

ADOLFO A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES

Universidad de Murcia

EL EMBARGO EJECUTIVO
EN EL PROCESO COGNITORIO
ROMANO
(PIGNUS IN CAUSA IUDICATI CAPTUM)

Prólogo de
Ricardo Panero Gutiérrez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	7
PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	19
I. PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO	19
II. PROCESO FORMULARIO Y PROCESO COGNITORIO. DIFERENCIAS EN ORDEN A LA EJECUCIÓN. EL <i>PIGNUS IN CAUSA IUDICATI CAPTUM</i>	20
III. TERMINOLOGÍA.....	25
IV. FUENTES	25
V. BIBLIOGRAFÍA.....	27
CAPÍTULO I. POSIBLES PRECEDENTES DEL <i>PIGNUS IN CAUSA IUDICATI CAPTUM</i>	31
I. LA <i>LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM</i>	31
II. LAS <i>MISSIONES IN POSSESSIONEM</i> PRETORIAS	34
1. Similitudes entre las <i>missiones in possessionem pretorias</i> y el <i>pignus in causa iudicati captum</i>	35
2. Colisión entre <i>pignus in causa iudicati captum</i> y <i>missio in possessionem</i>	38
3. El <i>pignus praetorium justiniano</i>	39
III. <i>PIGNUS</i> CONVENCIONAL	40

	Pág.
CAPÍTULO II. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS EN EL PROCESO COGNITIVO	47
I. REGLA GENERAL SOBRE LA COMPETENCIA.....	47
II. LA PROBLEMÁTICA ALUSIÓN A LOS MAGISTRADOS DE D. 42.1.1PR.....	48
III. CARÁCTER PÚBLICO DE LA EJECUCIÓN	50
IV. ÓRGANO COMPETENTE.....	56
1. Expresiones utilizadas en las fuentes.....	56
2. Los gobernadores provinciales.....	58
3. Intervención del emperador.....	60
CAPÍTULO III. PRESUPUESTOS PARA LA TOMA DE PRENDA JUDICIAL	61
I. SENTENCIA CONDENATORIA O CONFESIÓN.....	61
1. Sentencia condenatoria. El «embargo preventivo», sin sentencia, de los bienes del ausente de <i>Nov. Iust.</i> 53.4.1	63
2. Confesión.....	66
A. La equiparación entre confesión y sentencia.....	66
B. La confesión en el <i>pignus in causa iudicati captum</i>	70
II. CARÁCTER PECUNIARIO DE LA DEUDA.....	71
III. AGOTAMIENTO DEL PLAZO CONCEDIDO AL DEUDOR PARA PAGAR.....	74
1. Establecimiento del plazo discrecional, en Derecho clásico	74
2. El plazo bimestral después del juicio en el Derecho posclásico. Litiscrecencia e intereses.....	77
3. El plazo de cuatro meses establecido por Justiniano.....	78
4. Dilaciones derivadas de la novación.....	80
IV. PETICIÓN DEL ACTOR.....	82
CAPÍTULO IV. AUXILIARES DE LA EJECUCIÓN	85
I. <i>APPARITORES Y EXSECUTORES</i>	85
1. <i>Apparitores</i>	86
2. <i>Executores dati</i>	87
3. Distinción entre ambos.....	88

	Pág.
II. FUNCIONES DE LOS EJECUTORES	93
III. RESPONSABILIDAD DE LOS AUXILIARES	95
1. Por colusión (dolo).....	95
2. Por daños.....	96
3. Criminal, por extralimitación.....	97
CAPÍTULO V. LA TOMA DE PRENDAS	99
I. LA TOMA DE POSESIÓN POR EL ÓRGANO JUDICIAL.....	99
II. OBJETO DEL EMBARGO	100
1. Posibilidad de embargar cosas futuras.....	100
A. Frutos	101
B. Partos de las esclavas.....	103
C. Accesiones.....	104
2. Indivisibilidad del <i>pignus in causa iudicati captum</i>	106
III. ORDEN PARA PROCEDER	106
1. Formulaciones generales sobre el orden de proceder.....	106
2. Análisis de las diversas clases de bienes	114
A. La especial consideración del dinero.....	114
B. Bienes muebles y animales	120
C. Inmuebles	124
D. Derechos.....	126
E. Créditos.....	131
a. Posibilidad de embargar créditos	131
b. La exigencia de que los créditos fuesen confesados por el deudor para ser tomados en prenda.....	136
F. Premios y coronas.....	137
G. Estipendios militares.....	141
H. Créditos por alimentos.....	142
CAPÍTULO VI. CONSERVACIÓN DE LOS BIENES Y CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EL CURSO DE LA EJECUCIÓN SOBRE SU TITULARIDAD, O DERECHOS PREFERENTES SOBRE ELLOS	143
I. CONSERVACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS.....	143
II. CONTROVERSIAS SUSCITADAS TRAS LA TOMA DE PRENDAS.....	145

	Pág.
1. Sobre la titularidad de los bienes tomados en prenda («tercería de dominio»)	147
2. Sobre preferencia de derechos reales sobre los bienes tomados en prenda («tercería de mejor derecho»)	153
CAPÍTULO VII. REALIZACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS...	159
I. EL PLAZO BIMESTRAL POSTERIOR A LA TOMA DE PRENDA...	159
II. VENTA EN PÚBLICA SUBASTA O ADJUDICACIÓN AL EJECUTANTE.....	160
1. Venta en pública subasta	160
A. La subasta de los bienes pignorados.....	160
B. ¿Debía ser justo el precio de venta de las cosas tomadas en prenda?	167
C. Responsabilidad de los ejecutores por malbaratar los bienes embargados.....	176
D. Maniobras del ejecutado en connivencia con los postores....	181
2. Adquisición por el ejecutante del bien embargado	182
A. Por acuerdo voluntario.....	182
B. Adquisición por el ejecutante cuando no se hallaba comprador idóneo	183
CAPÍTULO VIII. POSIBLE FRUSTRACIÓN DE LA REALIZACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS	199
I. EL IMPAGO DEL PRECIO POR EL REMATANTE	199
II. LA EVICCIÓN DEL REMATANTE	207
BIBLIOGRAFÍA.....	223
ÍNDICE DE FUENTES	231

PRÓLOGO

Es difícil prologar un libro, sin que, al menos en la forma, se incida en lo tópico, manido o estereotipado y que, además, resulta exigido por unos usos y cortesía académica asumidos por todos. Así, bajo un prisma objetivo, es obligado destacar la originalidad, el interés y la bondad del trabajo prologado, y bajo otro subjetivo, la labor seria, destacada crítica, conocimiento idiomático y bibliográfico, rigor y minuciosidad en los aspectos metodológicos de que hace gala su autor. En todo caso, se deben reflejar los vínculos afectivos existentes entre quien prologa (mandatario) y quien lo solicita (mandante) pues, como recuerda PAULO (XXII ad Edictum) D. 17.1.1.4, todo «mandatum [...] originem ex officio atque amicitia trahit». Paso a observar, procurando transmitir, al que leyere, la inexistencia de divorcio entre el texto prologado y los comentarios de quien prologa, asumiendo así, el correspondiente onus probandi pues, continuando con PAULO (LIXad Edictum) D. 22.3.2: ei incumbit probatio qui dicit.

Proclamo, hic et nunc et coram populo, mi afecto por el autor de lo prologado, partiendo de su propia filiación. Si como decía ARISTÓTELES, actualizado por GROCIO y convertida, su idea, en locus communis por HEINECIO, «el cariño primero descende, después asciende y luego se extiende», profeso una antigua y estrecha amistad, con quienes más quieren al autor; sus progenitores, ambos docentes en la Universitas Studiorum Murciana, en la que participé, como miembro componente del tribunal juzgador, en el acto solemne de la lectura y defensa de su tesis doctoral (junio, 2012), que mereció la máxima nota de sobresaliente cum laude.

Tras este obligado y sentido exordio, paso a lo que podría, tal vez, calificarse como: «las generales de la ley» y que, respecto a su trabajo, cabe concretar, bajo un prisma que intenta ser objetivo en los aspectos de: A) originalidad; B) interés y C) bondad.

