en el cual considero necesario tomar posición; de ahí que este trabajo esté dedicado a su discusión (III).

dan lugar las acciones y la *tributio* median diferencias importantes, pero me parece que hay sobradas razones para insistir en su uso, a fin de resaltar su carácter de programa de ejecución, delineado y descrito con precisión por la jurisprudencia. En cuanto a las fuentes, éstas utilizan las expresiones “*tributio*”, “*in tributum vocari*”, “*in tributum venire*” para referirse a la misma realidad, esto es, la distribución de los bienes que constituyen la *merx peculiaris*. Véase: HEUMANN, Hermann - SECKEL, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (10ª edición, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1958), s.v. *tribuere*, *vocatio*

⁵ LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (3ª edición, Leipzig, Tauchnitz, 1927; reimp. Aalen, Scientia, 2010), coloca al edicto de *tributoria actione* dentro del título XVIII, rubricado como “*Quod cum magistro navis, instituere eove, qui in aliena potestate erit, negotium gestum erit*”, en el cual junto a nuestro edicto, quedan reunidos los de *exercitoria actione*, de *institoria actione* y *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*, que no es otro que el *triplex edictum*. Lenel ve difícil la reconstrucción de la fórmula de la acción (“sobre ésta estamos, lamentablemente, muy deficientemente informados”, expresa en p. 272) y se limita a exponer que hay certeza respecto de algunas partes de la fórmula, pero no arriesga una reconstrucción en sentido estricto. Sí, en cambio, conjeturan redacciones probables de la fórmula VALINO, Emilio, *La “actio tributoria”*, en *SDHI*, 33 (1967), p. 128; CHIUSI, Tiziana, *Contributo allo studio dell’editto “De tributoria actione”*, en *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei: Memorie*. Ser. IX, vol. III, fasc. 4 (1993), p. 377; MARTÍN-MINGUIJÓN, Ana, *Fórmulas reconstruidas y acciones “in factum conceptae”* (Madrid, Dykinson, 2001); MICELI, Maria, *Studi sulla struttura formulare delle “actiones adiecticiae qualitatis”* (Torino, Giappichelli, 2001), p. 355.

⁶ Para la doctrina, no parece haber dudas en cuanto a la relación entre *tributio* e insolvencia: véase: GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano* (Napoli, Jovene, 2001), p. 411 s.

II. PREMISAS E HIPÓTESIS

Una de las características que el emprendimiento romano comparte con el moderno tiene que ver con la limitación de la responsabilidad contractual, en particular cuando la actividad económica que da lugar a dicha responsabilidad se realiza a través de terceros. La búsqueda del control de los riesgos por parte de quien emprende una actividad económica es una constante que comparten el mundo romano y el moderno; de ahí que el primero conciba la existencia de dispositivos de control y los ponga a disposición de quienes llevan adelante actividades económicas. Pero ello, a la vez, debe conseguirse sin descuidar el interés de quienes aparecen como acreedores de estos mismos emprendedores.

Como es también lógico suponer, ahí donde aparecen estas exigencias, se plantea también el desafío de contar con textos normativos que respondan eficientemente a ellas. Es decir, si lo vemos desde el punto de vista que ahora nos ocupa, la configuración de la *merx peculiaris* como patrimonio especial, lo mismo que la *tributio* como procedimiento de reparto asociado a dicho patrimonio, podrían ser analizadas en cuanto elementos o medios conforme a los cuales un texto normativo (el edicto) ofrece responder a exigencias sociales antitéticas (limitación de la responsabilidad contractual vs. satisfacción de créditos), específicamente relacionadas con los agentes de la actividad económica (empresarios y acreedores), conforme a criterios de justicia.

