

RECURSOS SUPLETORIOS DE LA «CAUTIO DAMNI INFECTI» EN EL DERECHO ROMANO CLASICO¹

SUMARIO

Introducción.—I. COMENTARIO ULPIANO: 1. *Damnum infectum*.—2. *Re-promissio* o *Satisdatio*.—3. *Postulatio cautionis*.—4. *Dies cautionis*.—5. Caución de daños en lugares públicos.—6. *Missio in possessionem*. II. MISSIO IN POSSESSIONEM DAMNI INFECTI NOMINE: 1. *Missio in possessionem ex primo decreto*: i) Presupuestos. ii) Efectos. iii) Revocación.—2. *Missio in possessionem ex secundo decreto*: i) Presupuestos. ii) Efectos.—3. *Interdicto ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*. III. CAUCIÓN “DE DAMNO PRAETERIO” E “INTERDICTO DE RUDERIBUS TOLLENDIS”. IV. ACCIÓN “IN FACTUM” EN CASO DE DAÑO: 1. Acción *ex stipulatu*.—2. Acción *in factum*.—3. Régimen de la acción.—4. Extensión de la acción *in factum* al caso de *missio* fallida por ausencia del magistrado.—5. Resumen de los supuestos de *damnum* no cubierto por la *cautio damni infecti*.—6. Confusión Justiniana de la acción *in factum* con el interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*—7. Confusión moderna de la acción *in factum* con la acción ficticia.—8. Crítica. V. DENUNCIA DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DEMOLITORIO EN RELACIÓN CON EL “DAMNUM INFECTUM”: 1. Introducción.—2. *Novi operis nuntiatio damni depellendi causa*. VI. ACCIÓN FICTICIA MUNICIPAL: 1. Introducción.—2. Régimen de la *cautio damni infecti* en la *lex Rubria*.—3. Régimen clásico desarrollado. VII. ACCIÓN SUBSIDIARIA CONTRA EL MAGISTRADO MUNICIPAL: 1. La *cautio damni infecti* en los *agri vectigales*.—2. Exégesis de D.39,2,15,28. 3. Soluciones posibles para la *actio utilis*.—4. Opiniones.—5. Crítica de las opiniones anteriores y nuestra posición.

I. Citaremos abreviadamente las siguientes obras especiales:

- P BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, vol. II, parte 1.^a (reimpr., Milano, 1966)
P. BONFANTE, *Notas a Burckhard Commentario alle Pandette de Gluck*.
G BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel Diritto Romano* (Padova, 1937).
U. BURCKHARD, *Commentario alle Pandette de Gluck*, Cont. Lib. XXXIX, parte I (D 39,1) (Milano, 1903), parte II (D.39,2) (id., 1905) Trad y anotadas por P. Bonfante.
G BESELER, *Beitrage zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I (Tubingen, 1910), II (id., 1911), III (id., 1913), IV (id., 1920) y V (Leipzig, 1931).

INTRODUCCION

1. Como es conocido, el Derecho romano no tiende a crear obligaciones *ex lege*, pues se considera que la obligación sólo puede surgir de un acto voluntario, lícito o ilícito. En consecuencia, cuando el pretor cree oportuno hacer surgir una obligación a favor de una persona contra otra, acude al recurso indirecto de coaccionar a ésta última para que responda con su promesa a la estipulación de aquélla, que se hace así acreedora. Naturalmente, esto requiere la voluntad del promitente, y el pretor arbitra otros recursos coactivos para conseguir, siempre indirectamente, esta voluntad. Sin embargo, se dan casos en los que esta coacción se hace imposible y entonces debe acudir también al recurso de considerar, por algún concepto, pasivamente legitimado para una nueva acción a aquella persona que no pudo ser coaccionada a obligarse estipulatoriamente. De este modo se insinúa, ya en la jurisdicción pretoria de la época clásica, un régimen de obligaciones que no nacen de la voluntad, sino del imperativo pretorio, es decir, algo que anuncia el régimen posterior de la obligación nacida de la ley.

2. El derecho clásico no exigía para la validez de la *stipulatio* la observancia de forma escrita; si embargo, ya desde la época republicana fue usual, como simple medio de prueba, el consignar la estipulación en un documento y así, al final del período clásico, tanto en Oriente como en Occidente, el Derecho romano, influenciado por la práctica documental helenística, termina por identificar el acto mismo con su prueba: el documento. En la compilación Justiniana, la estipulación se mantuvo gracias al clasicismo del emperador, pero su forma fue modificada y, en la práctica, el documento escrito llegó a ser el verdadero sustituto de la *stipulatio*². Ahora bien, la desaparición de la forma estipulatoria oral no implicó la de los efectos propios de aquélla, sino que éstos se mantuvieron.

3. Ante la resistencia del demandado para prestar voluntariamente una caución pretoria, el pretor dispone de diversos tipos de

2. Sobre el proceso de degeneración de la *stipulatio*, vid. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, en SZ, 43 (1922), págs. 262 y sigs.

recursos según la caución; así tenemos que la negativa a prestar algunas cauciones, como la *cautio legatorum servandorum gratia*, la *cautio iudicatum solvi* y los *vadimonia*, se sancionan con *missiones in possessionem*; la de la *cautio usufructuaria*, la de la *collatio bonorum* y la *cautio rem pupilli salvam fore*, mediante el impedimento de entrar, respectivamente, en el usufructo legado³, en la herencia o en la administración de la tutela; la de la *cautio ratam rem dominum habiturum* del representante y la de la caución de no exceder la ley Falcidia, mediante *denegatio actionis*.

4. Tratándose de estipulaciones no impuestas por el pretor, éste recurre a la ficción, no propiamente como sanción, pues en éstas no puede intervenir el pretor, sino para suplir la falta de dicha estipulación convencional; así tenemos D.38,1,39 pr.: “Si ita stipulatio a patrono facta sit: si decem die rum operas non dederis, viginti nummos dare spondes? videndum est, an nec viginti actio danda sit, quasi onerandae libertatis gratia promissi sint. nec operarum, quae promissae non sint? an vero operae dumtaxat promissae fingi debeant, ne patronus omnimodo excludatur? et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas” (Paul., 7 ad Plaut.).

Cuando el patrono hace una estipulación penal de determinados servicios (*operae*) de su liberto, que quedan fuera del *obsequium*, el pretor, en lugar de conceder acción al patrono por la estipulación penal, le concede una acción ficticia, en la cual se finge la estipulación de los servicios que no se habían estipulado.

5. En relación con esto puede observarse también una tendencia a convertir en elementos naturales los accidentales. Recordemos un par de ejemplos.

3. A propósito de la *cautio usufructuaria* se presenta el problema de una *actio in factum* que parece suplirla. En D.19,5,10 quizá la *actio in factum* sea la de un contrato innominado; en efecto, los acreedores han dado a la mujer, en lugar de la tercera parte de los bienes sobre la que ella tenía el usufructo, una cantidad, lo cual equivale a una *datio ob rem*; como la cantidad se dio por un tiempo (*fruendi causa*), procede la acción contractual a favor de los acreedores. En todo caso no se trata de una *actio in factum* que se dé supletoriamente a falta de *cautio*, como cree BIONDI, *Contrato e Stipulatio* (Milano, 1953), pág. 274. Tampoco en D.10,4,9,4 *in fine* se trata de una acción que supla a la falta de *cautio*, sino de una *actio in factum* que los justinianos dan en lugar de la reivindicatoria (aquí, a favor del nudo propietario), que suele llamarse *vindicatio utilis*.

En el régimen de responsabilidad por evicción. Esta responsabilidad no pertenece a la naturaleza de la compraventa, contrato de buena fe previsto para el tráfico de cosas consumibles, en las cuales no se plantea la cuestión de la propiedad; pero dicha responsabilidad sí es propia de la *mancipatio*, modo solemne de adquisición de la propiedad de las cosas *mancipi*. En efecto, el *mancipio accipiens*, en caso de ser vencido por el verdadero propietario, dispone de la *actio auctoritatis*, mediante la cual podía reclamar del mancipante el doble del precio que había figurado en el acto *per aes et libram*. Cuando la *mancipatio* se convierte en un acto abstracto, aquella acción de responsabilidad pierde su objeto y es suplantada mediante estipulaciones de garantía que acompañan al contrato de compraventa. La última evolución de la jurisprudencia clásica llega a admitir, dada la costumbre de estipular por evicción en toda compraventa, que la responsabilidad por evicción es un elemento natural de dicho contrato y que, por tanto, la misma *actio empti* sirve para exigirla, aunque no haya habido estipulación de garantía.

Análogamente, en materia de pactos se nos presenta la evolución del pacto *de vendendo*, mediante el cual el deudor pignorante autoriza al acreedor pignoraticio a vender la prenda en caso de incumplimiento de la obligación, cobrarse con el precio y restituir tan sólo la cantidad sobrante (*superfluum*); el pignorante conserva la acción pignoraticia para reclamar el *superfluum*. Como en el caso de la responsabilidad por evicción, el pacto de *ius vendendi* se hizo tan frecuente que también aquella última jurisprudencia clásica llegó a considerarlo como un elemento natural de la prenda, y como tal no necesaria su mención en el negocio.

6. En derecho clásico el daño⁴ causado por cosa inanimada no es fuente de obligación y sólo se tutela mediante la *cautio damni infecti* (aparte, como veremos, la de *damno praeterito*), pero es una tutela preventiva, *a priori* y nunca *a posteriori*, como ocurre en los daños causados por personas, sancionados por la ley Aquilia y sus acciones complementarias para aquellos supuestos nuevos no contemplados por ella; o en los daños causados espontáneamente por

4. *Damnum*, en estos casos, es la pérdida de una cosa que sufre un propietario o un titular de otro derecho real por detrimento de la misma (D.39,2,2 y *eod.* 3). Cfr. d'ORS, *DPR*², pág. 382.

animales cuadrúpedos, sancionados por la *actio de pauperie*, la cual sigue el régimen de la noxalidad. Citamos esta última acción por la tendencia manifiestamente posclásica que quiso aproximar el régimen de la noxalidad al daño causado por cosas inanimadas, como veremos a propósito de D.39,2,7,1 en el capítulo I⁵.

7. El *damnum* de que se trata aquí es el ocasionado por un inmueble a otro vecino y precisamente por determinado defecto (*vitium*) de aquél. El *vitium* entendido objetivamente en las cosas inanimadas no es más que el estado defectuoso de las mismas, causado por un accidente extraño a su naturaleza⁶, y que las debilita, colocándolas en estado de posible ruina. Dentro de este concepto hay que distinguir tres clases de *vitium*, a saber: *vitium aedium*⁷, *loci*⁸ y *operis quod fit*, a los que habría que añadir el tipo especial de *vitium arborum*, aproximable al *vitium loci*⁹. Como veremos¹⁰, el caso de *vitium operis quod fit* —pues el del *operis iam facti* vale como *vitium aedium*— presenta la particularidad de implicar, en vez de *missio in possessionem*, una *novi operis nuntiatio*¹¹.

8. No vamos a tratar en el presente estudio de la *actio damni infecti* a que se refiere Gai., IV,31: “Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est. Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum praetorem. Damni vero infecto nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium suum, idque commodius ius et plenius est. Per pignoris capionem...”

5. Vid. una exposición detallada de la crítica a tal tendencia posclásica en BRANCA, págs. 278 y sigs.

6. Así entonces quedan excluidas de la *cautio damni infecti* aquellas cosas (fundos especialmente) cuya naturaleza misma es tener un *vitium* (vicio natural) como un lugar pantanoso o arenoso, D.39,2,24,2. Sobre toda esta doctrina del *vitium* seguimos a BRANCA, págs. 105 y sigs.

7. Sobre el caso especial del *vitium parietis communis*, vid. D.39,2,28 y 40,1.

8. En defensa de la independencia de este tipo de *vitium*, vid. BRANCA, págs. 113 y sigs.

9. Vid. D.39,2,24,9, donde se menciona como posible la estipulación “*si quid arborum locive vitio acciderit*”.

10. *Infra*, cap. V.

11. Sobre el *vitium operis*, vid. BRANCA, págs. 309 y sigs.

La razón de esta exclusión radica en que esta acción presupone un régimen del *damnum infectum* sin *cautio*, y por tanto no interesa al propósito de estudiar los recursos que suplen la falta de *cautio*.

En efecto, aunque la naturaleza de esta *legis actio* ha sido muy discutida¹², nos parece acertada la opinión de Bethmann-Hollweg¹³, defendida luego por Karlowa¹⁴ y últimamente por Albanese¹⁵, de que se trataba de una *pignoris capio*. En efecto, parece muy probable que esta forma de aprehensión directa de la finca que amenaza ruina sea el precedente civil del régimen pretorio de la *cautio* sancionada por una *missio in possessionem*. Por nuestra parte, queremos llamar la atención sobre un texto jurisprudencial que parece aludir directamente a este régimen antiguo de *pignoris capio*, Ulp. D.39,2,4,2: "An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur? non puto, sed..."¹⁶.

Ulpiano se refiere a la jurisdicción municipal (1 *ad ed.*), y, a propósito de la necesidad de asegurar la *admissio* del *missus in possessionem*, dice que conviene aplicar el mismo procedimiento que es usual en la jurisdicción pretoria, que es, como veremos, el del interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*, suplantado en el texto compilatorio por una *actio in factum*, cuya confusión con el interdicto operan los compiladores, como demostraremos en el capítulo IV. Pero, en forma de duda, da como posible un régimen de *pignoris capio* presente en la mente de Ulpiano sea como un residuo de una antigua *legis actio per pignoris capionem*, que habría tenido como fin la satisfacción directa de quien teme un daño por falta de reparación en la finca vecina. Precisamente en el ambiente municipal, y con base en las leyes locales, la antigua *pignoris capio* había sobrevivido con otros fines, por ejemplo, la percepción de multas, y era comprensible que, incluso después de introducirse el nuevo régimen de la *cautio*, pudiera pensarse en la supervivencia de

12. Vid. exposición sobre este tema en BRANCA, págs. 3 y sigs.

13. BETHMANN-HOLLWEG, *Der romische Civilprozess*, I (Bonn, 1864), pág. 204 y n. 13.

14. O. KARLOWA, *Der romische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (Berlín, 1872), págs. 216 y sigs.

15. ALBANESE, *Gal.*, 4,31, e *il lege agere damni infecti*, en *Annali Parlamento*, 31 (1969), págs. 5 y sigs.

16. Sobre este texto, vid. *infra* cap. VI, 3 ii.

la antigua *pignoris capio*. Naturalmente en época clásica esta acción era un residuo arcaico, y los textos jurisprudenciales en que aparece todavía el nombre de *actio damni infecti*, o bien deben ser referidos a la *actio ex stipulatu* o son textos interpolados por quien no tenía ya inconveniente en llamar *actio* a la petición hecha al magistrado en solicitud de la *cautio damni infecti*¹⁷.