A) *Su originalidad, se manifiesta ante el hecho, constatable, e inusual en Derecho romano, de la escasa producción científica concerniente al pignus in causa iudicati captum y se resume en las tres observaciones bibliográficas siguientes. La primera, es que en la doctrina española no hay monografía alguna y sí un breve «Bosquejo (17 páginas) poco conocido y jamás citado», como señala el autor, debido al profesor de Sevilla Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ, del año 1949. La segunda observación anunciada es que, desde finales del siglo XIX y durante el siglo XX, en el resto de la romanística europea sólo hay dos trabajos que tratan, en concreto, del tema: uno publicado en 1896 y 102 páginas del discípulo de Wlassak, Max FLEISCHMANN (Pignus in causa iudicati captum. Eine civilistische Studie), y otro de Wieslaw LITEWSKI, de 1975, de 97 páginas de extensión, que reproduce, como título, la denominación latina supradicha. En fin, la última aportación conocida se presenta en formato electrónico (diez páginas); su autoría es de Alexey RUDAKOV (Berkeley, 2011), estudio elementalísimo y puramente divulgativo, que, tras la obligada referencia de Pignus in causa iudicati captum, añade como subtítulo: And Execution of Judgement according to postclassical Roman Law.*

B) *Esta constatada originalidad no implica que el tema que afronta el autor carezca de interés. Lo tiene y no sólo para la propia historia de las estructuras dogmáticas en Derecho romano, sino también para las del Derecho actual, evitándose, así, una disociación, con frecuencia denunciada y cada vez más sentida, entre los estudiosos. Se podría resumir diciendo que el autor hace un esfuerzo por hermanar, como hacía el praetor, en su Edicto, «Tradición y progreso». Dentro de este enfoque, si descendemos un peldaño más, cabe recordar algo, de sobra sabido pero que, con frecuencia olvidado, debe, ahora, tenerse muy presente. A saber: 1) que la investigación romanista, siempre se ha interesado por el proceso, pues no en vano el Derecho romano (así lo etiquetó, con acierto, RABEL en 1915) es un «sistema de acciones», y éstas, materialmente, no otra cosa que la defensa de nuestro derecho, hoy diríamos subjetivo, facultas agendi, cuando es desconocido por alguien; y 2) que es notorio que dicha investigación ha estado más atenta a lo clásico que a lo posclásico o justiniano, cuando, a riesgo de reiterar lo obvio, ha sido esto y no aquello lo que más ha influido en el actual derecho sustantivo y procesal. En conclusión: no sólo se considera convincente el interés del tema para el estudio del Derecho procesal de hoy, como recurso jurídico similar al embargo definitivo en ejecución de sentencia, sino igualmente la razón esgrimida, en este sentido, por el autor, o sea, la propia utilidad práctica para la abogacía (utilitas iuris prudentium), que se destaca en su Introducción («Propósito de este estudio»). Otro ítem sería: las muy frecuentes citas, consignadas en no menos de 40 notas, alusivas a distintos preceptos del CC, LEC, LH, RH e incluso al Derecho autonómico (catalán y navarro). Estas referencias, de por sí, son pruebas más que suficientes, a nuestro juicio, que avalan un interés jurídico actual*

del trabajo en lo sustantivo y en lo adjetivo, y que nos liberan de un mayor abundar en este aspecto, sin preterir lo atractivo que resulta en las fuentes como señala el autor, en su Introducción («Terminología») la distinción entre el embargo y la prenda convencional.

C) En cuanto a la bondad de la monografía los adjetivos sólida, perfecta y válida, son los que, a nuestro juicio, mejor la resumen y califican.

a) Solidez de la obra. «Sólida», en el sentido del solidum latino, con su significado de compacto, macizo, sin fisura, como, parafraseando a BIONDI (Arte y Ciencia del Derecho), produce el uti frui, en la nuda proprietas (I.2.4.1) a través de la consolidatio (I.2.4.3) convirtiéndola, y así la designa PAULO, en plena. El trabajo elaborado por el autor se presenta, a juicio de quien esto suscribe, plenamente consolidado.

b) Perfección. Muy ligado a lo anterior y siguiendo sus mismas pautas terminológicas, «perfecta» es el segundo calificativo que sugiere la lectura de esta obra. «Perfecta», obviamente, no en un sentido vulgar e inadecuado, que conduciría al absurdo de que algo no es susceptible de mejora, sino con un significado más técnico y acorde con su origen en el que, séame permitido detenerme, mínimamente. Construido, como es en nuestro caso, con «Ser»..., perfecto, dicitur de lo que tiene, en general, todas las cualidades deseables, aplicándose gramaticalmente, a un tiempo verbal que expresa una acción terminada. Estas dos vías, actuales, son las que interesan y nos permiten recordar que su procedencia se anuda al significante verbal latino perficio, convertido, en su conjugación participial o forma adjetivada en sus tres terminaciones perfectus, a, um, y resultando significante, dentro de su polisemia, apto para representar los valores de terminado, completo o acabado. En efecto, así puede considerarse, en nuestra opinión, el trabajo que se me ha encomendado prologar, lo que trae argumento, no sólo de una lectura, que a nuestro juicio posibilita tal afirmación, sino teniendo muy presente un proceso de gestación adecuado, antes del alumbramiento, a lo largo del cual ha alcanzado madurez. En síntesis, siguiendo con las comparaciones, se trata de partus perfectus, parafraseando a PAULO (XIX Responsorum) en D. 1.5.12, o sea, acaecido pleni temporis.

c) Validez. Lo compacto y acabado se convierte en válido, si a lo expuesto se recuerda haber sufrido y superado una serie de filtros sucesivos de reconocidos investigadores. Primum, de los codirectores, los profesores Antonio DÍAZ BAUTISTA y Juan Ramón ROBLES REYES, de lo que, ab initio, fue embrión de tesis doctoral, partus nondum editus en palabras de PAPINIANO (XIX Quaestionum) D. 35.2.9.1, y de inde, al de otros especialistas de Derecho romano y Derecho procesal (caso de los profesores Armando TORRENT RUIZ, de la Universidad Rey Juan Carlos; Esteban VARELA MATEOS, de la Universidad Autónoma de Madrid; Consuelo CARRASCO GARCÍA, de la Universidad Carlos III y Mónica-Galdana PÉREZ MORALES, de la Universi-

dad de Murcia) que, por nombramiento de la Comisión General de Doctorado de la propia Universidad de Murcia, junto a quien esto firma, con sus observaciones, sugerencias y reflexiones críticas habilitaron aquel trabajo, al considerar que había tomado la forma necesaria, posibilitando, así, que lo concebido por el doctorando como tesis doctoral, y tras la correspondiente revisión, pudiera a través de este librum edere, tenerse como monografía (GAYO 2,203) in rerum natura o (ULPIANO, XLI Ad Edictum, D. 37.9.1) in rebus humanis.

Acabadas las consideraciones objetivas, a nuestro juicio, exigibles en un prologo de corte tradicional, es obligado realzar, respecto al autor, su labor seria y responsable que se asienta en unos muy destacados conocimientos idiomáticos, un soporte bibliográfico adecuado, unos presupuestos metodológicos asumibles, en nuestro caso, por ser de Derecho romano y una, familiarización con los recursos e instrumentos lingüísticos y latinos imprescindibles, que demuestran, con suficiencia, un rigor y minuciosidad crítica que juzgo sobresaliente. A todo ello paso a referirme.

Un aspecto encomiable en este libro es el conocimiento y familiarización de que hace gala su autor de las lenguas modernas fundamentales en el quehacer romanístico (castellano, italiano, francés, inglés y alemán) para lo que basta un simple ojear y hojear sus notas y aparato bibliográfico. Permítasenos dos matices con relación a la última y la primera de las lenguas citadas. En el concreto caso del alemán, su conocimiento cabe calificarlo, con plena propiedad, de dominio. Basta para justificarlo dos observaciones. La primera es general, y está representada no sólo por las cerca de doscientas referencias en este idioma transcritas en sus notas, sino de sus más que frecuentes tomas de postura, a favor o en contra de doctrina, en los distintos puntos a debate, amén de los correspondientes comentarios críticos, en castellano, en la mayoría de aquéllas (sirvan de ejemplo las notas 26 y 27 del capítulo VI, dedicadas a VON DER FECHT y LITEWSKI, respectivamente). En cuanto a la segunda observación, en particular, me remito, por su sencillez y la carga terminológica que comporta a la nota 44 del capítulo V, en donde el autor polemiza con BETHMANN-HOLLWEG sobre el uso del significante verbal deponieren y su más correcto significado jurídico en el particular contexto en el que figura, bien como depósito, depósito irregular o mutuo.

Respecto al castellano, puede sorprender que se destaque el que alguien hable con corrección su propia lengua. Sirva de lenitivo, o atenuante, que quien esto suscribe pertenece a una universidad, mi muy querida Universidad de Barcelona, en la que por culpa de un bilingüismo malentendido y políticamente peor intencionado, el verbo «hacer» se convierte, con frecuencia, en factotum y, por una pésima traducción, se destroza la lengua común de todos los españoles y se llega, en el colmo de lo absurdo, a «hacer un pensamiento», como sinónimo de considerar algo con seriedad,

razonar, meditar o tomar una decisión reflexionada. Esto hace que valore las «letras» del autor en lo mucho que se merecen, e invoque y recuerde que, pese a que el mundo en que se mueve nuestra sociedad sea el de los números, son las palabras escritas, y no éstos, guarismos grafiados, las que siguen siendo, como diría LATORRE, «las armas del jurista». En definitiva, a lo largo de toda la obra se aprecia un uso, destacado y destacable, variado y preciso, de los verbos de entendimiento, lengua y sentido, y así, por caso, también, incluso en un mismo punto (p. 72) al tratar de la opinión de BETHMANN-HOLLWEG y las condenas que, apartándose del carácter pecuniario, impusieran un facere, en tres líneas usa, con propiedad, los verbos: «descartar»; «argumentar», «concluir» y «afirmar», en su modo indicativo y la tercera persona de su presente.