A partir de esta descripción y con base en el carácter fragmentario de las fuentes, creo posible la enunciación de la hipótesis, según la cual la intervención del pretor en materia de responsabilidad contractual, se traduce, como es habitual, en la concesión de un nuevo edicto —fundamento, a su vez, de la concesión de la *actio tributoria*—, cuyo sentido debió ser la búsqueda de un balance entre dos intereses contrapuestos. De una parte, el interés de los acreedores en contar con un mecanismo eficiente de ejecución patrimonial, adaptado a las características del patrimonio especial que se había tenido a la vista al momento de la negociación y, por otra, el de los emprendedores de controlar los riesgos de la actividad económica, por la vía de reforzar su propia limitación de responsabilidad contractual por actos de sus dependientes, fundado, precisamente en la especialidad del patrimonio que sería objeto de reparto. El edicto de *tributoria actione* constituiría, así, un eslabón en la evolución del sistema, al tiempo que un mecanismo de reducción de la complejidad existente en el contexto de la satisfacción de los créditos.

III. ¿PUEDE CONSIDERARSE A LA “MERX PECULIARIS” UN PATRIMONIO ESPECIAL?

1. *Crítica de Tiziana Chiusi al “status quaestionis”.*

Hasta antes de la publicación del trabajo de Tiziana Chiusi, parecen haber estado tranquilas las aguas en la romanística del siglo XX, al menos en este tema. Quienes hasta la fecha se habían ocupado de la *merx peculiaris* no habían tenido reparos en considerar un grado avanzado de diferenciación de la *merx peculiaris* respecto a otros conjuntos de bienes⁷. En su trabajo, Chiusi se propone revisar estas

⁷ VALIÑO, cit. (n. 5), p. 111 por ejemplo, no duda en denominar “patrimonio separado” a la *merx peculiaris*.

tesis y uno de sus resultados es, precisamente, la crítica a la idea de patrimonio especial con la que se había venido apoyando la romanística contemporánea. A juicio de la estudiosa italiana, se trata de una perspectiva que tiene su origen en la Pandectística, aunque con una importante pre-configuración en algunos autores de la Escuela Culta; los autores del movimiento decimonónico habrían dado forma definitiva la idea de que la *merx peculiaris* era un patrimonio de afectación (“Zweckvermögen”), calificación que, lejos de buscar a la reconstrucción histórica del instituto, estaría más bien orientada por el interés de los autores de asignar el significado dogmático de capital comercial o de ejercicio a dicho instituto⁸. La influencia posterior de la Pandectística explicaría la aceptación de los romanistas del siglo XX.

Chiusi, por el contrario, sostiene que, desde una perspectiva de análisis que respete las fuentes y las interprete conforme a un canon de fidelidad histórica, no puede concebirse a la *merx peculiaris* como “Zweckvermögen”, sino simplemente como un conjunto de bienes específicamente destinado a la compraventa. Para Chiusi, “las tesis que configuran al peculio o la *merx peculiaris* como patrimonios separados, queriendo evocar de este modo la idea de su autonomía patrimonial, corren el riesgo de subvalorar de hecho estos datos”⁹. La autora, se refiere a que, en su opinión, la autonomía de la *merx peculiaris*, respecto del peculio, sólo es visible ante problemas de responsabilidad y en el ámbito procesal, pero no más allá.

La argumentación de Chiusi tiene a su favor el hecho de que separa aguas entre el dato de origen romano y la aplicación que la Pandectística quiere dar a esos mismos datos, lo que le permite hipotetizar una interpretación orientada por una dogmática que aspira a responder a problemas relativos a las actividades económicas del siglo XIX. La argumentación de Chiusi se dirige, entonces, contra la interpretación de las fuentes romanas orientada ideológicamente por una concepción liberal de la economía, que se vale de dichas fuentes para la construcción de su propio sistema.

Luego, ¿hablamos de contaminación ideológica en la interpretación de las fuentes? Es posible, pero no por ello reproable. La interpretación de las fuentes romanas no permanece ajena a las premisas ideológicas de quienes, como los pandectistas, empleaban dichas fuentes en cuanto derecho vigente; de modo que si lo que buscaban era resolver problemas propios de su realidad económica, la lectura que se veían obligados a hacer de las fuentes romanas sólo podía resultar válida en la medida en que su respuesta resolviese los problemas planteados. Es igualmente posible que una lectura mucho más atenta al dato filológico pueda resultar, sin duda, más neutral y fidedigna históricamente, pero de improbable eficacia aplicativa.