9. La *cautio damni infecti* es la promesa estipulatoria que presta, voluntariamente o por mandato pretorio, el propietario o titular de otro derecho real sobre un inmueble, o el autor de una obra al vecino que teme un daño futuro por el estado defectuoso del fundo (*vitium loci*), de la casa (*vitium aedium*), o por la misma actividad de hacer una obra (*vitium operis quod fit*). Prestada la *cautio* y verificándose el daño dentro del término convencional o señalado por el pretor, el estipulante podrá indemnizarse del daño mediante la *actio ex stipulatu*. Ahora bien, el tema de nuestro estudio es el análisis de los recursos supletorios de que dispone el pretor ante la negativa del legitimado pasivamente a prestar dicha promesa.

I. COMENTARIO ULPIANEO

El título 2 del libro 39 del Digesto.—*De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*— está compuesto por 48 fragmentos correspondientes a los siguientes juristas: Ulpiano [17 frags.], Paulo [16], Gayo [7], Pomponio [2], y [con un fragmento cada uno] Juliano, Alfeno Varo, Africano, Scaevola, Neracio y Marciano. A estos 48 fragmentos debemos agregar aproximadamente otros 52¹, distribuidos por la compilación jurisprudencial y que tomaremos en cuenta en la medida que nos sean útiles para el objeto de nuestro estudio que, naturalmente, no pretende agotar toda la problemática de la institución, sino analizar especialmente los recursos supletorios de la *cautio damni infecti*.

Una lectura detenida de la *sedes materiae* nos indica claramente

17. Vid. sobre esta cuestión de una aparente *actio damni infecti* en la jurisprudencia, BRANCA, págs. 355 y sigs.

1. Cfr. VIR, s. v. *damni infecti*, cols. 14 y 15, l.37.

que los compiladores tomaron como base el comentario de Ulpiano *ad edictum*², que, a su vez, analiza paso a paso el texto edictal. Transcribimos a continuación este comentario, al que nos referiremos al examinar sucesivamente sus párrafos.

D.39,2,7, pr.: Praetor ait: 'damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfacere iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisfacere iubebo. de eo opere, quod in flumine publico ripae eius fiet, in annos decem satisfacere iubebo. eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset. eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine satisfacere iubebo, eum, cui non satisfacere iubebo, simul in possessione esse iubebo'. 1. Hoc edictum prospicit damno nondum facto, cum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquilae actione et aliis. de damno vero facto nihil edicto cavetur: cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae exent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare. 2. Unde quaeritur, si ante, quam caveretur, aedes deciderunt neque dominus rudera velit egerere eaque derelinquat, an sit aliqua adversus eum actio, et Iulianus consultus, si prius, quam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelletur aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere.

2. LENEL, *Palig.*, II, cols. 746 y sigs. (núms. 1272-1279).

D.39,2,9, pr.: Hoc amplius Iulianus <ait> posse dici compellendum eum, ut etiam de praeterito damno caveret: quod enim re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur. integra autem re unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere quas non defendit. denique, inquit, si quis propter angustias temporis aut quia rei publicae causa aberat non potuerit damni infecti stipulari, non inique praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat. sententiam Iuliani utilitas comprobat. 1. De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur. Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent. 2. Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est. 3. Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses. 4. Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius utrum repromittere damni infecti an satisfacere debeat. et Iulianus scribit, quotiens superficiaria insula vitiosa est, dominum et de soli et de aedificii vitio repromittere aut eum, ad quem superficies pertinet, de utroque satisfacere: quod si uterque cesset, vicinum in possessionem mittendum. 5. Celsus certe scribit, si aedium tuarum usus fructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisfacere debere. quod si in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. idem ait eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum: ergo et si de damno infecto non cavet dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.

D.39,2,11: Quid de creditore dicemus, qui pignus accepit? utrum repromittere, quia suum ius tuetur, an satisfacere, quia dominus non est, debet? quae species est in contrario latere apud Marcellum agitata, an creditori pigneraticio damni infecti caveri debeat. et ait Marcellus inutiliter ei caveri: idemque etiam de eo cavendum qui non a domino emit: nam nec in huius per-

sona committi stipulationem. aequissimum tamen puto huic prospiciendum, id est creditori, per stipulationem.

D.39,2,13, pr.: Qui bona fide a non domino emit, videndum est, numquid repromittat, non etiam satisdet. quod quibusdam videtur: habet autem rationem, ut magis repromittat quam satisdet: suo enim nomine id facit. 1. Sive corporis dominus sive is qui ius habet (ut puta servitutem) de damno infecto caveat, puto eum repromittere debere, non satisdare, quia suo nomine id facit, non alieno. 2. Cum inter aedes meas et tuas sint aliae aedes non vitiosae, videndum est, utrum tu solus mihi cavere debeas an vero et is, cuius aedes vitiosae non sunt, an ille solus, an ambo. et magis est, ut ambo cavere debeant, quia fieri potest, ut aedes vitiosae in aedes non vitiosas incidentes damnum mihi dent. quamvis possit quis dicere non vitio incolumium aedium hoc factum, si aliae in eas incidentes damni causam praebuerunt: sed cum prospicere sibi potuerit damni infecti cautionem, non prospexerit, merito convenietur. 3. Qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia iurare debet: quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur, utrum intersit eius an non, vicinas aedes habeat an non habeat. totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiciendum, cui cavendum sit, cui non. 4. Ceterum neque ei qui in meo deambulet neque ei qui in meo lavet vel in mea taberna devertat, caveri debet. 5. Vicinis plane inquilinisque eorum et inquilinorum uxoribus cavendum esse ait Labeo, item his qui cum his morentur. 6. De illo quaeritur, an inquilinis suis dominus aedium cavere possit. et Sabinus ait inquilinis non esse cavendum: aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt et habent quod sibi imputent, aut in vitium aedes inciderunt et possunt ex conducto experiri: quae sententia verior est. 7. Si quis iuxta monumentum aedificaverit vel iuxta aedificium suum monumentum fieri passus sit, de damno infecto ei postea cavendum non erit, quia rem illicitam admisit: alias autem si monumento aedificium noceat, in quo nihil sit, quod imputari possit ei, ad quem ius monumenti pertinet, cavendum est ei, ad quem ius monumenti pertinet. 8. Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. 9. Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere Marcellus ait. 10. Si quis opus novum nuntiaverit, an nihilo minus damni infecti ei caveri debeat, Iulianus tractat. et magis probat caveri oportere: nam et ei, qui egerit ius adversario non esse altius tollere aedificium, caveri debere. (D.8,2,9: Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio.) Item eum, adversus quem interdictum quod vi aut clam competit, cavere debere Iulianus ait, quia non est cautum neque de

vitio aedium neque de damno operis. 11. Si quis, quia sibi non cavebatur, in possessionem aedium missus fuerit, deinde is cuius aedes fuerunt, cum praeterea alias aedes haberet, desideret ab eo, qui in possessionem missus est, ut sibi damni infecti harum aedium nomine, quarum in possessionem missus est, caveret, an sit audiendus, videamus. et Iulianus scribit: is qui vitiosis aedibus cesserit, si integras retinuerit, numquid improbe ab eo, qui vitiosas aedes coepit possidere, cautionem exigit, cum ideo possessionem amiserit, quia ipse damni infecti satis non dederat? et sane parum probe postulat ab eo caveri sibi earum aedium nomine, quarum ipse cavere supersedit: quae sententia vera est. 12. Si quis stipulaturus iuraverit nec fuerit stipulatus, an postea ei stipulari volenti iurandum sit, videamus. et puto iterum iurandum, quia possit fieri, ut aut tunc aut modo calumniatur. 13. Si alieno nomine caveri mihi damni infecti postulem iurare debeo non calumniae causa id eum, cuius nomine cautum postulo, fuisse postulaturum. 14. Sed si eius nomine postulem, qui, si ipse postularet, iurare non compelleretur, veluti patronus vel parens, dicendum est locum iuriurando non esse: de quo enim ille non iuraret, nec qui vice eius postulat in hac stipulatione debet iurare. 15. Huic stipulationi debet dies esse insertus, intra quem si quid damni contigerit, cautio locum habet: neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione. ipse igitur praetor diem dabit stipulationi, aestimatione habita ex causa et ex qualitate eius damni, quod contingere speratur.

D.39,2,15, pr.: Si finita sit dies statuta in cautione, iterum arbitrato praetoris ex integro erit cavedum. 1. Si vero sine adiectione diei stipulatio fuerit interposita, si quidem ex conventionem, quandoque fuerit commissa, ex stipulatu agitur, si vero per errorem, magis est illud dicendum finito die, in quem alioquin caveri solet, desiderandum esse a praetore, ut liberetur. 2. Deinde ait praetor: 'de eo opere, quod in flumine publico ripae eius fiet, in annos decem satisfacere iubebo'. hic exigitur satisfactio et tempus stipulationi praestituit idcirco, quia in publico fit: cum autem in alieno fiat, satisfactionem praetor iniungit. 3. Notandum, quod non etiam de loci vitio, sed de operis tantum cavetur, quamvis, si in privato fiat, et de loci et de operis vitio caveatur: sed cum locus publicus sit, non erat necesse ibidem opus facienti de alio vitio quam operis satisfacere damni infecti. 4. Si quid igitur damni intra decem annos acciderit, id stipulatione continetur. 5. Et quod ait praetor 'de eo opere', sic accipe de eo damno, quod ex opere fiet. 6. Si quid in via publica fiat, quia in alieno fit, satisfaciendum est. 7. Sed praetor causa cognita tempus pro conditione operis determinabit. 8. Sive autem quis muniat viam sive quid aliud in via publica faciat, debet

cautio locum habere, ne per hoc damno privati contingantur. 9. De ceteris locis publicis nihil specialiter cavetur, verum ex generali sermone, quasi in alieno fiat, satisdari debet damni infecti. 10. Si publicus locus publice reficiatur, rectissime Labeo scribit, eoque iure utimur, de damno infecto non esse cavendum, si quid vitio loci aut operis fiat: certe legem dandam operis talem, ne quid noceat vicinis damne detur. 11. Ex hoc edicto si non caveatur, mittitur in possessionem a praetore in eam partem, quae ruinosae esse videtur. 12. An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus. et extat Sabini sententia in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum, nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat: et verior est Sabini sententia. 13. Sed si in plures partes divisa domus sit, utrum in partem an in totam domum possidendam mitti quis debeat, videamus. si tam ampla domus sit, ut et spatia inter vitiosam partem intercedant et eam quae vitium non facit, dicendum in eam solam partem mitti: si vero unita sit contextu aedificiorum, in totam. itaque et in spatiosis domibus melius dicetur in eam partem domus mittendum, quae vitiosae parti unita est. ceterum si modica portiuncula aedium amplissimarum vitium faceret, quale erat dicere totas aedes iubendum possidere eum, cui damni infecti non caveretur, cum sint amplissimae? 14. Item quid dicemus, si insula adiacens domui vitium faciat, utrum in insulae possessionem an vero in totius domus possessionem mittendum sit? et magis est, ut non in domus possessionem, sed in insulae mittatur. 15. Si plures sunt, qui postulent ut caveatur, omnes mitti in possessionem solent. idemque Labeo probat et si prius quis in possessionem missus sit et alius mitti desideret: nam non spectabimus ordinem, sed habebunt ambo possessionem. quod si iam prior possidere iussus sit et alius damni infecti cavere desideret, tunc nisi caveatur, mittetur in possessionem posterior. 16. Iulianus scribit eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a praetore dominus constituatur. 17. Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem missus fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet cum iussi fuerint possidere. si vero iam constituto domino eo, qui primus in possessionem missus est, Titius damni infecti sibi cavere desiderabit, cessante primo cavere solus Titius erit in possessione. 18. Cum autem plures mittuntur in possessionem, aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret, et merito: nam et cum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum: cum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habe-

bunt. 19. Sed si quis eorum missus in possessionem sumptum fecerit, deinde iubeatur possidere, an sumptum consequi possit is qui fecit et quo iudicio? et placet communi dividendo iudicio consequi eum posse. 20. Si quis autem in possessionem missus, nondum possidere iussus sit, an dominus decedere possessione debeat, videamus. et ait Labeo non decedere, sicuti nec cum creditores vel legatarii mittuntur: idque est verius. 21. Non autem statim ubi misit praetor in possessionem, etiam possidere iubet sed tunc demum, cum iusta causa videbitur (ergo intervallum aliquod debet intercedere), quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse aut emisso in possessionem et aliquamdiu immorato nemo caveat. 22. Si forte dominus rei publicae causa abest aut ex alia iusta causa aut in ea sit aetate, cui subveniri solet, probandum est non debere praetorem festinare ad decernendum, ut iubeat possidere. sed etsi decreverit, nemo dubitat in integrum restitutionem indulturum. 23. Ubi autem quis possidere iussus est, dominus dericiendus erit possessione. 24. Si qua sint iura debita his, qui potuerunt de damno infecto satisfacere, deneganda erit eorum persecutio adversus eum, qui in possessionem missus est: et ita Labeo probat. 25. Item quaeritur in pignoraticio creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui iussus sit possidere. et magis est, ut, si neque debitor repromisit neque creditor satisfacit, pignoris persecutio denegetur. quod et in fructuario recte Celsus scribit. 26. Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus nec iubendum possidere (nec enim dominium capere possidendo potest), sed decernendum, ut eodem iure esset, quo foret is qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit. 27. Sed in vectigali praedio si municipes non caverint, dicendum est dominium per longum tempus adquiri. 28. Eleganter quaeritur, si, dum praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit. et missio quidem cessabit: praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut, si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat. 29. Si pupillus tutorem non habeat, quo auctore damni infecti promittat, quasi non defendatur, missio in possessionem locum habebit. 30. Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere sunt qui putent eamque culpam praestare exemplo eius, qui pignori accepit. sed alio iure utimur: cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit. 31. Item videamus, si ei cautio offeratur, posteaquam missus est, an non prius decedere debeat, quam si ei caveatur etiam de eo damno, quod contigit, posteaquam missus est in possessionem? quod quidem magis probatur: repetita igitur die