Pasemos al aparato bibliográfico. En él, amén de las monografías de FLEISSCHMANN y LITEWSKY, únicas que tratan en profundidad el tema, la de VON DER FECHT, que lo hace incidentalmente y las aportaciones de GUTIÉRREZ DE ALVIZ y RUDAKOV, que lo tratan de manera muy sumaria, de todo lo que, no sólo da noticia, sino enjuicia críticamente el autor, en Introducción. («Bibliografía»), otro aspecto que creemos destacable es el concierne a las obras de Instituciones, que le sirven de base y guían el desarrollo de su obra. Permítasenos precisar algo este vocablo, pues pretendo referirme a las obras fundamentales de Derecho romano, Instituciones, según terminología justiniana en Constitutiones: Imperatoriam maiestatem 3 y 4; Tanta 11 y Omnem rei publicae pr. Por simplificar, los Manuales de Derecho romano que suele adoptar el autor como punto de partida, denotan la escrupulosa elección de sus auctores, en uno de los tres sentidos latinos, del término: en concreto, en el utilizado por ULPIANO (XXV ad Edictum) y que se refleja en D. 50.17.137 facultando su uso para designar a las personas cuya intervención da validez a un acto o negocio. En este aspecto merece destacarse: por los españoles, Alvaro D'ORS (y su Derecho Privado Romano); por los alemanes, Max KASER (y sus Das römische Privatrecht y Das römische Zivilprozessrecht) y entre los italianos, Edoardo VOLTERRA (y sus Istituzioni).

En cuanto a los aspectos metodológicos, si método, decía Ángel LATORRE, es «camino»; éste, me permito apostillar a mi maestro, debe conducir a algún sitio; obedecer a un plan y revestir un interés. Sobre tales premisas, resumiré diciendo que me parece correcto el plan de trabajo que desarrolla el autor; y, a tenor de lo expuesto, séame permitida una triple puntualización: 1) Nada que objetar, metodológicamente, a un trabajo procesal de corte dogmático y al empleo en él de un método histórico crítico, que resulta obligado, pues lo primero descansa en su base (Ius Romanum) y lo segundo acompaña a todo tipo de investigación y es consustancial a una rigurosa exégesis de las fuentes. 2) En este punto, en concreto en materia de alteraciones textuales, el autor huye, ab initio, y así lo explica en su Introducción («Fuentes»), del hipercriticismo superado y, a contrario, parte, en

términos de KASER, de un marcado Konservativismus. Por último, como 3), se debe advertir que estando, sin duda, ante un trabajo de investigación y tendiendo a lo jurídico actual, sin pretender, sensu strictu, una Dogmengeschichte bajo los presupuestos formulados por ROSSHIRT, en 1853, en modo alguno hace dogmática retrospectiva, lo que debería descartarse en trabajos de la naturaleza del que nos ocupa. Para fundamentar, aún más, lo expuesto me limitaré a recordar ad exemplum la polémica de la que da noticia, en el cap. VIII, apdo. I, entre BORTOLUCCI, SANFILIPPO y TALAMANCA, a propósito de D. 42.1.15.7.

A lo largo de esta monografía, a cuya lectura se ha dedicado toda la atención y empleado el mayor detenimiento de que hemos sido capaz, si se permite el símil, analizándola, como los viejos glosadores: letra por letra; palabra por palabra; línea por línea y frase por frase, tres aspectos se ponen de relieve, de cuya particular noticia y pormenorizada justificación, a través de algunos ejemplos pasamos a dar noticia y conducen a la conclusión de que se está ante una obra seria y rigurosa. El rigor y minuciosidad de que hace gala el autor se desprende, entre otras muchas, de las siguientes referencias: a) en la nota 20 del capítulo II, cuando trata de C. 8.15.2, advierte que la lectura que acepta KRUEGER, basada en el manuscrito Casinas, dice praesidi pero que el propio KRUEGER recuerda, en el aparato crítico, que en el berolinense se sustituye por praedia vel; b) en la nota 10 del capítulo III, al analizar «el embargo preventivo sin sentencia de los bienes del ausente, Nov. 53.4.1», precisa que sigue la traducción latina del texto griego de SCHÖLL y KROLL, y que la del Authenticum, y, por tanto, la española de GARCÍA DEL CORRAL presenta alguna diferencia de matiz; c) en la nota 74 del capítulo VII, al examinar C. Th. 3.2.1 = C. 8.34.3.pr. expone la discrepancia entre la Edición de KRUEGER del Codex, que considera la constitución del año 326 y la de GARCÍA DEL CORRAL, que la sitúa en el 320; d) en la nota 62 del capítulo VIII, donde alude a las dos notas precedentes que reproducen, respectivamente, C. Th. 11.9.2 y C. 4.46.3, pone de relieve que se observan ciertas variantes sobre la Constitución que, dirigida a Egnacio Faustino, datada en el año 337, pri. id. Dec (= día antes de los Idus = 12 de diciembre) se atribuye a Constantino, cuando éste había muerto siete meses antes (22 de mayo de 337) y explica, acto seguido, la procedencia de los datos que utiliza, manifestando que así se indica tanto en la transcripción del Theodosianus que da la base de datos Bibliotheca Iuris Antiqui (BIA); como en la edición de KRUEGER del Codex Iustiniani y también en la edición española de GARCÍA DEL CORRAL; e) el tomar como base el curriculum vitae de Triboniano (p.189), centrado en el desempeño de sus cargos de magister officiorum (528) y quaestor sacri palatii (desde fines del 529).

Sin abandonar las fuentes, me centraré, lógicamente, en las latinas y en algunos aspectos relativos a la lingüística en general. La pluralidad de significados de un mismo significante, polisemia que ya puso de relieve el

padre del moderno estructuralismo, Ferdinand SAUSSURE, la distinción metodológica entre estado actual de una lengua (sincronía) y descripción de su evolución histórica (diacronía), que conduce a la contraposición entre paradigma valores in absentia, metáforas y sintagma (valores in praesentia) y metonimias, resultan conocidas y advertidas por el autor, en sus consideraciones terminológicas y aplicadas a lo largo de su obra. Sirvan, sin carácter exhaustivo, ad exempla, algunas aplicaciones puntuales en materia de: a) traducciones e interpretaciones; b) algunas correcciones, obviamente mínimas, que exige la fijación del texto, y c) no pocas matizaciones.

A) En cuanto a las traducciones e interpretaciones, sirva de mero recuerdo, las de: a) confessio (nota 11, cap. III) por confesión, pese a su falta de total equivalencia en nuestro Derecho procesal moderno; b) possessio (nota 11, cap. V) en C. 7.65.5.2, por el de su objeto, o sea, «la cosa poseída», sentido más vulgar que técnico como sería el ejercicio de hecho de un derecho; c) sententia (nota 29, cap. V) por providencia, a tenor de una interpretación sistemática, con la conclusión de que no se alude a un mero trámite procesal, que pusiera incluso fin a un litigio, sino al de la ejecución de una sentencia recaída en un procedimiento civil; d) habere (nota 20, cap. VI) en D. 42.1.15.4, para, a contrario, señalar que ésa no era la posición jurídica del tercerista triunfante, abandonando pues su sentido habitual («tener en propiedad = habere rem»); e) cognoscere (también en D. 42.1.15.4) considerado como función procesal, en el procedimiento cognitorio, más propia del magistrado-juez que de un exsecutor, con quien podría concordar también morfológicamente en el texto latino, pero cuyos cometidos, como ejecutor, podrían ser de carácter más auxiliar y su aplicación más forzada; f) proiecerunt (nota 32, cap. VII) que, tras unas oportunas consideraciones iniciales sobre su campo semántico, proyecta hasta las versiones castellanas más difundidas, algo decimonónicas si se me permite la apostilla, de «malbaratar» y «malvender»; g) en fin, por no hacer la historia interminable, el necesario análisis morfológico para la correcta traducción de pigneraverit (p. 189) en C. 8.33.3.1 (De iure domini impetrando) como pretérito perfecto de subjuntivo; futuro perfecto (o futuro II), pues no es lo mismo que alguien empeñe una cosa, la empeñen sin concurso de su voluntad o, incluso, se postule una voluntaria indefinición (si alguno tuviera una cosa empeñada) que abarcaría las dos situaciones anteriores.