La pregunta, entonces, es si pueden las fuentes romanas ser objeto de una interpretación orientada ideológicamente. Si así fuere, ¿estaríamos en presencia de un ejercicio abusivo, ajeno a las posibilidades de interpretación que el texto ofrece? ¿O no quedaría más remedio que calificar la actividad (pseud) interpre-

⁸ CHIUSI, cit. (n. 5), pp. 295 s.

⁹ *Ibíd.*, p. 333.

tativa como falsificación? Si, en cambio, aceptamos que el texto admite entre sus posibilidades una lectura ideológicamente orientada, entonces la Pandectística no habría hecho sino operar dentro de las posibilidades que las fuentes ofrecían. Un texto normativo –y las fuentes romanas no escapan a este designio– “se transforma en medio, es decir, en la totalidad de las interpretaciones a él referidas”¹⁰.

En mi opinión, las fuentes admiten la posibilidad subrayar los caracteres de autonomía y especialidad de la *merx peculiaris*, entendida como patrimonio. Existen para ello razones que podrían convencer al estudioso a permanecer en esta orientación. Comenzaré por el peculio, de modo de servirme de su concepción entre los juristas romanos, para conectar luego con la concepción respecto a la *merx peculiaris*.

2. Autonomía y especialidad del peculio.

En las fuentes romanas encontramos, por lo pronto, testimonios que indican que los juristas se sirvieron de la idea del peculio como un patrimonio especial, con el fin de reforzar la idea de su oponibilidad ante terceros. Así, por ejemplo, sabemos que esta idea se encuentra ya en una definición de peculio que debemos a Tuberón, cuya opinión habría sido seguida por Celso y Ulpiano, todo ello de acuerdo con el testimonio de este último en D. 15,1,5,4 (Ulp., 29 *ed.*): “*Peculium autem Tuberō quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur*”¹¹.

La doctrina de Tuberón viene a ser refrendada en sus líneas fundamentales por Pomponio en D. 15,1,4 pr. (Pomp., 7 *Sab.*): “*Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens [...]*”

Del pasaje es posible por el momento rescatar, en primer término, la idea según la cual existe una separación entre las *rationes* del dueño y las del esclavo. Pomponio expresa esta idea con términos que parecen remitirse casi inequívocamente a la definición de Tuberón, complementándola en cierta medida¹².

¹⁰ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad* (Mexico, Herder, 2005), p. 318.

¹¹ BUCKLAND, William, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge, The University Press, 1908) p. 188, describe al peculio como “de whole ‘property’ (*de facto*) of the slave, and thus has at least in form the character of a *universitas*”; WATSON, Alan, *The Law of Persons in the Later Roman Republic* (Oxford, Clarendon Press, 1967), p. 178, reitera la idea, valiéndose de la misma expresión (*de facto*), pero esta vez conectándola con el pasaje en análisis. Más allá del alcance de la expresión *de facto* empleada por el estudioso escocés, ella no obsta al rasgo de autonomía del que aquí se viene hablando; BUTI, Ignazio, *Studi sulla capacità patrimoniale dei “servi”* (Napoli, Jovene, 1976), estima que en este pasaje se expresa “la necesidad de la separación del *peculium* de las *rationes dominicae*”, lo cual le parece que exige una distinción “no sólo conceptual, sino de hecho, entre el patrimonio del dominus y el peculio”. Véase asimismo, lo que a propósito del análisis de este texto escribe KIRSCHENBAU, Aaron, *Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce* (Jerusalem - Washington, The Magnes Press - The Hebrew University Jerusalem, 1987), pp. 33 ss. Sobre la relación entre *peculium* y *rationes domini*, puede consultarse la monografía de THILO, Ralf Michael, *Der “Codex accepti et expensi” im römischen Recht* (Göttingen - Zürich - Frankfurt, Muster Schmidt, 1980).

¹² La idea viene ya expresada por AMIRANTE, Luigi, *Lavoro di giuristi sul peculio. Le definizioni*

El refuerzo de esta idea se puede extraer ahora de un pasaje de Florentino, que apunta a los elementos que ingresan al peculio, como se ve en D. 15,1,39 (Florent., 11 *inst.*): “*Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit*”. La expresión final (“*velut proprium patrimonium servum suum habere*”) es significativa en cuanto a aquello de considerar propio del esclavo, aunque *de facto* el peculio y lo que éste contiene. Con ello se pone de manifiesto la concepción pacífica entre los juristas romanos de la consideración del peculio como un ente autónomo y diferenciado de la *res domini*¹³.