promittendum erit. hoc amplius de impensis quoque, si quas fecerit, erit ei cavendum. 32. Illud quaeritur, ex quo tempore dami ratio habeatur, utrum ex quo in possessionem ventum est, an vero ex quo praetor decrevit, ut eatur in possessionem. Labeo, ex quo decretum est: Sabinus, ex quo ventum est in possessionem: ego puto causa cognita modo hanc modo illam sententiam probandam. plerumque enim subvenitur etiam ei, qui missus in possessionem aliqua ex causa aut non venit aut tardius venit in possessionem. 33. Posteaquam autem quis possidere iure domini a praetore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: et ita Labeo: ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur: et est hoc verissimum seposito eo, quod quibusdam vel aetate vel qua alia iusta causa subvenitur. 34. Si iam ruerunt aedes, an in possessionem ruinae vel areae mittendus sit nihilo minus is, cui cautum non est, videamus. et magis est, ut mitti debeat, et ita Labeo: sed adicit, si, posteaquam decreverit praetor eum in possessionem mittendum, tunc aedes deciderint: et puto Labeonis sententiam veram. proinde et si refecit aliquid, erit probandum non prius eum discessurum, quam si ei sarciatur et de praeterito caveatur. potest autem et in factum actione recipere hoc quod impendit, sed non amplius, quam quod boni viri arbitrato factum sit: idem est et si alius iussu rogatve meo eorum quid sine dolo malo fecerit et eo nomine condemnatus sim aut dederim sine dolo malo. 35. Si quis metu ruinae decesserit possessione, si quidem, cum adjuvare rem non posset, id fecit, Labeo scribit integrum ius eum habere, perinde ac si in possessione perseverasset: quod si, cum posset succurrere, maluit relinquere, amisisse eum praetoris beneficium neque, si postea succurri sibi velit, audiendum eum. Cassius autem ait, si metu ruinae recesserit, non hoc animo, ut aedificia dereliqueret, restituendum in possessionem: eum tamen, qui missus in possessionem non accesserit, si aedificia ruerint, beneficium praetoris amisisse scribit. hoc ita accipiendum erit, si venire in possessionem neglexit, non si dum venit ruerunt. 36. Si quis ex hoc edicto a praetore in possessionem missus non est admissus, in factum actione uti poterit, ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset: extenditur enim actio in id tempus, quo damnum committitur.

D.39,2,17, pr.: Si quis missum in possessionem, cum esset in aliena potestate, non admiserit, plerique putant noxalem actionem eo nomine competere. 1. Quid deinde, si procurator prohibuerit, utrum in ipsum an in dominum dabimus? sed verius est in ipsum dandam. 2. Sed et in actore municipum tutore ceterisque, qui pro aliis interveniunt, idem erit dicendum. 3. Actio ista, quae in factum est, perpetuo dabitur, et heredi et in heredem ceteras-

que itemque ceteris personis. 4. Iudex, qui de damno infecto cognoscit, etiam alienato praedio ab eo, cum quo actum fuerit, damnum aestimare solet omne, quodcumque ante iudicium contigit.

Ulpiano empieza (frag. 7 pr.) por transcribir el texto edictal. Buena parte de la doctrina duda de la integridad de este texto. Aparte la omisión de un *non* ante *satisdabitur*³, observan Karlowa⁴ y Lenel⁵ que debe de faltar la cláusula relativa al *opus quod in via publica fiet* en correspondencia con la del *opus quod in flumine publico ripave eius fiet*, que sí aparece en la cláusula edictal⁶. También señala Lenel⁷ la posible ausencia de otra cláusula correspondiente al comentario que extiende la acción prometida en el edicto (*in eum ... iudicium dabo*) a otras situaciones, recogido en D.43,4,4,4 (Ulp., 69 *ad ed.*)⁸. Por otra parte, mientras Burckhard⁹ sostiene que el edicto debe ser referido exclusivamente al *vitium aedium*, Karlowa¹⁰, por el contrario, sostiene que también faltaría una cláusula en la cual se trataba de las tres hipótesis de *vitia: aedium, loci, operis*; pero agudamente critica Branca¹¹ esta última opinión, ya que el pretor, al proponer en el Edicto los distintos modelos de *cautiones damni infecti*¹², ya se referiría a cada uno de los tipos concretos de *vitia*, por lo que no era necesario hacer tales distinciones en el edicto general de *damno infecto*. Por último, observamos por nuestra parte que debe de haberse suprimido una parte del texto edictal inmediatamente antes de la cláusula sobre la *missio in possessionem* (*in eum . . iubebo*), pues este recurso era inaplicable en

3. LENEL, *Palinq.*, II, col. 746, n. 2; BRECKMANN (vid. KRUGER, *ad leg.*) leía el *non* en lugar de *nomine*.

4. KARLOWA, *RRG*, II, págs. 1246 y sigs.

5. LENEL, *EP*³ § 175, pág. 372.

6. La cláusula desaparecida del texto es la comentada en D.39,2,15,6 (cfr. frag. 15, § 9), así como la conservada es la comentada en frag. 15, § 2-5.

7. LENEL, *EP*³, § 175, pág. 372.

8. Vid. c. IV.

9. BURCKHARD, págs. 26 y sigs.

10. KARLOWA, *RRG*, II, págs. 1244 y sigs.

11. BRANCA, pág. 351.

12. LENEL, *EP*³, tít. XLV, § 292, págs. 551 y sigs.; cfr. BRANCA, págs. 353 y sigs.

los supuestos de obras en lugares públicos, para los que resultaba aplicable, como veremos (cap. V), la denuncia de obra nueva. Esta supresión se refleja igualmente en el texto conservado del comentario de Ulpiano (vid. infra cap. I, vi). Quizá los compiladores suprimieron las referencias en esta sede a la *novi operis nuntiatio*, por la razón de que a ésta se dedicaba ya el título anterior del Digesto (39,1). La caída de la cláusula relativa a las obras en la *via publica* probablemente fue producida por un arrastre involuntario de esa mención de la *novi operis nuntiatio* que la seguía. En todo caso, parece necesario suponer que ha sido alterado el comienzo de la cláusula relativa a la *missio in possessionem*, la cual debe referirse no a lo inmediatamente anterior, como resulta en el texto actual, sino a otra cláusula suprimida en la que se hablaría de los supuestos de *vitium aedium* o *loci*, pues sólo a éstos puede referirse la *missio in possessionem*.

Nos interesa ahora seguir el orden temático de este comentario de Ulpiano al texto edictal, para luego extraer los datos que, en unión de otros procedentes de otros textos jurisprudenciales (del mismo Ulpiano y otros autores), permitan una más ajustada reconstrucción dogmática del trámite de la *cautio damni infecti* y concretamente de los expedientes jurisdiccionales que pueden sustituirla.

1. “*Damnum infectum*” (frag. 7, §§ 1-2, y frag. 9 pr.-§ 3)

En el fragmento 7, § 1, señala Ulpiano que el edicto se refiere al daño que todavía no se ha producido (*damnum “infectum”*), y no al ya causado (*damnum factum*): “sobre el daño ya producido nada dispone este edicto”¹³. Sin embargo, como veremos inmediatamente,

13. BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 397, n. 1, cree que este § 1 es de Ulpiano. Por el contrario, BESELER, *Beitrag*, II, pág. 87 (cfr. *Studi Riccobono*, I, pág. 380); BIONDI, *Le “actiones noxales” nel diritto Romano classico*, en *Annali Palermo*, 10 (1925), págs. 27 y sigs.; BRANCA, págs. 296 y sigs., y KASER, *Das Römische Privatrecht. II. Die nachklassischen Entwicklungen* (München, 1959), págs. 196, n. 70, creen que se trata de un texto no-ulpianeo, de comparación de los daños causados por cosas inanimadas y por animales: cuando un objeto inanimado causa un daño, no hay responsabilidad noxal, como ocurre con los animales, precisamente porque la cosa que causa el daño no subsiste. Ahora bien, esto no es cierto, pues,

en este edicto de *damno infecto* sí se preveía algo para la indemnización del *damnum factum*, y debemos pensar, por tanto, que este *edictum* no es el edicto completo, sino esa primera cláusula, la que Ulpiano está comentando concretamente en el § 1.

En el § 2 se presenta Ulpiano el problema del daño causado antes de darse la caución. Siguiendo la opinión de Juliano, habla Ulpiano de: a) un interdicto, que los comentaristas medievales llamaron y podemos seguir llamando “*de ruderibus tollendis*”¹⁴, por el que se exige del vecino la retirada de los escombros caídos en la finca del demandante, y b) una *cautio* no sólo para prevenir el daño futuro, sino también *de damno praeterito*. Esta discusión, siempre bajo la autoridad de Juliano, prosigue en el fragmento 9 (pr.- § 3), donde se explica el alcance de la *cautio de damno praeterito*, y se traen a comparación otros ejemplos similares a los de la recogida de escombros. Sobre los problemas que presentan estos párrafos, en relación, sobre todo, con el aparentemente contradictorio fragmento 6 de Gayo, hemos de tratar luego especialmente.

2. “*Repromissio*” o “*Satisdatio*” (frag. 9, §§ 4-5, y frag. 11)

Es sabido que las *praetoriae stipulationes* pueden consistir, o bien en la simple promesa verbal prestada por aquel a quien es impuesta (*repromissio*), o bien en una promesa con garantía y entonces se denomina *satisdatio*¹⁵. La cláusula edictal del fragmento 7 pr. declara que la *repromissio* se exige solamente en la caución *suo nomi-*

aunque el edificio o parte del edificio, que causa el daño, convertido quizá en escombros, no subsista, queda siempre el inmueble y, de hecho, veremos que el abandono del inmueble sirve precisamente para exonerar al propietario del deber (pretorio) de dar caución. Por lo tanto, aparte los defectos formales observados en este § 1 por los autores críticos antes mencionados, la comparación con los animales parece impropia de Ulpiano. Es más, este lugar parecía apropiado para hablar de ese abandono exonerativo, del que el mismo Ulpiano va a hablar tan sólo después, y en relación con él la comparación con el abandono noxal de los animales quizá hubiera podido ser oportuna, pero Ulpiano no habla aquí de tal abandono exonerativo. Con todo, no insistiremos en esta crítica, porque el pasaje es irrelevante para la cuestión de fondo y, concretamente, para el tema que aquí nos ocupa.

14. Vid. *infra*, cap. III, n. 1.

15. Ulp. D.46,5,1,5.

ne, mientras si alguien presta caución *alieno nomine*, debe dar *satisdatio: damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdare iubebō*. Pero quién presta caución *suo nomine*, quién *alieno nomine*, no lo dice expresamente el edicto y por esto los mismos juristas muestran dudas y divergencias en el criterio de la diferencia de uno y otro tipo de caución¹⁶; tampoco la romanística moderna presenta unanimidad a este respecto¹⁷. Adoptaremos el criterio más aceptado, y que parece ser también el de la jurisprudencia clásica, de que, mientras el propietario de la finca o de las *aedes* no debe dar más que una simple promesa (*repromissio*), los que lo hacen en su lugar en cuanto titulares de un derecho real sobre la cosa distinto al de propiedad, deben dar la promesa garantizada (*satisdatio*); a nada más pueden hacer referencia las palabras de D.43,15,1,3 (Ulp., 68 *ad ed.*): *Is autem qui ripam vult munire, de damno futuro debet vel cavere vel satisdare secundum qualitatem personae...* Por lo demás, Ulpiano se plantea los casos de concurrencia de la propiedad con otros derechos reales.

En primer lugar, se pregunta Ulpiano (frag. 9, § 4) qué forma de garantía debe dar el superficiario. Para Juliano, según Ulpiano, mientras el propietario del edificio sólo debe dar simple promesa (*promittere*) por el defecto del terreno y del edificio (*vitium loci, aedium o insulae*), el superficiario debe dar garantía por uno y otro vicio. Si ninguno de los dos lo hace, se pone al vecino amenazado en posesión de la casa (*vicinum in possessionem mittendum*)¹⁸.

16. Vid., p. ej., D.39,2,11; 13; 30,1. PAUL. D.50,16,61, por lo demás, indica que el que puede exigir la *satisdatio*, puede contentarse con una *repromissio*.

17. Sobre las distintas teorías, vid. la excelente exposición de BURCKHARD, págs. 344 y sigs.

18. Para BESELER, *Beitrage*, I, pág. 104, Ulpiano no se refería aquí al superficiario, sino al usufructuario, y el texto debería corregirse así: *Quaestitum est, si <dominium> [solum] sit alterius, <ususfructus> [superficies] alterius, <fructuarius> [superficiarius] utrum repromittere damni infecti an satisdare debeat. et Iulianus scribit [, quotiens superficiaria insula vitiosa est,] dominum [et de soli et de aedificii vitio] repromittere aut eum, ad quem <ususfructus> [superficies] pertinet, [de utroque] satisdare <debe- re>: quod si uterque cesset, vicinum in possessionem mittendum.* También D.h.t 13,8 estaría interpolado, según BESELER: [*Superficiarium et fructua-*

Cuando se trata de derecho de usufructo (§ 5), se continúa con el principio general: mientras el propietario (nudo propietario en este caso) sólo debe dar simple promesa, el usufructuario debe garantizar. Si el usufructuario no da la caución garantizada por fiadores (*satisdatio*), entonces el *missus* impedirá su derecho (*uti frui prohibebit*), cosa que también podrá impedir el propietario por haber tenido que prometer él, como igualmente puede impedir el propietario el usufructo al titular que no hizo las reparaciones necesarias¹⁹. En

rum damni infecti utiliter stipulari hodie constat]; BRANCA, pág. 211, n. 3, se adhiere a la hipótesis de Beseler, ya que, según él, el *superficiarius* no es titular de un *ius in re*, en el derecho clásico. Pero creemos que el que el § 5 hable del caso de usufructo, repitiendo la misma idea, prueba mejor que no se hablaba de él en el § 4. Para la legitimación pasiva del superficiario, vid. Gai. D.39,2,19 pr. En realidad, sólo el deseo de negar al superficiario toda idea de acción real parece haber determinado esta crítica. Sobre la *vindicatio utilis* del superficiario ya en época clásica, vid. ahora d'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*, en *Iura*, 20 (1969), págs. 77 y sigs.