B) Por lo que respecta a las correcciones, baste traer a colación las: a) de exercitor por exsecutordatus (nota 17, cap. IV); b) de mandatorum (nota 31, cap. V) por la exigencia, ad sensum, de un significado que evoque la representación mental de fiadores o mandantes de crédito y no de mandatarios y c) de Marcelo por Marciano (nota 33, cap. VI) a quien corresponde la obra liber singularis de delatoribus, que aparece en la inscriptio del fragmento: D. 49.14.22.1 (Rúbrica de iure fisci). A caballo entre traducción y corrección y en plena sintonía con las distinciones postuladas

por SAUSSURE [Ulpiano III de officio consularis, en D. 42.1.15.2 (p. 120)], relativo al orden de proceder al embargo de los distintos bienes, el autor postula una evolución diacrónica de moventia, respecto a mobiles et animales (sólo restringido a éstos) y adopta una prudente postura sobre si deben considerarse indicio, o no, de alteración textual.

C) Particular interés revisten, por último, las constantes matizaciones, por ejemplo, sobre: a) infitiari, en C. 4.15.3 y negare en D. 42.1.15.9 (Ulpiano III de officio consulis) que puede ser tanto negación, como oposición procesal; b) capere, en D. 9.2.29.7 (Ulpiano XVIII ad Edictum, colocado por los compiladores en sede de lex Aquilia) en materia de la conservación de los bienes embargados y que pudieran quedar en poder del ejecutado, y c) de la adversativa tamen en C. 8.22.3) y la realización de los bienes embargados; o, en fin, d) de porrigere manus (en D. 42.1.15.7) para designar que no era la situación del tercerista triunfante (dominical), sino la del comprador a quien se le habían adjudicado las cosas tomadas en prenda por el juez ejecutante, cuando no pagaba el precio de venta en pública subasta (VIII.1.pr).

Se observa, sin más, una solidez metodológico-crítica destacable en la monografía que se acredita en los cuatro siguientes puntos.

A) En la nota 2 del capítulo VIII, la digresión y sensata toma de postura, al tratar de un exequente iudice y el debate sobre su configuración morfológica como ablativo absoluto (mientras el juez ejecuta la sentencia) o ablativo agente sunt addicta (por el juez ejecutante o encargado de la ejecución)... y, todo ello, como consecuencia de la falta de una coma entre las palabras addicta y exequente que no aparece en la edición de MOMMSEN al transcribir Ulpiano III de officio consulis D 42.1.15.7. B) Otro tanto cabría decir (nota 1, cap. VIII) sobre la inscriptio del fragmento referido y su prudente actitud cuando, sin rebatir la posición de LENEL y MOMMSEN y el sentir de ambos según el cual debe restituirse consul y consules cada vez que se haga referencia a iudex o iudices, mantiene que ULPIANO, a lo largo del fragmento no está pensando en el cónsul de la república y sí en los jueces funcionarios (me permitiría apostillar magistrados-jueces) de la cognitio. Matiza el autor que el fragmento procede de uno de los libros de officio consulis de ULPIANO, pero que quizá éste alude a la magistratura consular, reverentia antiquitatis. C) O, en fin, siguiendo con el kronos (notas 35, cap. II, y 94, cap. V) al tratar de un rescripto referido en Ulpiano (III de officio Consulis) en D. 42.1.15.1, por el que los gobernadores provinciales podían también ejecutar en su territorio las sentencias dictadas en Roma, si así se les hubiese mandado, sus consideraciones sobre la fecha (198-209) de su publicación a) por el imperator noster cum patre...; b) las referencias cronológicas a Septimio Severo, Geta y Caracalla; c) por qué Ulpiano no se refiere a Severo como divus pater al ser divinizado por su muerte; d) por qué tampoco existe en la alusión Ulpiniana la referencia

a frater y la posible incidencia moral por el fratricidio de Geta: (Non tan facile parricidium excusari potest quam fieri que se atribuye a PAPINIANO)... son aspectos, ya no sólo críticos y que acreditan a un investigador, sino que denotan la solidez de unos conocimientos a los que ya nos hemos referido.

Dice nuestro CC (1718) que el mandatario, por la aceptación, quedará obligado a cumplir el mandato (así lo he hecho) y que en este cumplimiento debe exigirse: no traspasar los límites del mandato, aunque no se considerarán traspasados si el mandato es cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste (1715) (no es el caso) y que debe arreglarse a las instrucciones del mandante, haciendo, a falta de ellas (no las he recibido) todo lo que según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia (1719). A los tres preceptos he intentado dar cumplimiento a través de las líneas precedentes, intentando eludir un egrreditur mandatum y observar, con el mayor escrúpulo, el officium, la fides y la amicitia que, en Roma, el mandato comporta y se exige en una obra sobre este Derecho.

Ricardo PANERO GUTIÉRREZ
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Barcelona

INTRODUCCIÓN

I. PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO

El *pignus in causa iudicati captum* fue el mecanismo elegido para la ejecución de sentencias de condena dineraria durante un largo periodo temporal: al menos desde los tiempos de Antonino Pío hasta la época de Justiniano. Pero este procedimiento ejecutivo perduró en el tiempo, llegando a configurar el sistema habitual de ejecución en los ordenamientos de nuestros días y, por supuesto, en el Derecho procesal español. Fue, precisamente, nuestra experiencia profesional en el ejercicio de la abogacía durante más de una década la que nos inclinó hacia el estudio de esta institución romana; no solamente porque la vigente legislación procesal reproduce, con gran fidelidad, la estructura del *pignus* judicial romano, sino, más aún, porque las fuentes jurídicas de Roma todavía nos aclaran muchos aspectos sobre problemas de la práctica cotidiana¹.

En la actualidad el procedimiento para el embargo y enajenación de bienes del ejecutado encuentra, con demasiada frecuencia, obstáculos y disfunciones que frustran su efectividad, perjudicando tanto los intereses del ejecutado como los del ejecutante. En bastantes casos, derivan tales inconvenientes de interpretaciones judiciales que se apartan de la tradición romana².

¹ En este tema, como en casi todos los que componen el vasto panorama de la Ciencia jurídica, resultan plenamente aplicables las palabras de PANERO: «Conocer el derecho vigente es sólo hacerlo de una etapa de la formación jurídica en constante evolución; [...] prescindir de los momentos anteriores de aquél implica no sólo desconocer las causas del actual derecho positivo [...] sino lo que es más importante desde el prisma que nos ocupa, no «comprender» su esencia». PANERO GUTIÉRREZ, R., *El Derecho romano y la formación del jurista*, Barcelona, PPU, 1998, p. 56.

² Como afirma TORRENT, «[...]se presenta la exigencia de reformular las relaciones entre historia y dogmática volviendo los ojos a la ciencia del derecho fatigosamente elaborada durante tantos siglos, y por ello tengo la convicción de que la utilidad de nuestros saberes romanísticos

Estamos convencidos de que la drástica reducción que ha sufrido la enseñanza del Derecho romano en los últimos años³ traerá aparejado un descenso en la formación general del jurista profesional, cuyas consecuencias pronto comenzarán a advertirse en la práctica jurídica.

II. PROCESO FORMULARIO Y PROCESO COGNITORIO. DIFERENCIAS EN ORDEN A LA EJECUCIÓN. EL *PIGNUS IN CAUSA IUDICATI CAPTUM*

La larga peripecia histórica del Derecho procesal romano conoció tres periodos: el primitivo de las *legis actiones*, el proceso *per formulas* y la *extraordinaria cognitio* o *cognitio extra ordinem* propia de la época imperial, que prefigura el desarrollo del proceso en los ordenamientos modernos. El tránsito de uno a otro sistema no se produjo de modo súbito, ni debemos identificarlos, de manera rotunda, con los tres periodos en que, de modo habitual, acotamos el estudio del Derecho romano: arcaico, clásico y pos-clásico⁴. Del mismo modo que durante un largo periodo⁵ coexistieron las *legis actiones* y las *formulae*⁶, en plena época clásica se produjo la aplicación simultánea del sistema formulario y el cognitorio⁷.

puede encontrar consistencia no en una despotenciación de su dimensión histórica en función del soporte para el análisis de institutos y categorías del derecho positivo, sino a través de la acentuación de tal dimensión, o como dijo Orestano, tomando la experiencia jurídica romana y la subsiguiente tradición romanística intermedia y moderna como elemento concreto y operante de la experiencia del presente». TORRENT, A., *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune europeo*, Madrid, Edisofer, 2007, p. 297.

³ Vid. CARRASCO, C., «Universidad y sociedad: el Derecho romano ante el espacio europeo de educación superior», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 11 (2007), pp. 95-106.