Lo anterior es muy útil para efectos de la *merx peculiaris* y su participación de los mismos caracteres del peculio, con la salvedad de tratarse de bienes que ya se encuentran en el peculio.

3. Autonomía y especialidad en la “*merx peculiaris*”.

Hasta ahora, se ha expuesto una aproximación hacia la concepción romana del peculio en cuanto patrimonio autónomo, a fuer de especial. Parece ahora conveniente examinar hasta que punto dichas cualidades se transmiten a la *merx peculiaris*. Por lo pronto, parece lógico pensar que si el presupuesto lógico y material de la existencia de la *merx peculiaris* es el peculio como tal (de otro modo, el genitivo *peculiaris* carecería de todo sentido), ésta participaría forzosamente de las características de aquel, cuando menos, ahí donde la *merx* coincidiese completamente con el peculio. Con todo, y a diferencia de cuanto hemos visto a propósito del peculio, sobre la *merx peculiaris* los juristas no ensayan definiciones, sino, a lo más, distinciones. Los *responsa* dan la impresión de buscar diferencias específicas con el peculio, sin que les parezca necesario a los juristas reconducir esas reflexiones a la definición. Por ejemplo D. 14,4,1,2 (Ulp., 29 *ed.*): “*Peculiam autem mercedem non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod debetur accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributaria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur*”¹⁴.

Para Ulpiano la *merx peculiaris*, no debe considerarse peculio, por porque éste es la masa patrimonial que resulta después que el *pater* o *dueño* ha deducido sus

da Q. Mucio a Ulpiano, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (Milano, Giuffrè, 1983), III, p. 5. Sobre la posible paternidad de Sabino de la definición, véanse los argumentos que analiza DI PORTO, Andrea, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica* (Milano, Giuffrè, 1984), p.288 n. 60.

¹³ Es posible, todavía, traer a colación dos textos más. Me refiero a D. 15,1,32 pr. (Ulp., 2 *disp.*): “[...] *nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur*”; y a D. 15,1,47,6 (Paul., 4 *Plaut.*): “*Quae diximus in emptore et venditore, eadem sunt et si alio quovis genere dominium mutatum sit, ut legato, dotis datione, quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur, ubicumque esset*”. En ellos se observan las expresiones *veluti patrimonium* y *quasi patrimonium*, lo que da una idea de la concepción respecto de la autonomía del peculio que arraigó entre los juristas. Tales expresiones vienen a poner de manifiesto, pues una perspectiva de análisis abierta a la distinción entre masas patrimoniales y que vincula el peculio al dependiente de manera bastante explícita.

¹⁴ Véase: MICELI, cit. (n. 5), p. 335.

créditos¹⁵. Es decir, peculio es el remanente o caudal líquido que queda luego del ejercicio del *privilegium deductionis* del *dominus*. En cambio, la *merx peculiaris*, aunque nada haya en el peculio, obliga al *pater* o *dominus* en virtud de la *tributoria*, en tanto éste haya tenido conocimiento de los negocios que se realizaban con ella. En definitiva, la *merx peculiaris* sería una noción que aunque carezca de un correlato patrimonial efectivo, cumpliría de todas formas una función, relativa a la concesión de la *actio tributoria*. En este aspecto, su autonomía y diferenciación parecen operar, por consiguiente, en el plano conceptual.

Con todo, creo que la diferencia que quiere poner de relieve Ulpiano en el pasaje antes citado se vislumbra mucho mejor a partir de lo reportado en el *principium* del siguiente D. 14,4,1 pr. (Ulp., 29 ed.): “*Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur*”¹⁶. Una de las razones que tiene Ulpiano para elogiar del edicto *de tributoria actione*, tiene que ver con el procedimiento de insolvencia establecido por éste. Específicamente, esta normase distancia del *triplex edictum*—que es el señalado para hacer efectiva la responsabilidad del *pater* o *dominus* a través de la acción de peculio— en cuanto en éste “*peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit*”. Es decir, la responsabilidad del *pater* o *dominus* depende de la *aestimatio* del peculio (operando la deducción respectiva). En cambio, en el edicto *de tributoria actione* no tiene lugar esta operación de liquidación y estimación sino, derechamente, la distribución. En este sentido, es conjeturable que la afirmación ulpianea pueda entenderse en el sentido de subrayar una diferencia de carácter procesal, antes que material, en cuanto la *merx peculiaris* no se calcula, sino que se distribuye.