19. BESELER, *Beitrag*, I, pág. 104, corrige así este texto: <quoque> [certe] <te> [dominum]. La palabra *quoque* está determinada aquí por el deseo de enlazar con el § 4, que según Beseler (vid, nota anterior) hablaba ya del usufructo y no de la superficie. La sustitución de *dominum* por *te* parece obligada por *aedium "tuarum"*, pero habría que corregir igualmente las otras referencias al *dominus* que se hacen después, y que Beseler no corrige; así, parece mejor dejar, a pesar de todo, esa traslación del *te* exigido al *dominus* que figura en el texto. En este sentido, BRANCA, pág. 212, nota 1. Por su parte, BORTIOLUCCI, *Studi critici e giuridici sul Digesto (Sulla "cautio usufructuaria")*, en *BIDR*, 21 (1909), págs. 112 y sigs., ve aquí una *actio prohibitoria* contra el usufructuario que no hace reparaciones (*qui non reficit*) en la cosa, para identificar esta acción con la de D.7,1,13,2 (Ulpiano, 18 *ad ed.*), que procede contra el usufructuario que por su omisión determina daños a la cosa (*qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur*); G. SEGRE, *La denominazione di "actio confessoria" in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, en *Mélanges Girard*, 2 (París, 1912), pág. 564, n. 4, en cambio, sostiene para nuestro texto la tesis Leneliana de la *actio negatoria* (vid. *EP*³, págs. 190 y sigs.) y para D.7,1,13,2, parece insinuar el ejercicio de la *actio ex stipulatu* de la *cautio usufructuaria*; opinión que confirmamos en nuestro estudio *Sobre una pretendida "actio" arbitraria contra el usufructuario*, en *AHDE*, 43 (1973), págs. 353 y sigs. Para la legitimación pasiva del usufructuario, vid. Gai. D.39,2,19 pr. Sobre el caso de finca en usufructo

tercer lugar (frag. 11) se pregunta Ulpiano por el acreedor pignoraticio, pero en lugar de dar respuesta al caso²⁰, dice Ulpiano que Marcelo negaba que el acreedor pignoraticio pudiera exigir la caución del vecino, cuestión de legitimación activa que Ulpiano trata después. Es más, parece implicarse la misma solución negativa para el comprador de buena fe, del que habla después en el fragmento 13, § 9. Es probable que Ulpiano hablara aquí tan sólo del acreedor pignoraticio y no del comprador de buena fe²¹. Con todo, la

trata igualmente Paulo en D.39,2,10: el nudo propietario, según Casio, debe dar la *repromissio*; si no la da, ni el usufructuario da la *satisdatio*, procede la *missio in possessionem* en contra de ambos; si el nudo propietario da la *repromissio* y el usufructuario no le garantiza el riesgo (hay que suponer que el *caveat* no se refiere a la *cautio usufructuaria* que ya habría dado), debe denegarse, según dice Juliano, la *vindicatio ususfructus*; por último, si el usufructuario tiene que pagar algo por el *vitium soli*, dice el texto que *ius domini ad eum transferri oportet*. Esta expresión, quizá compilatoria, no aclara el procedimiento de expropiación contra el nudo propietario, que podría haber consistido en una excepción (event. denegación de acción) contra su reivindicatoria, acción negatoria o incluso *actio ex stipulatu* (por la caución usufructuaria). También puede darse la *cautio* entre el usufructuario y el nudo propietario (D.39,2,20), de modo que éste puede exigir de aquél la caución por un *vitium operis* (de la obra que hace el usufructuario), y el usufructuario, a su vez, puede exigirla del nudo propietario por el *vitium loci*; no por el *vitium aedium*, ya que el usufructuario puede hacer las reparaciones necesarias: Paul. D.39,2,18,2 (*quia reficiendi habet facultatem*); por tanto, tampoco el nudo propietario puede exigirle la caución por *vitium aedium* en defensa de una casa vecina, ya que dispone contra el usufructuario de la acción que nace de la caución usufructuaria (Paul. *ibid.*).

20. Para BRANCA, pág. 214, n. 2, el texto, precisamente por no responder a la cuestión planteada, estaría interpolado.

21. Para la crítica del frag. 11, vid. ALFRED PERNICE, *Labeo*, II, 1 (Halle, 1895), pág. 439, n. 1; BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 404, n. 5, y en *Notas a Burckhard*, pág. 242, n. S. Para estos autores, la parte final del texto *aequisimum tamen puto huic prospiciendum* está interpolada y debía referirse, en los compiladores, al comprador de buena fe, no al acreedor pignoraticio (*id est creditori*), ya que el comprador de buena fe (*qui non a domino emit*) es el sujeto próximo del *huic* como el del anterior *huius*, no el acreedor pignoraticio. También para PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*², I (Roma, 1928), pág. 741, n. 2, la legitimación activa del acreedor pignoraticio sería interpolación justiniana. Por nuestra parte, creemos que es precisamente el planteamiento del comprador de buena fe lo que está

falta de respuesta y el anticipo del tema de la legitimación activa permiten pensar que el texto ha sido profundamente alterado. El comprador de buena fe (frag. 13 pr.), por su parte, debe prometer simplemente, pues lo hace a propio nombre ²².

En fragmento 13, § 1, se dice que, tanto el propietario como el que tiene un derecho real, una servidumbre, por ejemplo ²³, deben prometer simplemente y no garantizar, pues lo hacen a nombre propio. Esto está en clara contradicción no sólo con la exigencia de *satisdatio* en caso de exigirse la caución de un usufructuario, superficiario, etc., como hemos visto, sino también con el fragmento 15, § 24, en el que se dice expresamente que los titulares de *iura* deben *satisdare* ²⁴. Así, pues, debemos admitir que el texto no se nos presenta en su forma auténtica. Las críticas han sido varias, pero en nuestra opinión, ninguna conclusiva, ni siquiera orientadora ²⁵. Nos parece probable que el texto haya sido referido violentamente por los compiladores a la servidumbre ²⁶, cuando Ulpiano presentaba en él una alternativa que nada tenía que ver con las servidumbres. La duda está en cuál pueda ser esta alternativa. Podría tratarse de comparar el propietario de toda la finca con el que sólo lo es de una parte ideal de la misma, es decir, el copropietario pro indiviso; pero también podría pensarse en la comparación del propietario civil con aquel *qui <in bonis> [ius] habet*. Esta última posibilidad explicaría mejor la intervención de los compila-

interpolado, pues de él se trata en frag. 13 pr., y entonces estaríamos frente a un glosema anticipador, para nosotros desde *idemque etiam de eo cavendum comitti stipulationem* (MOMMSEN corrige *cavendum* por *statuendum*, vid. KRUGER, *ad leg.*). Para la legitimación pasiva del acreedor pignoraticio, vid. también Gai. D.39,2,19 pr.

22. Cfr. nota anterior. BESELER, *Beitrage*, V, pág. 67, conjetura una controversia de opiniones sobre este punto, resumida por los compiladores; pero lo hace llevado tan sólo por su prejuicio contra la palabra *ratio*.

23. Sobre el frag. 15, § 24, que parece hablar otra vez de los titulares de servidumbres como pasivamente legitimados: vid. infra. 6.

24. Vid. infra *ad*, frag. 15, § 24.

25. Vid. BONFANTE, *Corso*, III, pág. 5, n. 2; SEGRE, *La denominazione di "actio confessoria"*, pág. 536, n. 1 (a la pág. 529), y PEROZZI, *Istituzioni* ², cit. I, pág. 614, n. 2.

26. Esto no supone, de todos modos, negar la legitimación pasiva de los titulares de servidumbres, de los que se habla en h.t.15,24.

dores. En todo caso, parece evidente que sólo el propietario, sea civil, sea pretorio, sea del todo, sea de una cuota, es quien puede dar la caución *suo nomine*.

Terminada la cuestión de la legitimación pasiva en consideración a la titularidad de los vecinos, en el § 2 Ulpiano presenta el supuesto de que el propietario de una casa teme sólo indirectamente el daño de otra que amenaza ruina, porque entre ellas hay una tercera casa que es la directamente amenazada: el propietario de aquella finca directamente amenazada puede exigir garantía a los otros dos propietarios, ya que el propietario de la casa directamente amenazada había de tener la precaución de pedir él la caución de daño temido al propietario de la casa ruinosa ²⁷.

3. "Postulatio cautionis" (frag. 13, §§ 3-14)

Pasa luego Ulpiano (§ 3) a tratar de la legitimación activa de la *postulatio cautionis*, la cual depende del *iusiurandum calumniae* que se exige en el mismo edicto citado en fragmento 7 pr.; es decir, del juramento que debe hacer quien pretende la *cautio*, de que no la solicita por vejar al contrario; si así lo jura, es admitido para recibir la caución, con la consecuencia de que no se investigará si efectivamente tiene interés o no, o si la casa de la cual se teme proceda el daño es vecina o no. Por lo demás, el *dare cautionem* o el *denegare cautionem* depende enteramente de la jurisdicción pretoria ²⁸; por ejemplo, dice Ulpiano (§ 4), no puede exigir la caución el que simplemente está paseando por finca ajena, o ha entrado en ella para lavar, o el que ha entrado en una tienda. Están legitimados activamente, según Labeón, los propietarios vecinos, los inquilinos del inmueble, así como sus mujeres y los que con ellos conviven (§ 5) ²⁹. Ahora bien, ¿estarán legitimados activamente los

27. LENEL, *Palng.*, II, col. 748, n. 2, para quien sería una glosa la frase [*an ille solus an ambo*]; le sigue KRUGER, *ad leg.*

28. BONFANTE, *Corso*, II, I, pág. 398, n. 3, rechaza la crítica de la parte final del texto (hecha por NABER, *Mnemosyne*, 25 [1897], pág. 307, n. 4, citado por Bonfante) *totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiciendum, cui cavendum sit, cui non*.

29. BONFANTE, *Notas a Burckard*, pág. 213, n. qu., parece indicar que el § 5 está interpolado, sin indicar el alcance de la alteración. Por lo demás,

inquilinos de una casa para exigir la *cautio* del propietario de la misma? Sabino, según dice Ulpiano (§ 6), opinaba que no, ya que, si desde un principio la casa tenía el defecto y no obstante los inquilinos la arrendaron, debieron haberlo pensado mejor, y si el defecto sobrevino después del contrato, los inquilinos pueden reclamar del arrendador con la acción del contrato³⁰. Por lo demás, si alguien construye al lado de un monumento sepulcral o hubiese tolerado que se hiciese dicho monumento al lado de su casa, no queda legitimado activamente para la *cautio damni infecti*; por el contrario, sí queda legitimado el titular del *ius sepulchri* si el edificio daña el monumento sin que se le pueda reprochar nada al titular del sepulcro (§ 7)³¹. Según Ulpiano (§ 8), *hodie constat* que el superficiario y el usufructuario pueden estipular eficazmente por el *damnum infectum*³²; no así el comprador de buena fe de cosa

cree que esta legitimación activa del inquilino a la que alude también el fragmento 21 de Paulo, del que trataremos después, es obra de los compiladores. Se dice que la caución sería en este caso por el daño que pudieran sufrir los muebles del inquilino, pero este punto no resulta evidente, ya que no debe excluirse el interés por el arrendamiento del inmueble dañado.

30. BESELER, *Beitrage*, III, pág. 122, considera especialmente extraña la expresión *aedes in vitium inciderunt*, y reconstruye el texto así: *De illo quaeritur, an inquilinis suis dominus aedium cavere <cogi> possit. et Sabinus ait inquilinis non esse cavendum: aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt [et habent quod sibi imputent] aut [in vitium aedes inciderunt et] possunt ex conducto experiri: quae sententia verior est*. Por otro lado, el hecho de que Paulo en el frag. 21 parezca interesado en el problema de la concurrencia del hijo inquilino, cuya legitimación activa da por supuesta, y su padre, inclina a pensar que el texto no fue interpolado para introducir esa nueva legitimación a la *cautio* y correspondiente *missio*.

31. BESELER, *Beitrage*, III, pág. 123, señala estas interpolaciones al texto: [*vel — sit*] [*alias autem*], [*in quo — pertinet*]; pero es posible que este § 7 haya sido más extensamente alterado.

32. Se vuelve a tratar aquí del superficiario y del usufructuario, pero desde el punto de vista de la legitimación activa. La cuestión respecto al superficiario queda prejuzgada por la aceptación o no de una acción real para aquél; en consecuencia, BESELER, *Beitrage*, I, pág. 104, da por interpolado todo el fragmento. Igualmente en *Beitrage*, II, pág. 103 (cfr. n. 18). También siguen esta opinión BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 404; PEROZZI, *Istituzioni*², cit. I, pág. 741, n. 2, y BRANCA, pág. 82, n. 1. Para otros autores, vid. *Ind. Interp. s. l.*, Cfr. supra, n. 18.

ajena, según Marcelo (§ 9)³³. Luego se afirma (§ 10) que, según Juliano, el que ha hecho una *operis novi nuntiatio*, puede exigir la *cautio damni infecti*, así como aquel que ejercitó la acción de la servidumbre *altius non tollendi* o el interdicto *quod vi aut clam*³⁴. Por el contrario, no está legitimado activamente aquel que ha sido desposeído por no dar la *cautio* y luego pide la *cautio* para defender otra casa contigua de su propiedad, que retuvo por no amenazar ruina; efectivamente, no está bien que pida la caución por la ruina de aquella casa por la cual él dejó de darla (§ 11)³⁵. Por último (§ 12), dice Ulpiano que, si alguien hubiera dado el *iusiurandum calumniae*, pero no llegó a estipular, y más tarde quiere hacerlo, debe volver a jurar, pues la intención de vejar puede darse en uno u otro momento.

Respecto a la legitimación activa para la *postulatio cautionis alieno nomine*, se observa lo siguiente (§§ 13-14): en principio, aquel que la solicitó en nombre de otro debe prestar el *iusiurandum calumniae*, pero si aquel a quien se representa no estuviera obligado a jurar, tampoco quien la pide en su nombre estará obligado.

4. “*Dies cautionis*” (frag. 13, § 15, y frag. 15, §§ pr.-1)

La estipulación debe contener un plazo (*dies cautionis*) dentro del cual obliga al resarcimiento en caso de producirse el daño, ya

33. Cfr. supra, n. 21. Vid. *Ind. Interp. s. l.*

34. LENEL, *Paling.*, II, col. 748, intercala en este párrafo, entre *caveri debere . item eum*, el texto de D.8,2,9 (Ulp. 53, *ad ed.*). *Cum eo, qui tollendo obscurat vicin aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*; en el cual se excluye dicha posibilidad si no se ha constituido previamente la servidumbre. Sobre la relación de la *operis novi nuntiatio* con nuestra *cautio*, vid. infra, cap. V.