⁴ El tema de la periodificación ha sido muy debatido en la romanística, sin que podamos en este lugar agotar la exposición de las diferentes posiciones. Todos coinciden en distinguir, con un símil biológico, entre una primera fase germinal o embrionaria, una segunda de madurez y una tercera de decadencia, a la que se añadiría el periodo justiniano. Las divergencias suelen recaer sobre los dos momentos «crepusculares» de la época clásica. Su comienzo suele referirse al inicio del Principado de Augusto, aunque otros lo adelantan a la aparición del proceso formulario, con la *lex Aebutia* hacia el 130 a.C. En cuanto al final, es habitual situarlo con Constantino, pero hay quien lo adelanta al comienzo de la Tetrarquía. Un estudio en profundidad puede encontrarse en BERNAL GÓMEZ, B., «Los periodos en la historia del Derecho romano», en ROSET ESTEVE, J. (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, vol. 2, 1988.

⁵ Según un amplio sector doctrinal, desde la *lex Aebutia* del 130 a.C. que sustituyó la fórmula oral de la *condictio* por una escrita, hasta la *lex Iulia de iudiciis privatis*, del 17 a.C. en que Augusto dio carácter legítimo al sistema formulario. Vid. *Gai.* 4.30: «*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigemus.*»

⁶ Este periodo de algo más de un siglo es considerado por unos como todavía arcaico, por otros como clásico temprano y por otros como «preclásico».

⁷ La intervención imperial en las funciones jurisdiccionales pudo comenzar con la propia instauración del Principado por Augusto; es significativo el testimonio que proporciona *Suet.* 5.12.1 cuando, recordando el buen gobierno de Claudio, afirma que «consiguió con ruegos»

Como señala WENGER, el tránsito se realizó lentamente y conservando los formalismos del Derecho antiguo, como correspondía al espíritu conservador romano. Lo fundamental de la *cognitio*, no está, para estos autores, en la forma como el juez conocía el contenido del litigio (*formulas*), sino en la intervención de jueces con jurisdicción pública, titulares del *imperium*, o poder soberano del Estado, que tenían la facultad de conocer de todo el proceso hasta la sentencia⁸.

Tradicionalmente la doctrina retrasaba la aparición de la *cognitio* a los últimos tiempos del Principado, pero este surgimiento fue mucho más temprano de lo que se pensaba, puesto que, desde la época de Augusto, se aplicaba excepcionalmente a ciertos casos⁹, sustanciándose ante funcionarios imperiales o magistrados especializados. En tiempos de Adriano, es decir, en el siglo II d.C., era ya la *cognitio* el procedimiento habitual¹⁰ y, si bien los jurisconsultos seguían utilizando la plantilla del proceso formulario para sus *responsa*, se advierte en sus textos la presencia del nuevo sistema procesal, especialmente cuando comentan los rescriptos imperiales, que, no lo olvidemos, estaban inspirados por ellos mismos¹¹.

En el procedimiento formulario existía una fase, *in iure*, en la que hacía el magistrado un análisis formal del litigio, examinando los presupuestos

(*precario exegit*) que fuesen válidas las decisiones que establecieran sus procuradores al juzgar, es decir, al pronunciar las sentencias («[...] *utque rata rata essent quae procuratores sui in iudicando staterent, [...]*») y, a continuación (5.12.2) dice que «con frecuencia intervenía en el conocimiento de las causas de los magistrados, como si fuese uno de sus consejeros» (*Cognitionibus magistratum ut unus e consiliariis frequenter interfuit*). Por una parte, habla de sentencias pronunciadas por sus *procuratores*, es decir, de una evidente *cognitio extra ordinem*, y, por otra, de una intervención imperial en las *cognitiones* de los magistrados, lo que se refiere al procedimiento formulario. Pero, en este último caso parece que el emperador se mostraba formalmente respetuoso con la magistratura, actuando como simple *consiliarius*.

⁸ JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, 2.^a ed., PRIETO CASTRO, L. (trad.), Barcelona, Labor, 1937, p. 537.

⁹ VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1974, p. 251, después de haber mantenido el origen provincial de la *cognitio extra ordinem*, afirma: «*Anche in Roma e in Italia, sin dal primo secolo, si applicava la procedura extra ordinem nelle controversi fra privati, dapprima in via eccezionale in materie espressamente contemplate dalla legge [...]*». Entre estas materias estaban las reclamaciones de fideicomisos, de *bona caduca*, de alimentos entre cónyuges, honorarios de profesiones liberales, promesas públicas (*pollicitationes*), cuestiones de tutela, procesos sobre estado civil, o *querella inofficiosi testamenti*.

¹⁰ KASER, M., *ZPR*, par. 66, I, p. 436, señala que el proceso formulario fue formalmente abolido en el siglo IV, aunque, en la práctica, finalizó con Diocleciano, aplicándose en solitario el procedimiento cognitorio. Poco antes, afirma que este procedimiento «funcionario» tenía todavía en el Principado carácter extraordinario y complementaba al procedimiento formulario «ordinario»: «*Diese, amtlichen Verfahren haben noch unter dem Prinzipat noch ausserordentlichen Charakter; soweit sie nur ergänzend neben den, ordentlichen Formularprozess treten*»; D'ORS, *DPR*, par. 123, afirma que, desde la época de Adriano la concurrencia de la *cognitio* con el *ordo* fue creciente y acabó por desplazarlo, precisamente, en el momento del tránsito a la época posclásica.

¹¹ Vid. LUZZATTO, G. I., *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, Patròn, 1965, «In tema di origine nel processo "extra ordinem" (Lineamenti critici e ricostruttivi)», en *Studi Volterra* 2, Milano, 1971, pp. 665-757.

de procedibilidad¹² para conceder o denegar la acción, sin entrar en el fondo del asunto, y otra, *apud iudicem* en que el juez, los *recuperatores*¹³, o el *arbiter datus*¹⁴, ciudadanos particulares designados al efecto, entraban en el fondo, escuchando a las partes y recibiendo las pruebas para dictar una sentencia, que siempre debía constreñirse al contenido de la fórmula redactada por el magistrado con intervención de las partes (*litis contestatio*) y escrita en una tablilla¹⁵. Uno de los mayores legados del proceso romano es precisamente la distinción entre aspectos formales y sustantivos del proceso, que perduraría, a través de la *cognitio*, hasta nuestros días, como viene a subrayar la LEC de 2000, al separar, para el juicio ordinario, la audiencia previa y el juicio propiamente dicho¹⁶.

La bipartición desapareció en la *cognitio*, y, aunque los aspectos procedimentales y de fondo siguieran distinguiéndose, todo el proceso era conocido, desde su inicio hasta la sentencia, por un funcionario administrativo con autoridad judicial delegada del Emperador. Por ello era posible un recurso de apelación contra la sentencia ante el superior jerárquico del juzgador, lo que no había sido posible contra el *iudicatum* del juez privado de las fórmulas¹⁷.

Lo que más nos interesa, a los efectos del presente estudio, es apuntar las diferencias entre ambos sistemas procesales en orden a la ejecución de la sentencia¹⁸.

¹² Tales como capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación de los litigantes, su propia competencia, existencia en el elenco del Edicto de la fórmula solicitada y adecuación de los hechos alegados a la fórmula pedida.

¹³ Grupo de jueces, en número impar, que actuaban en ciertas causas de especial relevancia, previstas en el Edicto.

¹⁴ Al que se nombraba cuando la resolución del litigio requería conocimientos técnicos especiales, como sucedía en las acciones divisorias.

¹⁵ Vid. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, Bonn, Adolph Marcus, 1865, reimpr. facsimil, Scientia Aalen, 1959, t. I, *Formulae*; KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht (ZPR)*, 2.^a ed. revisada por HACKL, K., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, pp. 151-427; LUZZATTO, G. I., *Procedura civile romana I* (1945), *II* (1947/48), Bologna; PUGLIESE, G., *Il processo formulare. II*, Torino, 1950; ARANGIO-RUIZ, V., *Corso di diritto romano (Il processo privato)*, Roma, 1951; MURGA, J. L., *Derecho romano clásico*, vol. II: *El proceso*, Univ. de Zaragoza, 1980.

¹⁶ Vid. LEC española del 2000, art. 414. *Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia*.

¹⁷ BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, t. III, Bonn, 1866, *Cognitiones*; KASER, *ZPR, op. cit.*, pp. 435-510. Al tener el funcionario una jurisdicción «delegada» se trataba de un recurso «devolutivo». Vid. RICHARD GONZÁLEZ, M., *La segunda instancia en el proceso civil*, Cedecs, 1998. DÍAZ BAUTISTA, A., «La apelación en las constituciones de Diocleciano», en *Estudios sobre Diocleciano*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 15-42.