Ulpiano subraya que entre peculio y *merx peculiaris* existe, de hecho, una relación, que, al mismo tiempo, supone una diferenciación. Es la idea que domina el siguiente pasaje acerca de los bienes que entrarán en la distribución. D. 14,4,5,11 (Ulp., 29 ed.): “*Non autem totum peculium venit in tributum, sed id dumtaxat, quod ex ea merce est, sive merces manent sive pretium earum receptum conversumve est in peculium*”. Ulpiano, a fin de llamar la atención sobre los bienes que entran en la distribución, esboza una relación entre *merx peculiaris* y peculio, de modo de evitar un trasvase de bienes que no corresponde. En cuanto a aquellas que sí entran en la distribución, afirma: “*sive merces manent sive pretium earum receptum conversumve est in peculium*”. Al poner de relieve la existencia de dineros provenientes de la venta de las *merces peculiares*, operacionaliza las reglas de la subrogación real en la *merx peculiaris*, lo que es una consecuencia de reconocer a ésta un alto grado de autonomía, respecto del peculio.

Pero que la *merx peculiaris* tiene como condición la existencia de un peculio, no

¹⁵ Sobre este pasaje y el *ius deductionis*, véase: LAZO, Patricio, *El contexto dogmático de la “par condicio creditorum”*, en *Revista de Derecho* (Coquimbo) 17 (2010) 2, p. 90 ss.

¹⁶ Véase: WATSON, Alan, *Roman Slave Law* (Baltimore - London, The Johns Hopkins University Press, 1987), p. 93.

se discute¹⁷. Tan sólo, si acaso la cuantía que representa de ese peculio. D. 14,4,11 (Gai., 9 ed. provinc.): “[...] *Et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat*”¹⁸. Es significativo que este pasaje gayano esté relacionado con la concurrencia de acciones. Es a propósito de esta situación que Gayo refiere que las negociaciones con la *merx peculiaris* pueden constituir la mitad del peculio, su tercera parte o aún menos. ¿Y más de la mitad? Pues también: en su argumentación, Gayo quiere probar que la *actio de peculio* es más favorable a los acreedores que la *actio tributoria* y por ello, el que la *merx peculiaris* represente más de la mitad no se sirve como argumento.

Pero existe un pasaje, también de Ulpiano, en que se ponen de manifiesto dos acepciones de *merx peculiaris*, una restringida y una amplia. Se trata de D. 14,4,1,1 (Ulp., 29 ed.): “*Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum*”¹⁹. El jurista sostiene que la noción de *merx* es restringida y que ella no comparece en ciertas actividades económicas (*fullones, sarcinatores, textores, venaliciarios*), pero agrega que un texto de Pedio extendía la noción de *merx* a todas las demás actividades.

¿Qué trasfondo oculta este aparente *ius controversum* entre Ulpiano y Pedio?

Chiusi ha sostenido que aceptar como válida una u otra definición tiene consecuencias importantes. Por lo pronto, si se acepta la de Ulpiano, entonces habría que entender que la *actio tributoria* no se concedía respecto de otras actividades que las de intercambio, con las exclusiones ya conocidas. Si, en cambio, se acepta la definición de Pedio, entonces la *tributoria* sería una acción válida para cualquier negociación, la que incluiría a las actividades señaladas por Ulpiano²⁰. Pero más importante aún, sería el impacto respecto de la medida de la responsabilidad: en el primer caso, la cuantificación de la responsabilidad estaría en el límite de valor de las *merces* existentes en el lugar en que se desarrollase la actividad económica. En el segundo supuesto, en cambio, la medida de la responsabilidad, a falta de *merces*, estaría constituida por aquello que se obtuviera a causa de la actividad de los *fullones*, fuesen éstos dineros o bien otros bienes transformados²¹. Inevitablemente, esto lleva directamente al problema de la autonomía patrimonial de la *merx peculiaris*.