35. BRANCA, pág. 357, n. 3, siguiendo a Beseler (cit. ibi) también considera interpolado el texto, porque, según él, parece exigir una *satisdatio* del propietario de la casa ruinosa, el cual, como es sabido, sólo debe *promittere*. Pero esto no es acertado, porque la caución se pide no de un propietario, sino de un poseedor (*ex secundo decreto*), que sólo será propietario al completar la usucapión. La expresión *is qui vitiosis aedibus cesserit* parece indicar que hubo un abandono de la finca que motivó el segundo decreto (*coepit possidere*). No fue propiamente una *derelictio* de la propiedad, pues él sigue siendo propietario en tanto el *missus* no complete la usucapión. Esa *derelictio* fue sólo un abandono de la posesión (*possessio-nem amiserit*).

que no se puede quedar obligado a perpetuidad por dicha estipulación. El pretor fija dicho término habida cuenta de la situación y del daño que se teme pueda producirse (§ 15)³⁶. Terminado el plazo establecido en la caución, si perdura el riesgo, deberá darse otra de nuevo (*ex integro*) conforme al arbitrio del pretor (frag. 15 pr.). Ahora bien, si las partes, de común acuerdo, no señalan un término en la estipulación, podrá ejercitarse la correspondiente *actio ex stipulatu* en cualquier momento en que se incurra en ella: pero si el plazo no fue establecido por error, entonces, al terminar el plazo que suele darse (*caveri solere*), el promitente debe solicitar al pretor su liberación (frag. 15 § 1). •

5. Caución de daños en lugares públicos (frag. 15, §§ 2-10).

Empieza Ulpiano (frag. 15, § 2) por repetir (cfr. frag. 7 pr.) la cláusula edictal referente a la caución exigida de quien hace una obra en lugar público y puede con ello ocasionar algún daño a otras personas: “*de eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo*”. Como aclara Ulpiano a continuación, el carácter público del terreno es lo que justifica, por un lado, el señalamiento del plazo de diez años (§ 4) y, por otro, la exigencia de *satisdatio*, pues se pide la caución de quien no puede ser propietario³⁷. Aclara enseguida (§ 3) que la caución de daño temido, cuando se trata de terreno público, se da, no por el defecto del mismo (*vitium loci*), sino por el de la obra (*vitium operis*), mientras que cuando se trata de terreno privado se da caución por uno y otro concepto³⁸. Luego (§ 5), que la expresión edictal “por esa obra” (*de eo opere*) debe entenderse como referencia a todo daño causado por aquella obra.

36. Vid. infra y n. 37.

37. Para el plazo, véase D.43,15,1,1 y 3. Respecto al § 2 del fragmento 15, debe eliminarse evidentemente la frase reiterativa *exigitur satisdatio et*. MOMMSEN *ad leg.*, y LENEL, *Palings.*, II, col. 749, n. 3; BESELER, en SZ, 51 (1921), pág. 7. elimina también *hic.*; BONFANTE, *Notas a Burckhard*, pág. 357, nota 3, y en *Corso*, II, 1, pág. 410, n. 4, y pág. 411, n. 1, censura la comparación con el que obra *in alieno*, tanto aquí como en los §§ 6 y 9, pero véase en contra BRANCA, pág. 360.

38. BESELER, *Beitrage*, I, pág. 54, señala como interpoladas las palabras

Nos encontramos a continuación (§ 6) con un comentario de Ulpiano que no tiene su base en el texto edictal (en frag. 7 pr.), y por ello Lenel³⁹ sospecha, como ya hemos dicho, que en él ha caído la respectiva cláusula de *opus quod in via publica fiet*. Si se construye algo en la vía pública, debe darse garantía, porque se trata de terreno ajeno (*in alieno*); esta consideración se hace extensiva (§ 9)⁴⁰ a los demás lugares públicos (*ceteris locis publicis*), a los que el edicto no se refería especialmente. En este tipo de caución, el pretor, previa cognición de causa, señala un plazo según la condición de la obra de que se trate (§ 7). Esta caución se debe dar no sólo por la construcción de la obra, sino también cuando se repara la vía pública o se hace algo en ella, garantizando así que los particulares no sufran perjuicio (§ 8), pero cuando la reparación de la vía pública se hace por gestión pública, cesa la caución, como dice Labeón, y sólo se impone la observancia de la *lex* dada a la contrata de *opere faciendo* (§ 10).

6. “*Missio in possessionem*” (frag. 15, §§ 11-36, y frag. 17)

A continuación, Ulpiano trata de la *missio in possessionem* en contra del que deja de dar la caución solicitada y decretada como necesaria. Este comentario se refiere, evidentemente, a la cláusula edictal conservada en fragmento 7 pr.: “*eum cui ita non cavebitur ... possidere iubebo*”; es decir, que el comentario de Ulpiano ha sido cortado en la parte anterior a esta referencia a la *missio in possessionem*, con lo que se da la falsa impresión de que la *missio in possessionem* vale también en relación con la cláusula anterior de obra hecha en lugar público. Una supresión similar debe de haberse hecho incluso en el texto edictal de fragmento 7 pr., donde, aparte la omisión de la cláusula a la obra hecha en *via publica* (comentada por Ulpiano en frag. 15,6), se hacía referencia, probablemente, al recurso pertinente para exigir la caución en estos casos de obra en lugar público, que parece tener que ser, como veremos (cap. V), la *novi*

[*notandum, quod*] [*etiam*], quizá sin razón. Sobre el régimen del *vitium operis*, vid. infra, cap. V.

39. LENEL, *EP*³, § 175, pág. 372.

40. Vid. supra y n. 37.

operis nuntiatio, que es el recurso normal para todos los casos de *vitium operis*. Por lo demás, en estos casos de obras en lugares públicos, la *missio*, que conduce en último término a la expropiación del suelo, era imposible y el recurso más apropiado era el de la mencionada denuncia con el consiguiente interdicto demolitorio.

La *missio in possessionem*, en sentido estricto, tiene como fin el coaccionar al demandado a dar la caución, aunque sólo sea por la molestia que produce la presencia del demandante en la finca⁴¹. Podemos llamar al decreto de esta *missio* preventiva “*primum decretum*”, ya que Ulpiano (frag. 15, § 16) habla de “*secundum decretum*” para referirse a aquél por el que el *missus* desplaza al demandado de la posesión y empieza a usucapir en propio provecho, sin ulterior posibilidad de ofrecimiento de la caución por parte del demandado. Para referirse al primero y al segundo momento de este trámite pretorio, Ulpiano habla respectivamente de *in possessionem mittere* y de *possidere iubere*. Debe advertirse, sin embargo, que para referirse al trámite completo visto desde su momento inicial utiliza la primera expresión, que puede, por lo tanto, abarcar también el segundo momento, pero que cuando se trata exclusivamente de los efectos del segundo decreto no se utiliza ya la primera expresión, sino la de *possidere iubere*⁴².

Empieza Ulpiano (§ 11) por enunciar el principio general: cuando no se da la caución que impone el edicto, se pone al legitimado activamente en posesión de aquella *pars* del inmueble *quae ruinosa esse videtur*. Pero, enseguida, Ulpiano, siguiendo la opinión de Sabino, dice que en la hipótesis de una casa que amenaza ruina, debe ponerse en posesión de la casa entera, pues de nada serviría ser puesto en posesión de algo que no se puede o no conviene poseer separadamente (§ 12)⁴³. Ahora bien, si la casa está dividida en

41. Vid. D.36,4,5 pr.: *ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat*. En este sentido, la *missio* garantiza la futura caución; vid. frag. 15,30 (*vice cautionis*).

42. Sobre la excepción del § 24, vid. infra, n. 60.

43. A. GUARNERI-CITATI, *Miscellanea esegetica*, I, en *Annali Perugia*, 1924, págs. 39 y sigs., critica la referencia a una *pars*, que aparece sin determinar el objeto: no sólo la segura reconstrucción del edicto: “*in possessionem eius rei*” (cfr. frag. 7 pr.), estaría en contradicción con la cita de la *pars*, sino que también el § 11 estaría en contradicción con el siguiente

varias partes, ¿habrá que poner en posesión de una parte o de la casa entera? Depende: si la casa es tan grande que quedan espacios entre la parte que tiene el defecto y otra que no lo tiene, habrá que decir que se pondrá en posesión tan sólo de aquélla; pero si están unidas formando un conjunto de edificios, se pondrá en posesión de la casa entera. Por otra parte, si el defecto de una casa muy

(§ 12), que habla de que la *missio* tiene lugar *in totas aedes*. Por tanto, concluye Guarneri-Citati, el principio *mittitur in possessionem in eam partem* no puede ser genuino; Ulpiano debía de decir *in eam rem*, o *in eas aedes*. No observa Guarneri-Citati que la expresión del edicto *in possessionem eius rei* no supone necesariamente una *missio* en la totalidad del inmueble, como aclara el mismo Ulpiano (frag. 4, § 1): *sive tota res sit sive pars sit rei*, aclaración que prueba evidentemente que la *missio* podía referirse a una parte de la finca. En relación con esta posible limitación de la *missio in possessionem* debe considerarse también el frag. 38, § 1. Por su parte, BRANCA, págs. 124 y sigs., conserva el texto inalterado por las siguientes razones: mientras el § 11 habla de la cosa que amenaza sin precisar su naturaleza, el § 12 habla de *aedes*, y sobre una casa no se da ciertamente una *missio* parcial; tampoco se trata en el § 11 de un caso de *opus facere*, porque para ese caso no existe *missio*; ni mucho menos de *opus iam factum*, porque a éste se le aplican los principios del caso de las *aedes*; no queda, pues, sino pensar en un caso de *vitium loci*, al cual se referiría el § 11, así como también el frag. 38, § 1, quizá frag. 4, § 1. Es decir, Ulpiano, en el § 11, sienta el principio de la *missio* parcial para el *locus*, en tanto en el § 12 se pregunta si rige distinto principio para el caso de las *aedes*. En consecuencia, Branca corrige el § 11 añadiendo entre los términos *partem* y *quae*, el genitivo *loci*. Continúa Branca argumentando así: si el § 11 se refiriera a la *missio in totam <rem>*, como resulta de la reconstrucción de Guarneri-Citati, ya que se referiría a *aedes* o a *opus*, no sería necesario recurrir luego a la autoridad de Sabino para reafirmar el principio de la *missio in totam rem* para las *aedes*. El razonamiento de Branca es consecuente, pero el § 11 está redactado en términos tan generales que difícilmente podemos pensar en una referencia a *locus* contrapuesta al caso de las *aedes* del § 12. Así, quizá deba admitirse que el § 11 enuncia un principio general: la *missio in possessionem* de aquella parte de la finca que amenaza ruina. A continuación, tratándose concretamente de una casa (*aedes*), se pregunta si la *missio* debe ser en toda la casa, y se dice, con Sabino, que sí: cuando el daño se teme de una construcción (*ex superficie*), la *missio* sería inútil si no fuera sobre algo que no tiene ventaja alguna poseer, porque no se podría poseer separadamente del resto del edificio. Por lo tanto, la *missio* parcial, enunciada como general, admite una excepción para el caso del edificio ruinoso. A la consideración de la *longinquitas loci*, sin duda, para decidir si procede la *missio* en todo el fundo o en parte de él, se refiere Paul D.39,2,14.

grande estuviera tan sólo en una pequeñísima parte de la misma, ¿cómo se va a decir que se debe dar la posesión de la casa, aunque sea enorme? (§ 13)⁴⁴. Asimismo (§ 14), cuando un edificio de viviendas se halla junto a una casa a la que puede también dañar, *la missio* no tiene que extenderse a la casa, sino que se dará sólo sobre el edificio de viviendas⁴⁵.

A continuación (§ 15) trata Ulpiano de los casos de pluralidad de solicitantes de la *cautio*. Son puestos en posesión (*ex primo decreto*) no sólo aquellos que solicitan la caución simultáneamente, sino también aquel que la solicita después de haber sido puesto ya en posesión otro solicitante anterior, pues no se ofrecen ventajas de prioridad, y si el primer *missus* ya ha recibido la *possessio* (*ex secundo decreto*) y otro solicita de éste la *cautio* y no la consigue, este segundo es puesto en posesión también él⁴⁶.

En el § 16 nos introduce Ulpiano en la *missio in possessionem ex secundo decreto*. Empieza diciendo que aquel que es puesto en posesión a causa de daño temido no debe empezar a usucapir (se dice por interpolación: *per longum tempus*) antes de que el segundo decreto del pretor le dé la posesión civil que le pueda hacer propie-

44. Cfr. nota anterior. Vid. BRANCA, pág. 121, n. 2, en donde el autor, con el § 13, confirma el principio de que la *missio* es en todo el edificio, de lo que se deduce que está interpolada la parte final del texto desde *itaque*. En el mismo sentido, GUARNERI-CITATI, *Miscellanea esegetica*, I, en *Annali Perugia*, 1924, pág. 39 y sig. La interpolación es menos amplia para KRUGER, *ad leg.*: [*ceterum-fin*]. Para otras críticas, vid. *Ind. Interp. s. l.*

45. A. GUARNERI-CITATI, *Miscellanea esegetica*, I, en *Annali Perugia*, 1924, págs. 40 y sigs., consecuente con su planteamiento, también da este § 14 como interpolado: *Item quid dicemus, si insula adiacens domui vitium faciat, utrum in insulae possessionem an vero <etiam> in [totius] domus possessionem, mittendum sit? et magis est, ut [non] <et> in domus possessionem, [sed in insula] mittatur*. Para el autor, se trataría de una hipótesis en la cual debería valer el principio del § 13 para casas unidas entre sí, pues debía tratarse de una *insula* que estaba apoyada en una casa. Los compiladores, en cambio, habrían considerado el conjunto excesivamente amplio y habrían aplicado la excepción al principio general que ellos mismos habían introducido al final del § 13 [*itaque*, etc.]; cfr. n. 43.