¹⁸ BETTI, E. v. «Condanna (diritto romano)», en *NNDI*, pp. 1081-1084, Torino, 1959; LONGO, G. E., v. «Esecuzione forzata (diritto romano)», *ibid.* t. VI, pp. 713-722, Torino, 1960; VOCI P., v. «Esecuzione forzata (Diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto*, t. XV, pp. 422-430, Milano, 1966. ABELLÁN, M., «Sententia» y «res iudicata». Conceptos romanos y evolución posterior», en *Estudios J. Iglesias*, t. I, pp. 1-11, Madrid, 1988.

Si el demandado no satisfacía, en el proceso formulario, la condena, que era siempre pecuniaria, en el plazo decenviral de treinta días¹⁹, podía el actor triunfante pedir la ejecución mediante la *actio iudicati*, derivada de la antigua *manus iniectio*²⁰ que, si bien era normalmente patrimonial, no excluía la ejecución personal que jamás parece haber sido abolida formalmente en Roma²¹.

En la *actio iudicati* no cabía discutir más que el montante de la condena y la procedencia de la ejecución, pero en todo caso suponía un nuevo proceso²², encomendado a un nuevo juez, que dictaba la orden de embargar el patrimonio del ejecutado para venderlo en subasta y pagar al actor la condena pecuniaria. Esta ejecución patrimonial era casi siempre universal, es decir, sobre la totalidad del patrimonio²³.

En cambio, en el procedimiento de la *cognitio* correspondía la ejecución de la condena al mismo funcionario judicial que había dictado la sentencia, una vez que aquella fuese firme. Aunque, seguramente, resurgiría la ejecución personal, en momentos de crisis económica, normalmente recaía sobre el patrimonio del condenado; la ejecución cognitoria se limitaba siempre a los bienes concretos necesarios para satisfacer la pretensión del actor y las costas procesales.

La coexistencia entre el proceso formulario y la *extraordinaria cognitio*, pudo ser larga, y su trascendencia práctica no ha sido suficientemente investigada por la romanística, quizá porque los textos no son muy expresivos en este punto. Por lo que se refiere a la ejecución, es posible que existiese, durante el Principado, la posibilidad de utilizar la *actio iudicati* formularia para la ejecución de las sentencias cognitorias, con lo que quizá podría el acreedor elegir entre la ejecución general del sistema ordinario y la especial de la *cognitio*²⁴. La primera, ante el pretor urbano o el peregrino, o, en su

¹⁹ El plazo de cumplimiento voluntario previo a la ejecución de condena ha reaparecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, art. 548 frente a la antigua LEC de 1881 que preveía la inmediata ejecutividad de toda resolución firme.

²⁰ La *actio iudicati* conservaba de su antiguo origen la litiscrescencia por *infittatio*, con lo que crecía al doble contra el que se oponía indebidamente

²¹ Pese a la famosa *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C.

²² Curiosamente, frente a la antigua LEC 1881, que contemplaba la ejecución como un apéndice del proceso declarativo (arts. 919 y ss.), la LEC de 2000 establece la ejecución de sentencias como un nuevo proceso (art. 549) queriéndolo refundir con el antiguo «juicio ejecutivo», lo cual la acerca a la concepción romana del proceso formulario.

²³ Aunque paulatinamente se fueron introduciendo excepciones al principio de la venta de la totalidad del patrimonio del deudor, permitiendo el embargo de bienes singulares (*distractio bonorum*) en los casos de ejecución contra personas de la clase senatorial (*clarae personae*), y contra personas necesitadas de protección, tales como los incapaces sin tutor ni curador que heredaban al deudor concursado, según interpretó la jurisprudencia basándose en el Edicto.

²⁴ Así lo afirma KASER, *ZPR*, *op. cit.*, par. 76, p. 510: «Für die Vollstreckung der im Kognitionsverfahren ergangene Leistungsurteile kann der Gläubiger regelmässig wählen zwischen den allgemeinen Vollstreckungsmitteln der ordentlichen Gerichtbarkeit und einer besonderer Vollstreckung, die den im Kognitionsverfahren festgestellten Leistungsansprüchen vorbehalten ist».

caso ante el Gobernador provincial, sólo sería posible cuando se tratase de una condena pecuniaria, pues, como es sabido, no existía en el procedimiento formulario una ejecución específica de las condenas no pecuniarias, como en la *cognitio*. Por el contrario, las sentencias condenatorias²⁵, pronunciadas en el procedimiento de la *cognitio*, que obligaban a la entrega de bienes determinados²⁶, sólo se podrían ejecutar por la vía cognitoria, que preveía una ejecución específica (*manu militari*), por la que el poder imperial de manera coactiva ponía al actor en posesión de la cosa o la restituía al estado preciso para poder ejercitar el derecho pretendido²⁷.

Cuando la condena consistía en el pago de una suma en metálico, bien porque fuese éste el contenido de la deuda reclamada, bien porque se había hecho una valoración dineraria de un hacer no personalísimo, o de la entrega de una cosa genérica, y era preciso llegar a la ejecución forzosa, se tomaban en prenda bienes del deudor para, con su producto, satisfacer al demandante. Es el *pignus in causa iudicati captum*²⁸, origen del moderno sistema de embargos y a cuyo análisis dedicamos este trabajo²⁹.

²⁵ La moderna doctrina procesalista distingue entre sentencias declarativas y constitutivas (las que crean, modifican o extinguen una situación jurídica). De entre las primeras, encontramos las meramente declarativas (se agotan con una simple declaración de la existencia, inexistencia o circunstancias de un hecho jurídico) y las declarativas de condena. Estas últimas son las únicas susceptibles de ejecución (art. 517.2.1 LEC). La forma de la ejecución de las sentencias de condena variará según el contenido de la misma, y así se distingue la ejecución dineraria (Título IV del Libro III de la LEC) de la no dineraria (Título V), reconduciéndose a la ejecución dineraria las condenas de hacer no personalísimo (art. 706 LEC), bien por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, bien por la del cumplimiento subsidiario de la condena. Incluso la condena de hacer personalísimo, cuando el ejecutado omite la actuación que se le exige, puede acabar reconduciéndose a la ejecución dineraria por la vía de la indemnización. *Vid.* SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Práctica del proceso civil, vol. III, La ejecución forzosa*, Madrid, Civitas, 2005; OLIVA SANTOS, A. DE LA y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil: ejecución forzosa: procesos especiales* (2.ª ed.), Madrid, Ramón Areces, 2002.

²⁶ Así, para el cumplimiento de los fideicomisos *Ulp. 2.fideic. D. 32.11.17: «Ex his apparet, cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum quod relictum est: cum vero ipsum praestari non potest, aestimationem esse praestandam»*. Respecto a la rescisión de la venta de un fundo y su restitución *Scaev. 4 dig. D. 18.5.9: «Fundus qui Lucii Titii erat ob vectigale rei publicae veniit: sed cum Lucius Titius debitor professus esset paratum se esse vectigal exsolvere solidum, cum minore venisset fundus, quam debita summa esset, praeses provinciae rescindit venditionem eumque restitui iussit Lucio Titio: quaesitum est, an post sententiam praesidis, antequam restitueretur, in bonis Lucii Titii fundus emptus esset. respondit non prius, quam emptori pretium esset illatum vel, si pretium nondum esset ab emptore solutum, in vectigal satisfactum esset»*.

²⁷ Así, para la restitución de la servidumbre alterada por obras realizadas por el propietario del fundo sirviente *C. 3.34.5 (Philipp. 246): «Si quid pars diversa contra servitutum aedibus tuis debitam iniuriose extruxit, praeses provinciae revocare ad pristinam formam, damni etiam ratione habita, pro sua gravitate curabit»*. *Vid.* ROMANO, A. «Condanna “in ipsam rem” e condanna pecuniaria nella storia del processo romano», en *Labeo* 28 (1982), pp. 131-149; VÍSKY, K. «Quelques remarques sur la thèse “ipsam rem condemnare” et ses rapports économiques», en *RIDA* 19 (1972), pp. 469-494.

²⁸ LITEWSKI, W., «Pignus in causa iudicati captum», *SDHI* 40 (1974), pp. 205-302.

²⁹ En el sistema actual debe distinguirse el embargo preventivo (regulado en los arts. 727 y concordantes LEC) y el embargo definitivo, del que es precedente el *pignus in causa iudicati*

III. TERMINOLOGÍA

En la romanística se ha consolidado la denominación *pignus in causa iudicati captum* como un recurso jurídico similar al embargo definitivo en ejecución de sentencias del Derecho moderno, pero la expresión más frecuente en las fuentes es la de *pignus captum*, pese a que se pueden encontrar fragmentos en los que esta expresión no se refiere al embargo judicial ejecutivo³⁰. Sin embargo la presencia del participio *captum* referido al *pignus* nos permite, casi siempre, distinguir el embargo de la prenda convencional.