En mi opinión, la estudiosa italiana lleva parte de razón en su observación. En efecto, una y otra interpretación acerca de que sea, en definitiva, la *merx peculiaris* llevan, efectivamente, a tales consecuencias. Sin embargo, a diferencia de Chiusi,

¹⁷ SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, *El peculio como ente jurídico autónomo y matriz de la “merx peculiaris”*, en REHJ., 32 (2010), p. 121, lo expresa con una metáfora: “La unión de la *merx* con el peculio hace nacer la *merx peculiaris*. El claustro materno que alberga la fecundación y el nacimiento es el peculio”.

¹⁸ Sobre el verbo *negotior* y su valor como operación de intercambio y, específicamente, de compraventa, véase: PESARESI, cit. (n. 2), p. 42 n. 52.

¹⁹ Sobre este pasaje, véase: CHIUSI, cit. (n. 5), pp. 284 ss. y 314 ss.

²⁰ *Ibid.*, p. 286.

²¹ *Ibid.*, p. 286.

creo que la interpretación correcta debería concluir por aceptar que la doctrina establecida por Pedio debió transformarse en la opinión dominante, de todo lo cual Ulpiano se limitaría a dejar testimonio.

Por lo pronto, cabría preguntarse si el pretendido *ius controversum* habría conducido, en el tiempo de Ulpiano, a alguna solución adecuada a los requerimientos de los actores de la vida económica. Podríamos imaginar al acreedor de un *fullo* solicitando al pretor la concesión de la *tributoria* contra su *pater* o *dominus*, mientras éste alega, que por carecer el *fullo* de *merx pecularis* no puede concederse la acción. Y, de nuevo al acreedor, citando las palabras de Ulpiano (D. 14,4,1,2: “*etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur*”).

En mi opinión, la realidad que está dibujada en las palabras de Ulpiano no es otra, que la historia de una transformación, que tiene como artífice principal a Pedio. Lo que quiero decir es que Ulpiano da cuenta de un pasado y un presente; el primero, correspondiente a la época anterior a la de Pedio; el presente, aquel en el cual le toca vivir.

A pesar de la dificultad de establecer con exactitud la época en que Pedio vivió, los estudios apuntan en el sentido de que su arco temporal abarca desde la segunda mitad siglo I d.C. hasta la primera mitad del siglo siguiente²². Pedio, por tanto, es testigo de la vigencia del edicto en un momento de expansión de la economía romana. Si a ello agregamos que el primer jurista del que tenemos testimonio que se refiere a la *actio tributoria* es Labeón (siglo I d.C.), entonces todo indica que la tardía creación de ésta (en relación con las anteriores de *peculio vel de in rem verso*) habría encontrado a Pedio en un momento en que el edicto era ya suficientemente conocido.

A su turno, Ulpiano es suficientemente conocido y no es necesario abundar sobre su vida y obra²³. Sabemos que en la época en que vive, las innovaciones de la jurisprudencia han alcanzado un ritmo más lento y, progresivamente irán desapareciendo. Asimismo, la economía romana se encuentra en un momento de franca decadencia y ciertas medidas destinadas a modificar esta situación serían posibles. En este contexto, es probable que instituciones como el edicto de *tributoria actione* hayan decantado en cuanto a su funcionamiento y, por ello, resulta difícil conjeturar que al tiempo en que escribe Ulpiano exista la posibilidad de mirar las cosas de modo diferente a como lo propuso Pedio. Ulpiano parece, más bien, dar cuenta de la discusión en tiempos de Pedio, antes que en su propio tiempo, quizá resaltando de esa manera la contribución de este jurista. Así entendida la

²² Véase: GIACHI, Cristina, *Per una biografia di Sesto Pedio*, en *SDHI*, 62 (1996), p. 70; KUNKEL, Wolfgang, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung* (2ª edición, Köln - Weimar - Wien, Böhlau, 1967; reimpr. 2001), pp. 168 s., manifiesta lógicas zozobras acerca de la exactitud datación de su existencia, pero cree que es contemporáneo de Juliano, lo que viene a coincidir con la primera mitad del siglo II d. C.