46. Para GUARNERI-CITATI, *Miscellanea esegetica*, I, en *Annali Perugia*, 1924, págs. 40 y 42, el texto estaría interpolado: [*nam non spectabimus ordinem, sed habebunt ambo possessionem*], pues no sólo es una motivación insuficiente, sino que también el *non-ordinem* es superfluo, y el *sed-possessionem*, una reiteración.

tario (*dominus constituatur*). Respecto a la concurrencia de los *missi* (ya vista en § 15), si antes de darse el segundo decreto, otra persona es puesta en posesión, los dos llegarán a hacerse propietarios cuando se les autorice a “*possidere*” por el segundo decreto; en cambio, si después de haberse dado el segundo decreto a favor de ellos (*iam constituto domino*), el segundo solicita la caución de daño temido y el *missus* deja de dársela, “sólo el segundo quedará en la posesión”. Quizá esta última expresión resulte algo abreviada porque, al solicitarse la caución contra el *missus ex secundo decreto*, parece necesario admitir que el solicitante, ante la negativa de aquél a dar la caución, será puesto *in possessionem* por un primer decreto, y sólo después, en virtud del segundo decreto, podrá expulsar al que le negó la caución. La sustitución de la *usucapio* por la *longi temporis praescriptio* en el § 16 es evidente, pero llama también la atención que se trate como *dominus* al que, de momento, sólo es un poseedor civil. El mismo giro aparece en el § 17 (*constituto domino*). Es comprensible que la crítica haya querido ver una interpolación en este giro⁴⁷. Sin embargo, no ha faltado quien lo mantenga como genuino⁴⁸; en efecto, la expresión *constituere dominum* podría entenderse en el sentido no de “hacer propietario” al *missus*, sino en el de ponerle en situación de llegar a ser propietario por la usucapión, es decir, de considerarle como propietario bonitario⁴⁹; esto, tanto más cuanto que lo que aquí interesa subrayar es la legitimación pasiva del primer *missus (ex secundo decreto)*, cuya posición, a estos efectos, es en todo similar a la de un verdadero *dominus*. Sin embargo, hay que observar⁵⁰ que la expresión *constituere dominum* no vuelve a aparecer en otros textos jurispruden-

47. Vid. *Ind. Interp.*, s. l.

48. H. ERMAN, *Beitrag zur Publiciana*, en *SZ*, 11 (1890), pág. 266 y nota 1, y otros autores cit. en *Ind. Interp.*, además de BRANCA, págs. 161 y siguientes.

49. Cfr. frag. 15, § 33: *possidere iure domini*, lo que, de todos modos, presenta un matiz distinto. Vid., sobre el *in bonis como dominium*, G. SEGRE, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, en *Studi Bonfante*, III (Milano, 1930), págs. 575 y sigs.; P. CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, en *Studi Bonfante*, III (Milano, 1930), pág. 693, n. 147, y RAIMONDO SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto Romano*, en *Annali Palermo*, 30 (1967), pag. 430, n. 8.

50. Vid. *VIR*, s. v, *constituo*, col. 949, l.1.

ciales, y por eso no debe excluirse la posibilidad de que Ulpiano hubiera hablado de *constituere possessionem*, como hace en D.37, 10,3,13⁵¹. De todos modos, la posible alteración de esta expresión por los compiladores no afecta al fondo del texto.

En cuanto al contenido de la concurrencia de *missi*, explica Ulpiano (§18) que, así como cuando es puesto en posesión uno sólo, no lo es en proporción al daño, sino por entero, así también, cuando varias personas son puestas en posesión lo son por partes iguales y no en proporción al daño que cada una pueda llegar a sufrir⁵². En cuanto a las impensas que pueda llegar a hacer alguno de los *missi*, después de que se haya dado la posesión *ex secundo decreto*, podrá repartirse el gasto mediante la acción divisoria, ya que los *missi* se hacen copropietarios (§ 19)⁵³. Por lo demás, el propietario que no dio la caución, no deja de poseer hasta el segundo decreto a favor del *missus*, sino que concurre en la posesión con él hasta el segundo decreto, momento en el que deberá dejarla (§ 20).

Como el efecto del segundo decreto es la expropiación, el pretor no debe dictarlo intempestivamente; por el contrario, sólo debe hacerlo: *a*) cuando parece haber justa causa para ello, y *b*) después de haber transcurrido algún intervalo de tiempo. Señala Ulpiano como ejemplo de lo primero el que parezca que el propietario, con su prolongado silencio ha dejado la casa como abandonada (*pro derelicto habere*), o que nadie da caución al que lleva algún

51. Cfr. Gai. 4,16 (*possessionem constituebat*) y 166 (*in possessionem constituitur*), Paul. D.42,5,39 (*in possessionem creditoribus constitutis*). Véase esta misma expresión en relación con la *novi operis nuntiatio* en cap. V. 2, n. 22.

52. BESELER, *Romanistische Studien*, en SZ, 50 (1930), pág. 50. para quien todo el texto estaría interpolado. Por el contrario, para BRANCA, págs. 154 y sigs., aunque admita retoques en el texto, éste conserva el sentido clásico. Cfr. frag. 5, § 1, y frag 40, § 4. Para la crítica de ambos fragmentos, vid. BESELER, en SZ, 50 (1930), pág. 50.

53. Mientras BURCKHARD, pág. 419, n. 5, ve aquí la solución de Ulpiano determinada por la equidad (cfr. D.9,4,8 *in fine*), BONFANTE, en la misma obra, pág. 419, n. ee, además de otras sospechas de interpolación del texto que no señala; cree que la *actio communi dividundo* no se puede conceder antes de que la cosa sea realmente *communis*; sin embargo, si nos atenemos a la afirmación de D.10,3,7,2, no era imposible la acción divisoria (probablemente como *utilis*) entre los propietarios bonitarios como son los *missi ex secundo decreto*.

tiempo puesto en posesión (§ 21). Se presenta, a este propósito, la cuestión de cómo debe entenderse ese abandono (*derelictio*) que justifica el segundo decreto. Para Branca⁵⁴, Ulpiano no hablaba aquí de *derelictio*, sino tan sólo de negativa a dar caución como causa justificante del segundo decreto. Pero su crítica no es consistente porque parte de una supuesta contradicción entre los dos casos propuestos —el del *longum silentium* y el de la negativa a dar caución a pesar del *aliquamdiu immoratus* en la posesión *ex primo decreto*—, pero tal contradicción no existe, porque en el primer caso se trata de una situación de hecho anterior, prolongada en el tiempo, de ausencia del propietario, que permite conjeturar su desinterés por el inmueble, en tanto en el segundo caso el propietario o titular que sea se puede hallar presente y no es necesario esperar mucho tiempo para que, ante su negativa a dar caución, el pretor decrete el segundo decreto. Naturalmente, aunque se hable de *derelictio*, no debe pensarse en un verdadero abandono intencional que podría dar lugar, si no a la ocupación, sí, al menos, a la usucapación *pro derelicto* del primer ocupante, antes bien, como ya habían dicho Ihering y otros autores, a una apariencia de abandono que justifica el segundo decreto⁵⁵. Este, en efecto, era necesario para el *in bonis habere* del *missus*, precisamente porque no había verdadera *derelictio*⁵⁶.

A continuación (frag. 15, § 22), Ulpiano explica que falta la justa causa para el segundo decreto: a) cuando el propietario se halla

54. BRANCA, págs. 175 y sigs.

55. Vid. IHERING y BERGER, cit. por MEYER-COLLINGS, *Derelictio. Die Dereliktion in romischen Recht bis zum Corpus iuris Civilis*. (Inaug. Diss. Erlangen, 1932), pág. 85, n. 1; también, ya ROTONDI, *Scritti giuridici*, III (Milano, 1922), pág. 172, n. 3. La idea de que se trataba de una verdadera *derelictio* fue luego defendida por MEYER-COLLINGS, cit. págs. 84-88, sin suficiente fundamentación ni clara distinción entre la *derelictio* que justifica el segundo decreto, de la expropiación (*aedibus carere*), que es el resultado del segundo decreto, por el que se expulsa primeramente al propietario y se le acaba de expropiar por la usucapación.

56. No hay que pensar, como ya observa BRANCA, pág. 176, en que el segundo decreto fuera necesario para extinguir otros derechos reales sobre la cosa *derelicta* por el propietario, ya que el segundo decreto se dirige principalmente contra el mismo propietario, y sólo secundariamente contra los otros titulares que, llamados a dar caución, la niegan.

ausente en viaje oficial (*rei publica causa abest*)⁵⁷ o por otra justa causa (*ex alia iusta causa*), y b) cuando tiene la edad en que se le suele defender (por la ley Letoria). Si, a pesar de ello, el pretor se decidía por el segundo decreto los efectos de éste eran rescindibles mediante una *restitutio in integrum (ob absentiam u ob aetatem)*⁵⁸. El segundo decreto, además de hacer propietario bonitario al *missus*, tiene como efecto el que, una vez dado, se puede expulsar de la posesión al antiguo propietario que hasta ese momento concurría en la posesión con el *missus* (§ 23). Ulpiano, siguiendo a Labeón añade (§ 24) que debe denegarse la acción, contra el que ha sido puesto en posesión, a aquellos que tenían algún derecho y podían garantizar por el daño temido. La expresión *iura debita* parece aludir a las servidumbres sobre la finca que amenazaba ruina. Branca⁵⁹ considera todo el párrafo como interpolado. En efecto, dice Branca que la denegación de acciones reales no podrá depender en modo alguno del primer decreto, sino del segundo⁶⁰, a pesar de lo cual no se habla aquí de *possidere iubere*, sino de *qui in possessionem missus est*. Sin embargo, observamos que la mención de La-

57. El que se hallaba en viaje oficial debía, a pesar de ello, dar la caución, y por eso la *missio in possessionem* procede contra él en caso de negativa: D.5,1,28,3, (*admittere in possessionem*); en cambio, el pretor debía proceder con más prudencia para dar contra él el segundo decreto.

58. BRANCA, págs. 203 y sigs., siguiendo a Donatuti (cit. ibi), sospecha de gran parte de este párrafo [*si forte — possidere*], porque, según él, al conocerse la justa causa de ausencia o de menor edad del demandado, no debía dar en absoluto el segundo decreto y, como dice el texto, debía abstenerse de “apresurarse a darlo” (*festinare ad decernendum*), pero este reparo no parece suficiente para una crítica más radical, que deje sin antecedente la mención de la *restitutio in integrum*. En efecto, sería una precipitación por parte del pretor el dar sin más el segundo decreto a pesar de conocer esas circunstancias que aconsejaban más prudencia para la expropiación, pero no parece posible que, si nadie ofrecía caución por el ausente o el menor, hubiera de quedar sin protección el ya *missus ex primo decreto*, y lo más probable es que el pretor, agotadas todas las precauciones convenientes, diera, a pesar de todo, el segundo decreto, para que, si se producía el daño, pudiera el nuevo propietario por usucapión, oponerse a los efectos de la *restitutio in integrum* hasta que se le indemnizara el daño o se le diera *cautio de praeterito*. Lo mismo hay que decir cuando se da la *indensio* por parte de un impúber, caso al que se refiere el § 29.

59. BRANCA, pág. 215.

60. Vid. § 23: *qui possidere iussus est*, y § 25: *qui iussus sit possidere*.

beón no permite suprimir enteramente el texto, salvo que se atribuya a Labeón directamente el principio mencionado en el § 23, lo que no parece probable. Parece mejor admitir que el texto es clásico, ya que la expresión *mittere in possessionem* puede designar, como hemos dicho, no sólo el primer decreto, sino también todo el trámite de la *missio*, incluido el segundo decreto; por lo demás, sería posible incluso pensar que ya desde el primer decreto se denegara la *persecutio* a los titulares de servidumbres que pudiendo no quisieron *satisdare* en lugar del propietario. Con el fin de extinguir por derecho pretorio (*deneganda . persecutio*) las servidumbres sobre la finca ruinosas, se autorizaría, siguiendo a Labeón, la petición de la caución con garantía (*satisdare*) de los titulares de servidumbres sobre la finca que iba a quedar expropiada; de no hacerse así, la usucapión por el *missus* no habría podido extinguir tales gravámenes sobre la finca, ya que esa usucapión fundada en el decreto pretorio sólo podía perjudicar a los que hubieran negado la caución solicitada.

En caso de prenda, debe denegarse la reclamación contra el que ha sido autorizado a poseer por el segundo decreto, cuando ni el acreedor pignoraticio dio la caución (*satisdatio*) ni el propietario deudor la promesa simple (*repromissio*). Celso aplica este mismo principio para el usufructuario (§ 25).

Los tres párrafos siguientes, es decir, 26, 27 y 28, plantean una problemática especial en relación con los vectigalistas y constituyen una interrupción en el comentario de Ulpiano, que en este momento trataba ya del segundo decreto y merecen un análisis detenido, que dejaremos para más adelante (cap. VII).

El § 29 prosigue con otro caso de legitimación pasiva: Cuando un pupilo carece de tutor con cuya *auctoritas* hacer la promesa por daño temido, tendrá lugar la puesta en posesión del solicitante, por no encontrar quien defienda la cosa⁶¹. El § 30 versa sobre la obligación o no que tiene el *missus ex primo decreto* de reparar la casa; decían algunos que sí está obligado a hacerlo, pero observa Ulpiano *alio iure utimur*: no está obligado a hacerlo, porque se halla en posesión tan sólo en defecto de la caución que no se le ha dado⁶².

61. Vid., sobre la posibilidad del segundo decreto, supra, n. 57.

62. La comparación entre el *missus* y el acreedor pignoraticio no es apropiada, pero el hecho de que Ulpiano la rechace demuestra que no es

Ulpiano ha tratado ya del daño causado antes de haberse dado la caución; ahora (frag. 15, §31) se plantea el caso de un daño que se produce después de haberse concedido la *missio in possessionem ex primo decreto*. Si el legitimado activamente ya había sido puesto en posesión y el demandado decide dar caución⁶³, pero se ha producido ya un daño después de haber sido puesto aquél en posesión, entonces, ante el ofrecimiento de la caución, sólo deberá dejar posesión si el propietario le da caución también por el daño pasado (*de eo damno, quod contigit*), retrotrayéndose la fecha de la caución y, también, por las impensas si las hubiere hecho el *missus*. Pero, ¿a partir de qué momento debe computarse el daño? Según Labeón, desde que el pretor dio el decreto de entrar en posesión; según Sabino, desde que se entró efectivamente en ella; Ulpiano, por su parte (§ 32), conjuga una y otra opinión diciendo que debe seguirse uno u otro criterio según los casos, ya que suele defenderse al que, a pesar de haber sido decretada su puesta en posesión, no entró en ella o tardó algo en hacerlo por alguna justa causa (*aliqua ex causa non venit aut tardius venit in possessionem*); así, pues, cuando hubo justa causa para no haber entrado en posesión, se aplicaba el criterio de Labeón, y cuando faltaba tal justificación, el de Sabino.