IV. FUENTES

Aparte de los textos referidos al *pignus* convencional, que en buena medida son aplicables al *pignus in causa iudicati captum*³¹, existen otros

captum. El primero tiene por finalidad evitar la frustración del objeto del proceso por la prolongación del proceso (el llamado *periculum in mora*) mientras que el segundo, el embargo definitivo, es una forma de ejecución propia o subsidiaria de la resolución.

³⁰ Como sucede en Inst. 1.24.3, respecto a la garantía prestada por tutores y curadores: «[...] *quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coerceantur*». Y también en la rúbrica de C. 10,21, referida a materia tributaria: «*De capiendis et distrahendis pignoribus tributorum causa*».

³¹ El uso en las fuentes del término *pignus*, de modo indistinto, para la prenda convencional y para el embargo, no aconseja separar, artificialmente, los textos que se refieren a una y a otra, despreciando las relativas al contrato de garantía real. Esta tendencia, seguida por LITEWSKI, nos parece empobrecedora por dos razones: en primer lugar, porque, habiendo considerado los juristas clásicos ambas instituciones de modo conjunto, corremos el riesgo de rechazar erróneamente la aplicabilidad a nuestra institución de algunas precisiones contenidas en un texto aparentemente referido tan sólo al *pignus* convencional pero que, quizás, pudiera ser aplicable a ambas instituciones. VON DER FECHT, *op. cit.*, p. 53, subraya la proximidad entre el *pignus in causa iudicati captum* y la prenda privada, pues ambas instituciones tienen el mismo fin de aseguramiento y satisfacción del acreedor. Señala que algunos referentes al *pignus* ejecutivo se encuentran en títulos dedicados al *pignus* convencional: «*Die Nahe des pignus in causa iudicati captum zum rechtsgeschäftlich bestellen Privatpfand ergibt sich schon daraus, dass beide Rechtsinstitute letztlich demselben Zweck dienen, nämlich der Sicherung und Befriedigung des Gläubigers im Wege des Pfandverkaufs. Dies wird in den Quellen dadurch unterstrichen, dass einige das Exekutionspfand betreffende Texte unter solchen Titeln zu finden sind, die das Vertragspfand behandeln*». Además, en contra de lo mantenido por LITEWSKI (*op. cit.*, pp. 211-213, aunque, siguiendo a FLEISCHMANN, acaba reconociendo la imposibilidad de obviar toda referencia a la prenda convencional y la necesidad de tener en cuenta —aun de modo subsidiario— los textos referidos a ella para completar las lagunas de la regulación del embargo judicial), no creemos que exista una diferencia ontológica entre la prenda constituida por consentimiento del pignorante y la determinada por el poder público en el curso de una ejecución. Existen diferencias, obviamente, en su constitución y también las habrá en su desarrollo y vicisitudes, pero, desde la óptica de los juristas romanos, ambos son casos en los que un bien, o conjunto de bienes, queda afecto de modo especial al cumplimiento de una obligación (FLEISCHMANN, M., *op. cit.*, pp. 63-68, describe ampliamente las relaciones entre *pignus* convencional y judicial). En este sentido, el embargo judicial no es, propiamente, un medio de ejecución de sentencias (en contra LITEWSKI, *op. cit.*, p. 211) como tampoco la prenda convencional es un modo de cumplimiento de las obligaciones, ya que ni la constitución de prenda ni el embargo satisfacen, por sí mismos, el

que claramente se refieren a este último. En el Digesto encontramos referencias entre los 64 fragmentos contenidos en el tít. 1 del libro 42 (*De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*), especialmente el fragmento de Ulpiano recogido en D. 42.1.15 y el de Calístrato (D. 42.1.31) que recogen el rescripto de Antonino Pio, principal fuente reguladora de la institución. En el Código encontramos tres títulos relativos a la ejecución de sentencias: C. 7.53 (*De exsecutione rei iudicatae*), C. 8.22 (*Si in causa iudicati pignus captum est*) y C. 4.15 (*Quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores exigere potest*), el segundo de los cuales contiene la regulación de nuestra institución. Formalmente, el primero de los títulos es el más extenso (contiene nueve constituciones) frente al segundo que sólo recoge tres; el tercero, sobre el ejercicio subrogado de las acciones del deudor, contiene cuatro rescriptos.

También encontramos fuentes posclásicas que se refieren al embargo judicial, como son las *Pauli Sententiae* (PS. 5.5.4, contenida en el título 5.5 referido a *De effectu sententiarum et finibus litium*), así como en el Código Teodosiano (C. Th. 2.30.1), el Edicto de Teodorico (131) y en la *Lex Romana Burgundionum* (14.1).

La *extraordinaria cognitio* acentuó el carácter público del proceso, asentado sobre el poder imperial, frente a la base convencional del sistema formulario, que dejaba múltiples aspectos a la libre iniciativa de las partes. Por esta razón el Edicto Pretorio, imprescindible para comprender el Derecho clásico, no nos informa sobre la formación y desarrollo del *pignus in causa iudicati captum*, como forma de aseguramiento de la ejecución³².

La jurisprudencia clásica no prestó excesiva atención a nuestra institución, como ocurre en general con las cuestiones relativas a la *extraordinaria cognitio*, con la excepción de los *libri de cognitionibus* de Calístrato³³. En general, los fragmentos de los juristas clásicos tratan las cuestiones relativas al *pignus in causa* de manera incidental, salvo el importante pasaje de Ulpiano, contenido en D. 42.1.15, correspondiente a su obra *de officio consulis*. Este texto plantea las siguientes cuestiones, fundamentales para nuestro estudio: competencia del órgano de ejecución, objeto del embargo,

interés del acreedor. Uno y otra son medios de aseguramiento del cumplimiento de las respectivas obligaciones principales. En este sentido, en Partidas 5.13.1 se mantiene la regulación unitaria de los peños, considerando como tales «aquella cosa que un ome empeña a otro apoderándolo de ella [...] y hay tres maneras de empeños: la una es la que los omes facen entre sí por su voluntad, empeñando de sus bienes unos a otros, por razón de alguna cosa que deban dar o hacer. La otra es cuando los jueces mandan entregar a alguna de las partes parte de los bienes de su contendedor por mengua de respuesta o por razón de rebeldía o por juicio que es dado entre ellos o por cumplir mandamiento del rey; y tales empeños o prendas como éstas se facen como por apremio [...]».

³² Como señala LITEWSKI, *op. cit.*, p. 212.

³³ Estudiados por BONINI en su obra *I libri de cognitionibus di Calístrato*, Milano, 1964.

orden de proceder en los embargos, controversias respecto a la procedencia del embargo, embargo de un bien ya pignorado, incompetencia del órgano de ejecución en caso de que se discuta la titularidad del bien, una vez subastado y adjudicado, y, finalmente, la llamada quiebra de la subasta (para el caso de que el adjudicatario no pague el precio de remate).

En orden a la integridad de los textos, dado que nuestra institución se desarrolla en una época ya relativamente tardía, no ha encontrado, en general, la doctrina motivos para sospechar que las fuentes pudieran estar interpoladas, en cuestiones esenciales³⁴, sino tan sólo en ciertas cuestiones concretas sobre las que se ensañó, quizá de manera excesiva, la hipercrítica. Por ello, y con las naturales reservas y precauciones propias de la labor investigadora, podemos centrar nuestro estudio en las fuentes.

V. BIBLIOGRAFÍA

Tradicionalmente ha mostrado la romanística un cierto desdén hacia el estudio de la *cognitio*, que suele ocupar un espacio bastante reducido en los trabajos sobre Derecho procesal romano. La explicación de esta actitud hay que encontrarla, sin duda, en que los propios jurisconsultos romanos centraron, casi siempre, sus sutiles reflexiones sobre el modelo del procedimiento formulario, pese a que, en la práctica jurídica del Principado, se iba imponiendo el *cognitorio*, cada vez con mayor vigor³⁵.

No sabremos jamás si el *ordo* formulario, tan modélico a la hora de acuñar los principios básicos del proceso, gozó de mucha efectividad práctica, y se vio libre de corrupciones, cuando el tráfico jurídico de la Urbe se hizo muy complejo y los ciudadanos fueron olvidando los principios éticos tradicionales. Es posible que la aparición de la *cognitio extra ordinem* no se debiera tan sólo al creciente intervencionismo de los emperadores, ávidos de controlar la actividad ciudadana, sino también a razones de utilidad, al poder aprovechar la, cada vez más tupida, red del funcionariado imperial, para facilitar la impartición de justicia, en unos tiempos en que la litigiosidad debió aumentar considerablemente. Sin embargo, en el ánimo de los jurisconsultos quedaba una nostalgia, casi romántica, hacia el es-

³⁴ Así lo afirma LITEWSKI, *op. cit.*, p. 213: «*Schon allein diese Argumente Lassen die Annahme zu, dass entsprechende Texte aus der klassischen Periode nur in kleine Ausmasse von Interpolationen betroffen wurden*». En sentido contrario, BORTOLUCCI, G., «Rivendita Romana», en *Studi Perozzi*, p. 289, y LEVY, reseña de los *Studi in onore di Silvio Perozzi ZS*, 46 (1926), p. 418. Advierte, sin embargo, LITEWSKI (*op. cit.*, p. 226) sobre la alteración del término *iudex* en C. 8.16.7, citando como texto original el contenido en C. Th. 2.30.1 que refiere la competencia a los *rectores provinciarum*.