²³ Véase: KUNKEL, cit. (n. 22), pp. 245 ss.; MAYER-MALY, Theo, s. v. *Ulpianus*, en *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (Stuttgart, Alfred Druckenmüller, 1961), 2ª serie, vol 17-I, cc. 567-569; HONORÉ, Tony, *Ulpian. Pioneer of Human Rights* (Oxford - New York, Oxford University Press, 2002); EL MISMO, s.v. *Domicio Ulpiano*, en DOMINGO, Rafael (editor), *Juristas universales* (Madrid, Marcial Pons, 2004), I, pp. 208-211.

innovación pediana, parece que puede entenderse como la que permitió la definitiva configuración de la *merx peculiaris* como un patrimonio especial. Por lo demás, esta configuración es consistente con el hecho de que, de otra manera, no tendrían lugar algunas de las operaciones propiamente patrimoniales, me refiero a las de recomposición, que ocurren cuando tiene lugar el reparto de la *merx*, según se ve a través de D. 14,4,5,5: “*Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est*”.

El pasaje sirve para responder a una pregunta de indudable valor procesal: ¿qué es lo que se debe repartir? Sabemos que es la *merx peculiaris*, pero lo que el pasaje se dirige a poner de relieve son los elementos que componen ese peculio. En este sentido el pasaje utiliza dos expresiones: “lo que se recibió de aquella mercancía” (“*quod ex eo merce receptum est*”) y lo que se recibió “por razón de aquella mercancía” (“*quod ex eo nomine receptum est*”). Obsérvese lo perseguido es la reconstrucción patrimonial y que, ella tiene lugar sobre la base de la correcta operacionalización de las categorías antes apuntadas, lo que incide directamente en una mejor o peor depende la satisfacción de los créditos.

En la interpretación de un autor, las expresiones “*ex ea merce*” (lo recibido de la mercancía) y “*ex eo nomine*” (lo recibido a causa de la mercancía) tienen un significado preciso: “a efectos de la *tributio* se incluye no sólo lo que se obtiene a través de la *merx peculiaris*, sino también lo que se adquiere para ella, mediante un negocio jurídico dirigido a incrementar su activo”²⁴; a su vez, la expresión *mercis nomine* vendría a significar “lo que se debe al sometido a raíz de los negocios relacionados con la *merx*, pero que aún no se le han satisfecho, es decir, los créditos de que dispone el *subiectus* contra el deudor con quien usualmente realiza negocios con medios de la *merx*”²⁵.

IV. CONCLUSIONES

Mirado desde esta perspectiva, parece que la configuración de la *merx peculiaris* como un patrimonio especial no es equivocada; más aún, las reglas conforme a las cuales se operacionaliza esta realidad no encuentran mejor perspectiva de análisis que ésta, es decir, la de la especialidad patrimonial.

Lo anterior tiene, a su turno, una importancia no menor, desde el punto de vista del reparto o *tributio* de esta *merx*: el desarrollo de reglas relativas a su recomposición, a efectos, precisamente de no afectar a los acreedores de la misma, permiten observar cómo la jurisprudencia romana, al dar forma a las

²⁴ ANDRÉS SANTOS, FRANCISCO, *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho romano clásico* (Valladolid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1997), p. 202. El autor, más adelante, centrando la exégesis en D. 14,4,5,11 (“*Non autem totum peculium venit in tributum, sed id dumtaxat, quod ex ea merce est, sive merces manent sive pretium earum receptum conversumve est in peculium*”) expresa que *ex ea merce* “alude propiamente tanto a la mercancía misma de que dispone el sometido para negociar, como al contravalor (*pretium*) obtenido ya a través de esa negociación y que ha pasado a formar parte de la *merx peculiaris* y, a *fortiori*, del peculio”, en tanto que la expresión *mercis nomine*

²⁵ ANDRÉS SANTOS, cit. (n. 24), p. 202.

operaciones sobre este patrimonio, contribuyeron a su perfilamiento como uno especial, llamado, por una parte, a servir de mecanismo de control de los riesgos del emprendimiento y, por otra, a reforzar el interés de los acreedores por agotar los medios de la recomposición patrimonial, a fin de recabar el menor daño posible derivado de la insolvencia que afectó a la *merx peculiaris*.