La *missio in possessionem ex secundo decreto* hace propietario bonitario al demandante, es decir, le coloca en una situación definitiva, pues de lo contrario, según Labeón, no se pondría nunca fin al trámite; esto quiere decir que la oportunidad procesal del legitimado pasivamente para prestar la caución no llega sino hasta el

interpolada. Lo que sí llama la atención es que se hable de responsabilidad por *culpa* para el acreedor pignoraticio, y precisamente en la forma incorrecta de *eamque* ., que parece exigir la corrección (KRUGER) *eumque* . Es probable que la frase *eamque culpam praestare* no sea genuina. El final *cum enim si non refecerit* podría servir como explicación de la diferencia con el caso de la prenda, pero quizá nos ha sido mal conservado porque el verbo *imputari* queda sin verbo personal antecedente. En ambos sentidos, BESELER, *Beitrage*, III, pág. 123, y F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum romischen obligationenrecht*, en *SZ*, 40 (1919), pág. 223 y sig. Admiten la integridad sustancial del texto, BRANCA, pág. 140, n. 3, y ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2.^a ed. (Napoli, 1958), página 204.

63. Este ofrecimiento de la caución no podrá hacerse dado ya el segundo decreto; cfr. § 33.

momento en que el pretor dicta dicho decreto, sin perjuicio de que se defienda a algunas personas por razón de la edad o por otra justa causa, mediante una *restitutio in integrum* (§ 33) ⁶⁴.

En el § 34 se dice que si la casa (*aedes*) se ha derrumbado, procede, según dice Labeón, la *missio in possessionem*, pero siempre y cuando el daño haya ocurrido después de decretar el pretor la puesta en posesión ⁶⁵. Si el *missus* hizo alguna reparación, volvemos al trámite normal de cuando se produce el daño: el *missus* al que se ofrece la *cautio* no dejará la posesión sino hasta cuando se le indemnice por las impensas y se le dé caución por el daño ya producido (caución *de praeterito damno*). Respecto a las impensas hechas por el *missus*, en la casa ruinosa, agrega el texto que se pueden recuperar mediante una acción *in factum*. Esta acción *in factum* parece ser la *actio negotiorum gestorum* que, como acción contraria con fórmula *in factum*, solía ser la acción normal para el resarcimiento de impensas hechas en casa ajena ⁶⁶.

Ulpiano trata a continuación (§ 35) de las circunstancias que pueden darse en la falta de posesión por parte del *missus*. Puesto que la *missio in possessionem* sustituye a la caución que no se presta, puede entonces concebirse aquélla como un *beneficium* del pretor y este *beneficium* puede perderse si el *missus* deja la casa por temor al derrumbamiento pudiendo remediarlo; entonces se entiende que ha perdido el *beneficium* y, por tanto, no se le debe restituir en la posesión. Labeón limita la defensa del *missus* al caso de que éste haya abandonado la casa cuando no había alternativa; entonces conserva íntegro su derecho, lo mismo que si se hubiera mantenido en la posesión. Casio, por su parte, presenta otros dos supuestos: a) si el *missus* abandonó la casa por temor al derrumbamiento pero no con la intención de abandonarla, conserva su

64. Cfr. n. 49.

65. Contra una interpretación errónea de Burckhara, vid. BRANCA, páginas 243 y sigs.

66. La extensión a esta *actio in factum* de la sustitución por una acción ficticia (vid. *Ind. Interp., s. l.*) resulta evidentemente infundada, ya que nada tiene que ver esta acción con la *actio in factum* de la que trata Ulpiano después (§ 36) y en la que se ha querido ver una acción ficticia; cfr. cap. IV; BRANCA, pág. 242 y n. 1, se desinteresa de la parte final del párrafo donde se habla de esta *actio in factum* (en realidad *actio neg. gest.*), reputándolo interpolado.

posesión, y *b*) si la casa se derrumbó cuando el *missus* estaba viniendo para entrar en ella, también conserva su derecho. A contrario sensu, si el *missus* se descuidó en entrar en la posesión y ocurre el daño, pierde el beneficio del pretor⁶⁷. Los últimos fragmentos Ulpianos se refieren al daño que se produce después de la *non admissio* del *missus* por parte del que debía prestar la *cautio*: el *missus* podrá ejercitar una *actio in factum*, que se difiere al momento en que se produce efectivamente el daño (§ 36). Por último, Ulpiano pasa a explicar el carácter noxal de dicha acción (frag. 17 pr.), el caso de darse contra un representante (*procurator*) del propietario de la casa que amenaza daño (§ 1), o contra el representante de los *municipes*, contra un tutor y las demás personas que intervienen en nombre ajeno (§ 2). La acción, por otro lado, es perpetua y transmisible activa y pasivamente (§ 3). Finalmente, en esta acción se suele estimar todo el daño que se produjo antes del juicio, incluso cuando el demandado ha enajenado el predio (§ 4). Sobre esta acción *in factum* trataremos detenidamente más adelante (cap. IV).

Con esto queda concluida la revisión del comentario de Ulpiano. Debe observarse todavía que falta en éste lo referente a la última cláusula edictal “*eius rei nomine ... iubebo*”. En efecto, el *missus* debe dar caución (*satisdabitur*) a otros vecinos que se la pidan y, si no la da, debe tolerar la puesta en posesión también a favor de aquéllos⁶⁸.

67. El texto ha sido variamente discutido (vid. *Ind. Interp.*, s. l.), pero el fondo no parece sospechoso. MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, pág. 87, parece suponer que se trata de un *missus ex secundo decreto*, pero la expresión *missus in possessionem* (vid. supra), así como la idea de que éste se acercaba a la finca por primera vez (*in possessionem non accesserit venire in possessionem neglexerit dum venit*), parecen indicar que se trata del primer decreto. Sin embargo, el texto puede haber sido retocado y no cabe decidir a qué momento de la *missio* se refería Ulpiano, o si se refería tanto al primero como al segundo decreto, lo que no sería incompatible con las expresiones *decesserit possessione y relinquere (possessionem)*.

68. El mismo Ulpiano, al comentar la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* (libro 52, *ad edictum*: D.36,4,5,1), se refiere a la concurrencia de esta *missio* con la del *missus damni infecti nomine*; cfr. supra, n. 3.

II. "MISSIO IN POSSESSIONEM DAMNI INFECTI NOMINE"

El primer recurso supletorio que debe ser objeto de nuestra atención es precisamente el que sanciona la negativa a prestar la *cautio* cuando el daño amenazante está originado por un *vitium aedium o loci*, es decir, la *missio in possessionem*. Cuando se trata de un *vitium operis*, como veremos en el capítulo V, no es la *missio in possessionem* la sanción apropiada para la negativa a prestar la *cautio*, sino que procede la *novi operis nuntiatio*.

Ya el comentario Ulpiano¹ nos había dado pie para afirmar, de forma general, que existen dos grados en la *missio in possessionem*: el de la que la doctrina denomina *ex primo decreto*, con una función eminentemente coactiva y preventiva, y el de una posesión definitiva que Ulpiano (frag. 15, §16) funda en el que él llama *secundum decretum*. También hemos visto que para referirse al primer momento se suele utilizar la expresión *in possessionem mittere*, y para el segundo se habla de *possidere iubere*². Para referirse al trámite completo de este primer recurso supletorio se utiliza también la primera expresión, y entonces puede abarcar el segundo momento³; pero para designar el efecto principal de éste, la expresión apropiada es *possidere iubere*. Si el comentario Ulpiano nos permitió sentar estos principios, ahora es conveniente examinar cada uno de estos grados en sus efectos propios sin dejar de advertir que algunas particularidades son comunes a ambos, como el objeto material de la *missio*, los sujetos e incluso la protección interdictal de la *missio ex primo decreto*, que también puede valer después del segundo grado; de estos efectos, que, como decimos, se prolongan hasta finalizar todo el trámite, trataremos a propósito de la *missio ex primo decreto*.

1. Vid. supra. cap. I, 6.

2. Vid., a propósito de la distinción entre *possidere* e *in possessione esse*, D.41,2,10,1, criticado como dudoso por BESELER, SZ, 53 (1933), pág. 8 y n. 1, y por PEROZZI, *Istituzioni*², cit. I, pág. 880, n. 5.

3. Vid., p. ej., D.39,2,15,36.

1. "Missio in possessionem ex primo decreto"

Al iniciar este análisis de la *missio ex primo decreto*, queremos advertir lo siguiente: hemos observado cómo, a pesar de que en el Digesto encontramos un epígrafe que examina las causas que dan lugar a las *missiones*, concretamente el título 4 del libro 42 —*Quibus ex causis in possessionem eatur*— éste, prácticamente, nos va a servir de poco. Es cierto que señala una rica reglamentación sobre las distintas *missiones*, por ejemplo: la *missio* a favor del demandante cuando el demandado no quiere defenderse procesalmente, la que se da a favor de los acreedores en concurso y, en fin, aquella que se da a propósito de la *cautio legatorum servandorum gratia*, a favor de aquel a quien se debe un legado condicionado o aplazado; a pesar de esto, dicho título no se detiene en la *missio* que sanciona la negativa a dar la caución del daño temido. Se cita nuestra *missio* para señalarla como sanción ordinaria a dicha negativa e indicar que por ella no se entra en posesión de todos los bienes como suele ocurrir en las otras *missiones*, sino sólo de aquella cosa de la cual se teme el daño: D.42,4,1: "Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine. damni enim infecti nomine si non caveatur, non in universorum nomine fit missio, sed rei tantum, de qua damnum timetur" (Ulp. 12 *ad ed.*)⁴.

También se cita allí para observar aquello que es común a todas las *missiones*, incluida la nuestra: *non possidemus, sed magis custodiam et observationem nobis concedit* (D.42,4,12)⁵.

Así, pues, debemos volver a la *sedes materiae* que, repetimos, en parte hemos descrito ya a propósito del comentario Ulpiano y que aquí completaremos confrontando dicho comentario con otros textos que no pertenecen a ese comentario edictal de Ulpiano. Si bien es cierto que a propósito de aquel comentario habíamos dicho que esta *missio* tiene como fin coaccionar al demandado a dar la caución cuando éste se niega a darla, por la molestia que produce

4. El texto ha sido objeto de sospechas, en nuestra opinión infundadas. Vid. *Ind. Interp. s. l.*

5. Cfr. D.41,2,3,23; 41,2,10,1; 36,4,5 pr.; las sospechas de interpolación (vid. *Ind. Interp. ss. ll.*) no afectan a esta parte. Cfr., también, D.43,17,3,8; aunque el *Ind. Interp. s. l.* remite a BESELER, SZ, 53 (1933), pág. 16, este autor no critica nuestro texto, sino que se refiere a D.43,17,1,8.

la presencia del *missus* en la finca ⁶, también tiene otra finalidad no menos importante, cual es la de que mediante ella (especialmente cuando el demandado está ausente o por otro motivo no se le puede citar *in ius* y por ello queda *indefensus*), el pretor cuida de que sea el mismo demandante quien prevenga el daño amenazante haciendo, en el inmueble que amenaza ruina, las reparaciones necesarias, como veremos más adelante. Podemos admitir entonces en esta *missio* una finalidad coactiva y preventiva a la vez ⁷. Veamos ahora distintos aspectos de esta *missio ex primo decreto*:

1) *Presupuestos*.—Presupuesto formal para que el pretor conceda la *missio* es la *postulatio* del demandante ⁸, así como el presupuesto material es única y exclusivamente el que no se dé la caución ordenada por el pretor ⁹, como se repite constantemente en las

6. D.36,4,5 pr., lo dice expresamente así: *ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat*, pero como dice ALBERTARIO, SZ, 32 (1911), pág. 317, el texto no es seguro, por cuanto hace referencia a la posesión para usucapir (*possidere iubetur*).

7. D.43,4,4,1, habla de *poena* a propósito de la *missio in possessionem*, pero debe entenderse en relación con el trámite completo y, en especial, con el resultado del segundo decreto. Sobre la naturaleza jurídica de una y otra *missio*, vid. la exposición de BRANCA, págs. 130 y sigs., en la cual, desgraciadamente, el autor fija su atención de manera exclusiva en la naturaleza jurídica de la *missio ex secundo decreto*, con lo cual deja poco clara la doble finalidad práctica de la *missio ex primo decreto*. La romanística antigua, con base en D.13,7,26 pr., y 1; 15,1, 23, y 27,9,3,1, consideraba esta *missio ex primo decreto* como un caso de "*pignus praetorium*" (vid. BURCKHARD, pág. 402 y n. 67), calificación reconocidamente posclásica (vid. KASER, RPR, I², pág. 459, n. 7; ZPR, pág. 304, n. 45, y BRANCA, pág. 141); con ello subrayaba el carácter coactivo y de garantía que tenía esta primera *missio*.

8. Vid. supra, cap. I, 3 y 6, ad, frags. 13 § 3 y 15 § 15 respectivamente.

9. Debe tenerse presente que dentro de este presupuesto material de no dar la caución se comprende el que ésta no se dé enteramente (D.39,2,23). Así, cuando la casa o el fundo que amenaza ruina se halla en copropiedad, cada uno de los copropietarios debe prometer por su parte de copropiedad para que no se obligue cada uno por el todo (D.39,2,27, *in fine*). Cfr. D.11, 1,10. LENEL, *Paüng.*, I, col. 1055, ns. 3-4, sugiere corregir así el texto: *aut <si constiterit eius esse qui> resistendum <mancipare (?)>*; BRANCA, pág. 275, en cambio, sólo corrige *<constiterit eius esse qui>* y D.11,1, 20,2 (KRUGER, s. l., censura *ideo*); BRANCA, pág. 150, n. 1, consecuente con su idea de que la *interrogatio in iure* sólo versa sobre la propiedad de la cosa, da por interpolada la parte final: [*et ideo eo pertinet scire an possi-*

fuentes; así en D.39,2,7 pr.: ...*eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur*¹⁰. La solicitud del decreto debe hacerse al terminar el plazo fijado por el pretor al demandado para que éste dé la caución (D.39,2,4,1. Ulpiano, 1 *ad ed.*): *Si intra diem a praetore constituendum non caveatur, in possessionem eius rei mittendus est...*¹¹. Incluso los días feriados eran hábiles para comparecer ante el pretor con el objeto de hacer efectivo el decreto de *missio*¹². Más aún, como el trámite del daño temido exige celeridad, el pretor delegó a los magistrados municipales algunos actos de dicho trámite, concretamente el decreto de *cautio* y la *missio ex primo decreto*¹³.

ii) *Efectos*.—El acto del magistrado que ordena la *missio ex primo decreto* se denomina en las fuentes *mittere in possessionem* (recordamos que esta expresión también abarca todo el trámite procesal); su resultado se denomina *in possessione esse* y se cumple con el efectivo *venire in possessionem*.