³⁵ Como escribe D'ORS (*DPR*, par. 126, n. 1), recogiendo un sentir muy generalizado entre los estudiosos: «El estudio de la *cognitio* es muy interesante, y se ofrece en la actualidad como un campo activo de investigación; pero no interesa especialmente para la comprensión del derecho clásico».

plendor doctrinal de un sistema procesal, ya languideciente y casi inviable, que había servido de cimiento al desarrollo del Derecho clásico, el mejor exponente de la *libertas* republicana. Del mismo modo, los estudiosos, devotos de aquella *libertas*, que con harta frecuencia, debió ser más un *desideratum* que una realidad, han tendido a considerar al proceso cognitorio como una rama deforme crecida en el robusto tronco de la experiencia jurídica romana³⁶.

La falta de atención de la romanística hacia el procedimiento cognitorio se hace mucho más patente en lo que se refiere al *pignus in causa iudicati captum*. Los manuales de Derecho romano suelen dedicarle muy poco espacio, en la parte referente al proceso. Los tratados de Derecho procesal romano, lógicamente, lo hacen con un detenimiento algo mayor, pero con suma brevedad. El «clásico», y todavía utilísimo, *Der römische Civilprozess*, de BETHMANN y HOLLWEG³⁷, consagra a su estudio cuatro páginas, 693-697, en el par. 115, I) del tomo II; el completísimo *Das römische Zivilprozessrecht (ZPR)*, de KASER³⁸, tan sólo le dedica unas líneas en el par. 76,II,2, pp. 512-514.

Las monografías sobre el tema son muy escasas. Tan sólo dos lo tratan con profundidad, las de FLEISCHMANN³⁹ y LITEWSKI⁴⁰, y otra, la de VON DER

³⁶ Si el desprecio de los romanistas hacia el proceso cognitorio resulta bastante explicable, no es, en cambio, tan justificable. La *cognitio* conoció en Roma una vigencia temporal de casi cinco centurias. Su configuración y desarrollo se produjeron, en una primera etapa, a través de rescriptos imperiales que, como sabemos, eran redactados por los propios jurisconsultos de la Cancillería, cuyo nivel técnico era indiscutible. Finalmente, la persistencia histórica de este esquema procesal, hasta nuestros días, lo hace merecedor de una mayor atención.

³⁷ Bonn, Adolph Marcus, 1865, manejamos la reimpresión facsímil (con tipografía gótica) de Scientia Aalen, 1959.

³⁸ Manejamos la 2.^a ed. revisada por HACKL, K., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996.

³⁹ Max FLEISCHMANN nació en 1872 en la entonces ciudad alemana de Breslau, donde estudió. Discípulo de WLASSAK, fue profesor en las Universidades alemanas de Königsberg y Halle, en la que fue rector. En 1936 fue retirado por su origen judío. En 1943 se suicidó cuando la Gestapo pretendía detenerlo. Trabajó sobre diversas ramas jurídicas como Derecho romano, canónico, historia del Derecho alemán y Derecho público. En 1896 publicó un libro en Breslau (hoy Wrocław, Polonia), de 102 páginas, titulado *Das pignus in causa iudicati captum. Eine civilistische Studie*. En su prólogo cita algunos escasos trabajos de los siglos XVIII y XIX que trataban, más o menos directamente, de esta cuestión. Curiosamente señala que los autores sobre el derecho de prenda habían tratado a este instituto como un «hijastro» y pretendían atribuirlo a los procesalistas. Pese a tener ya más de un siglo, citar las fuentes a la manera antigua, y seguir una metodología preferentemente dogmática, heredada de la Pandectística, sin apenas crítica de textos, la obra de FLEISCHMANN es de muy alto valor para el estudio del *pignus captum*, pues lo aborda de manera sistemática y con claridad expositiva.

⁴⁰ Wieslaw LITEWSKI (1933-2004), de nacionalidad polaca, fue, desde 1983, profesor en la Universidad Jagieloniana de Krakovia. Además del Derecho romano, cultivó la Historia del Derecho de Polonia. En 1974, publicó en el núm. 40 de *SDHI* (pp. 205-302) un trabajo en alemán de 97 páginas, titulado *Pignus in causa iudicati captum* que sigue, en gran medida, el esquema de FLEISCHMANN, completándolo con aportaciones de fuentes y doctrina, y apartándose, en algunos

FECHT⁴¹, lo analiza más incidentalmente. En la doctrina patria hay un trabajo dedicado a esta institución jurídica, poco conocido, y jamás citado: el artículo que publicó, en 1949, en los *Anales de la Universidad Hispalense*, núm. III, año X, el catedrático de Derecho romano, y después de Derecho procesal, Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, bajo el título *Bosquejo del «pignus in causa iudicati captum» (Una forma romana de ejecución procesal forzosa)*⁴².

El último trabajo que hemos podido conocer es el publicado en formato electrónico por Alexey RUDAKOV, en Berkeley (Estados Unidos), en 2011, titulado *Pignus in causa iudicati captum and Execution of Judgement according to Post-classical Roman Law*⁴³.

Entre los aspectos concretos de la prenda judicial, quizá el que suscitó mayor polémica es el relativo a la venta de los objetos embargados, cuestión a la que dedicaron especial atención, en la doctrina italiana del pasado siglo BARTOLUCCI⁴⁴, SANFILIPPO⁴⁵ y TALAMANCA⁴⁶.

Para las demás cuestiones puntuales, y dada la proximidad entre la prenda convencional y el *pignus captum* hemos utilizado la bibliografía referente a la primera, entre la cual es un «clásico» el segundo volumen de la obra *Le garanzie delle obbligazioni (Corso de diritto romano)*, de Paolo FREZZA, consagrado a las garantías reales⁴⁷.

puntos, de las opiniones de éste. Al año siguiente (1975) fue publicado en Varsovia-Kracovia, por Scient. de Pologne como monografía con el mismo título.

⁴¹ Wolf-Rüdiger VON DER FECHT (n. 1966) es abogado en Düsseldorf. En 1999 publicó una monografía de 184 páginas, fruto de su tesis doctoral leída en Colonia en 1996 bajo la dirección del profesor WACKE, bajo el título *Die forderungspfändung im römischen Recht*, subtitulada *Der Vollstreckungszugriff auf Forderung im Rahmen des pignus in causa iudicati captum und des Fiskalrechts der römischen Kaiserzeit*. Aunque el autor centra su atención en la pignoración de créditos, ofrece un panorama del *pignus in causa iudicati captum* y, sobre todo, de las relaciones entre la prenda judicial y el embargo de bienes a los contribuyentes por impago de impuestos.

⁴² Después recogido en sus *Estudios Jurídicos*, Universidad de Sevilla, 1978, pp. 407-424. Se trata de un artículo que en sólo 17 páginas realiza, con precisión, una exposición sintética del *pignus in causa iudicati captum*, apuntando, de manera muy elemental, la gran mayoría de las cuestiones que suscita, y recogiendo, de manera muy resumida, las citas bibliográficas disponibles en su época, aunque, consciente de que se trata de un mero bosquejo, termina diciendo (p. 424): «Pero no con todo lo expuesto se agotan, sin embargo, los problemas que esta forma de ejecución procesal pudo plantear».

⁴³ http://works.bepress.com/alexey_rudakov. Se trata de un breve escrito, de 10 páginas, sin división por epígrafes, donde identifica el *pignus in causa iudicati captum* con la arcaica *pignoris capio*, ofreciendo unas pinceladas sobre los textos referidos al tema, con alguna escasa referencia bibliográfica, especialmente de la obra de VON DER FECHT, a quien cita por su nombre de pila, Wolf-Rüdiger.

⁴⁴ BORTOLUCCI, G., «Rivendita romana?», en *Studi Perozzi*, pp. 289 y ss. Palermo, 1925.

⁴⁵ SANFILIPPO, C., «Sull'ammissibilità della vendita del "pignus in causa iudicati captum"», en *Studi Riccobono* 2, Palermo, 1936, p. 525.

⁴⁶ TALAMANCA, M., s. v. «Auctio», en *NNDI*, y «La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano», en *Studi De Francisci* 2, Napoli, Giuffrè, pp. 239-272.

⁴⁷ Padova, Dott. Antonio Milani, 1963.