BIBLIOGRAFÍA

- AMIRANTE, Luigi, *Lavoro di giuristi sul peculio. Le definizioni da Q. Mucio a Ulpiano*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (Milano, Giuffrè, 1983), III.
- ANDRÉS SANTOS, Francisco, *Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico* (Valladolid: Universidad, 1997).
- BUCKLAND, William, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge, The University Press, 1908).
- BUTI, Ignazio, *Studi sulla capacità patrimoniale dei “servi”* (Napoli, Jovene, 1976).
- CHIUSI, Tiziana, *Contributo allo studio dell’editto “De tributaria actione”*, en *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Memorie*. Ser. IX, vol. III, fasc. 4 (1993).
- DI PORTO, Andrea, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica* (Milano, Giuffrè, 1984).
- GIACHI, Cristina, *Per una biografia di Sesto Pedio*, en *SDHI.*, 62 (1996).
- GREVESMÜHL, Götz, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht* (Göttingen, Wallstein, 2003).
- GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano* (Napoli, Jovene, 2001).
- HEUMANN, Hermann - SECKEL, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (10ª edición, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1958).
- HONORÉ, Tony, s.v. *Domicio Ulpiano*, en DOMINGO, Rafael, *Juristas universales* (Madrid, Marcial Pons, 2004), I.
- HONORÉ, Tony, *Ulpian. Pioneer of Human Rights* (Oxford - New York, Oxford University Press, 2002).
- KIRSCHENBAU, Aaron, *Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce* (Jerusalem - Washington, The Magnes Press - The Hebrew University Jerusalem, 1987).
- KROPPENBERG, Inge, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht* (Köln - Weimar - Wien, Böhlau, 2001).
- KUNKEL, Wolfgang, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung* (2ª edición, Köln - Weimar - Wien, Böhlau 1967, reimpr. 2001).
- LAZO, Patricio, *El contexto dogmático de la “par condicio creditorum”*, en *Revista de Derecho*, 17 (Coquimbo, 2010) 2.
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (3ª edición, Leipzig, Tauchnitz, 1927; reimpr. Aalen, Scientia, 2010).
- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad* (México, Herder, 2005; traducción de la edición alemana de 1993, Frankfurt am Main, Suhrkamp, a cargo de Javier Torres Navarrate).
- MARTÍN-MINGUIJÓN, Ana, *Fórmulas reconstruidas y acciones “in factum conceptae”* (Madrid, Dykinson, 2001).
- MAYER-MALY, Theo, s.v. *Ulpianus*, en *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, (Stuttgart, Alfred Druckenmüller, Stuttgart, 1961), 2ª serie, vol 17-I.

- MICELI, Maria, *Studi sulla struttura formulare delle “actiones adiecticiae qualitatis”* (Torino, Giappichelli, 2001).
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar, *La “bonorum venditio”. Estudio sobre el concurso de acreedores en derecho romano clásico* (Madrid, Dykinson, 2000).
- PESARESI, Roberto, *Ricerche sul peculium imprenditoriale* (Bari, Cacucci, 2008).
- SOZA, M^a de los Ángeles, *Procedimiento concursal. La posición jurídica del “bonorum emptor”* (Madrid, Dykinson, 2008).
- SPANN, Michael, *Der Haftungszugriff auf den Schuldner zwischen Personal- und Vermögensvollstreckung* (Hamburg, Lit, 2004).
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, *El peculio como ente jurídico autónomo y matriz de la “merx peculiaris”*, en *REHJ.*, 32 (2010).
- THILO, Ralf Michael, *Der “Codex accepti et expensi” im römischen Recht* (Göttingen - Zürich-Frankfurt, Muster Schmidt, 1980).
- VALINO, Emilio, *La “actio tributoria”*, en *SDHI.*, 33 (1967).
- WATSON, Alan, *Roman Slave Law* (Baltimore - London, The Johns Hopkins University Press, 1987).
- WATSON, Alan, *The Law of Persons in the Later Roman Republic* (Oxford, Clarendon Press, 1967).