Efecto inmediato de dicha “puesta en posesión” es la detentación de la cosa junto con el propietario de la misma o junto con quien detenta la cosa a nombre del propietario, como puede ser el arrendatario, el usufructuario, el inquilino e incluso con el ya *missus* que, a su vez, se niega a dar la *cautio*¹⁴. Con dicha detentación se logra la *custodia et observantia* de que hablan repetidamente las fuentes¹⁵. Este *in possessione esse* confiere el derecho de hacer desaparecer el daño amenazante mediante las reparaciones necesarias para ello; reparaciones por las cuales, si no se ha dado el segundo decreto, el *missus* tiene derecho al resarcimiento, mediante el recurso de la retención o el de la acción de gestión de negocios contraria¹⁶. Algunos juristas pensaban que el *missus* esta-

deat], crítica discutible, pues, ¿qué se diría del *missus* que, sin ser propietario, está legitimado pasivamente a su vez a la *cautio*? Para otras críticas, véase *Ind. Interp. s. l.*

10. Vid. también, D.39,2,5,1; 10; 12; 13,11; 15,11; 15,15; 15,26; 15,29; 15,34; 23; 38,1.

11. Sobre la parte final de este frag. 4, § 1, véase supra, cap. I, n. 43.

12. D.2,12,2.

13. Vid. infra, cap. VI, 3, i, D.39,2,4,1 y 3.

14. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 7 pr.; 15, § 20 y n. 68.

15. Vid. D.36,4,5 pr.; 41,2,3,23; 41,2,10,1; 42,4,12.

16. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, §§ 31 y 34, y ns. 62 y 66.

ba en la obligación de hacer estas reparaciones y que respondía por su *culpa* a este propósito, pero prevaleció la opinión contraria¹⁷.

Es sabido que dicha detentación versa sobre la cosa de la cual se teme el daño¹⁸. Ahora bien, ya en el comentario Ulpiano¹⁹ se planteaba la discusión de si dicha *missio* era posible sólo en una *pars* de la cosa. Si en aquella ocasión nos decidimos por la afirmativa, ahora volvemos a confirmarla y no sólo en este sentido, sino también cuando se trata de las *aedes* demasiado grandes en las que quedan espacios intermedios entre la parte que tiene el defecto y otra que no lo tiene, pues también en este caso sólo se pone en posesión de la parte que tiene el defecto; pero esto, sólo excepcionalmente, pues, en principio, sobre las *aedes* se da una *missio* total, ya que la parte que tiene el defecto suele afectar a todo el inmueble (D.39,2,38,1): “Si agri nomine non caveatur, in eam partem agri mitendum est, ex qua periculum timeatur: eiusque rei ratio haec est, quod in aedificiis partes quoque reliquae a vitiosa parte traherentur, at in agris non idem est. sed dicendum est, ut in domibus quoque maioribus interdum causa praetor statuere debeat, in cuius partis possessionem is, cui non caveatur, mitti debeat” (paul 10, *ad Sab.*)²⁰.

Nuevamente, con base en el comentario Ulpiano²¹, vamos a deducir los principios sobre la pluralidad de *missi* en la *cautio damni infecti*. Si hay varios legitimados activamente a la caución, todos ellos pueden ser puestos en posesión y no necesariamente al mismo tiempo, sino también sucesivamente, ya que *non spectabimus ordinem* (D. 39,2,15,15); incluso cuando el primer *missus* ha recibido ya el segundo decreto y otro solicita de él la *cautio* y no la obtiene, este segundo también es puesto en posesión²², pudiendo llegar, por el segundo decreto, a desalojar de la posesión de la cosa al primero;

17. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 30.

18. D. 42,4,1: *sed rei tantum, de qua damnum timeatur*. Vid KUBLER, SZ, 45 (1925), pág. 584, que reconstruye el texto de tal forma que hace extensivo el principio, de que se pone en posesión de la cosa de la cual se teme el daño, a las demás *missiones*. Otros, vid. *Ind. Interp. s. l.*

19. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 11 y n. 43.

20. A pesar de la crítica de interpolaciones (vid. *Ind. Interp. s. l.*) y BESELER, *Beitrage*, V, pág. 67, se conserva la expresión *in eam partem*.

21. Vid. supra, cap. I, 6.

22. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 15 y n. 46.

pero en tanto no se haya dado el segundo decreto, los dos concurren en la *custodia et observantia* y pueden llegar a hacerse copropietarios los dos cuando se les autorice a *possidere* por el segundo decreto²³. En cuanto al contenido de esta concurrencia de *missi*, ya señalaba Ulpiano²⁴ que cuando varias personas son puestas en posesión, lo son por partes iguales y no en proporción al daño que cada una puede llegar a sufrir; opinión que confirmamos con D.39,2,5,1: “Si plures sint domini, qui cavere debent, et aliquis non caveat, in portionem eius mittetur. et contra si aliquot sint, qui caveri sibi desiderant, et alius pretiosiores, alius viliores habeat aedes, sive unius domus plures habeant dispartes partes: tamen non magnitudine domini quisque, sed aequaliter mittentur in possessionem” (Paul. 1, *ad ed.*)²⁵.

iii) *Revocación*.—La situación jurídica del *missus ex primo decreto* es esencialmente provisoria y no definitiva y, por lo tanto, si el legitimado pasivamente a la *cautio* persiste en su negativa a prestarla da ocasión para el segundo decreto; por el contrario, si la *missio* cumple su función coactiva y el demandado da la *cautio*, entonces ha desaparecido la causa que la justifica (la negativa a prestarla) y se puede revocar el decreto, debiendo el *missus* abandonar la detentación de la cosa²⁶, pues ya no estará legitimado activamente por el interdicto *ne vis fiat ei*. Pero en algunas circunstancias el simple *cavere de damno infecto* no es suficiente; nos referimos al caso de que haya habido daño en el momento que el demandado ofrece la *cautio*; entonces, como explicaremos más detalladamente en el capítulo siguiente, si pretende la revocación de la *missio*, además del *cavere de futuro*, debe también prometer la indemnización *de eo damno quod contingit quam in possessionem missus est*, retrotrayendo la fecha, y debe también indemnizar las impensas²⁷.

23. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 16.

24. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15 § 18 y n. 52.

25. MOMMSEN, *s. l.*, añade *et alius* después de *sive unius*; BESELER, SZ, 50 (1930), pág. 50, corrige así el texto: [—] *mittetur* — <*si plures*> [—] *caveri sive desiderant*, [—] *mittentur omnes in possessionem* <*,et quidem, si earundem aedium domini sint, proportionibus domini*>.

26. Vid. supra, cap. I, 6 y n. 63, sobre la preclusión de la oportunidad procesal que tiene el demandado para ofrecer la *cautio*.

27. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 31.

Pero la *missio* también puede ser revocada por determinado comportamiento del mismo *missus* respecto a la cosa. En efecto, como vimos en el comentario Ulpiano ²⁸, el *missus* pierde este *beneficium praetoris* en los siguientes casos: a) cuando el *missus* deja la casa por temor al derrumbamiento, pudiendo remediarlo, b) cuando el *missus* se descuida de entrar en la posesión y ocurre el daño ²⁹; luego, como hemos visto, c) cuando se niega a dar él caución y el nuevo *missus* acaba por impetrar el segundo decreto.

2. “*Missio in possessionem ex secundo decreto*”

Si la *missio ex primo decreto* no da resultado como medida coactiva para que el legitimado pasivamente acceda a prestar la *cautio*, es decir, si persiste en su negativa y si el primer decreto de *missio* no ha sido revocado, entonces se llega a la última etapa de este trámite cual es la *missio ex secundo decreto*; decreto que conduce a la expropiación ³⁰ del inmueble en favor del *missus* y, en este sentido, dicho decreto, a diferencia del primero, tendría un carácter eminentemente punitivo.

En cuanto al objeto material de la *missio* y la pluralidad de *missi*, así como el tema de la legitimación, sólo debe recordarse lo ya dicho a propósito del primer decreto, pues estas cuestiones dependen de aquella primera *missio*.

i) *Presupuestos*.—La *postulatio* para este segundo decreto debe ser instada ante el *praetor* o el gobernador de la provincia, pues la facultad de conceder el *secundum decretum* no parece haber sido delegada a los magistrados municipales ³¹. Ahora bien, si el supuesto material del primer decreto era el simple *non cavere*, para este segundo decreto, además del anterior ³², hay otro y es que

28. Vid. supra, cap. I, 6, ad, frag. 15, § 35.

29. Vid. supra, cap. I, 6, n. 67.

30. Utilizamos el término “expropiación” para designar el efecto principal del segundo decreto, en un sentido amplio, pues, aparte de que el Derecho romano no conoce la expropiación forzosa como el derecho moderno (aunque la práctica de la expropiación existía realmente), algunos no consideran como de expropiación aquellos casos de adquisición contra la voluntad del dueño, pero lícita, como es, entre otros, el embargo (*missio in possessionem*) definitivo. Vid. d'ORS, *DPR* ², pag. 174 y n. 3.

31. Vid. infra, cap. VI, D.39,2,4 §§ 3-4 y n. 23.

32. Vid. supra, cap. I, ad, frag. 7 pr.

“parezca haber justa causa” para decretarlo: *eum, cui ita non cavebitur ... ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo*³³. Dada la grave consecuencia que implica tal decreto, es decir, la expropiación del inmueble, el pretor debe dejar transcurrir “algún tiempo” después del primer decreto, antes de decidirse a dictar el segundo. Cuánto tiempo debe transcurrir entre uno y otro depende del arbitrio y prudencia del pretor³⁴.

La negativa a prestar la caución puede estar determinada: *a*) por la perseverancia en no prestarla, y *b*) por la ausencia del que debe prestarla. Pero esto no basta para dar el segundo decreto, sino que el pretor debe apreciar en el demandado que no da caución una actitud de abandono que parezca justificar la expropiación (D.39, 2,15,21). Esto, sin embargo, no equivale a una exigencia de verdadera *derelictio*, como vimos ya en el comentario Ulpiano³⁵. Una *derelictio* técnicamente entendida daría lugar a la *usucapio pro derelicto*, fenómeno que no opera en nuestra institución, como prueba el mismo hecho de que se dicte el segundo decreto que concede el *in bonis habere*, sino que sólo implica una apariencia de abandono que justifica el segundo decreto, aunque aquí el pretor debe ser mucho más prudente que en el caso de negativa voluntaria, ya que, si el demandado tenía una justa causa para dicha ausencia o era menor de edad, podía pedir la revocación del segundo decreto³⁶.

33. Vid. supra, cap. I, 6.

34. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 21: *ergo intervalum aliquod debet intercedere*. No hemos encontrado la fuente que da pie a ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 13.^a ed. (Napoli, 1957), pág. 222; GUARINO, *Diritto Privato Romano* (Napoli, 1957), pág. 381 e IGLESIAS, *Derecho Romano*, 6.^a ed. (Barcelona, 1972), pág. 304, para afirmar que entre el primero y el segundo decreto debe transcurrir un año.

35. Vid. supra, cap. I, 6.

36. Relacionado con la justa causa que debe existir para que el pretor dicte el segundo decreto, está precisamente la ausencia de la misma. Falta en dos casos: *a*) cuando el propietario del fundo amenazante se halla ausente en viaje oficial (*rei publica causa abest*), y *b*) cuando tiene la edad en que se le suele defender (por la ley Letoria); vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 22 y n. 57. También cuando se trata de un militar ausente (D.4,6,15,2). Si el pretor da el segundo decreto contra un propietario en estas circunstancias, dicha *missio ex secundo decreto* se puede revocar mediante una *restitutio in integrum*. El ausente de buena fe no pierde su

ii) *Efectos*.—Así como el efecto jurídico inmediato de la *missio ex primo decreto* era el *in possessione esse* de que hablan las fuentes para referirse a la simple detentación del inmueble con el fin de *custodia et observantia*, la *missio ex secundo decreto* tiene como efecto inmediato y paralelo a aquél un verdadero *possidere*³⁷, término que las fuentes utilizan exclusivamente para referirse no ya a la simple detentación del inmueble, sino a la *possessio* técnicamente entendida, es decir, aquella apta para usucapir, y que supone que la cosa se halla ya *in bonis* del *missus*³⁸. Si bien es cierto que algunos textos hablan de *dominium*³⁹ a propósito del comentario Ulpiano⁴⁰, hemos señalado ya la posibilidad de que esta expresión no sea clásica; en todo caso, tampoco para los compiladores, si fueron éstos los que introdujeron la expresión, se daba una adquisición inmediata, pues también ellos requieren la prescripción adquisitiva⁴¹. En todo caso, el *missus* ocupa, desde que entra en posesión, el lugar de un propietario bonitario, y dispone de las acciones

derecho respecto a la caución de daño temido, sino que se le concede, cuando regresa, la facultad de dar caución, ya sea propietario o titular de otro derecho (acreedor pignoraticio, usufructuario o superficiario). Sobre D.39,2,19, en relación con D.9,4,30, vid. d'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*, en *Iura*, 20 (1969), pág. 80 y n. 102.

37. Vid., además de D.39,2,7 pr.; 1,21,4,1; 4,6,15,2; 10,3,4,4; 10,3,7,9; 27,9,3,1; 27,9,5,3; 39,2,18,15; 41,2,10,1, y 42,4,12.

38. Cfr. KARLOWA, *RRG*, II, págs. 1250 y sigs.; BONFANTE, *Corso*, II, I, pág. 418; G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo "extra ordinem"*, I (Bologna, 1965), pág. 342 y sig.; KASER, *RPR*, I², pág. 408; *ZPR*, pág. 334 y sig., y n. 16; *In bonis esse*, en *SZ*, 78 (1961) pág. 181 y n. 26; BRANCA, "Missiones in possessionem" e possesso, en *Studi Solazzi* (Napoli, 1948), páginas 485 y 496.

39. Además de D.39,2,15,16 y 17, y frag. 33 del comentario de Ulpiano (vid. supra, cap. I, 6); D.7,1,7,1 (*iure domini possidere*), y D.10,3,5 (*dominium nancisci*). En D.10,3,7,9, se habla de *vindicationem habere*, lo que puede valer como referencia a la acción Publiciana, que efectivamente tiene el *missus ex secundo decreto*. En D.23,5,1 pr., y 27,9,3,1 se habla de *alienatio*, pero ésta puede aparecer como el último efecto de la usucapión determinado por el segundo decreto y no como efecto inmediato de éste. Para la crítica de los anteriores textos, véase *Ind. Interp. ss. II*.

40. Vid. supra, cap. I, 6.

41. El hecho de que interpolaran la *praescriptio longi temporis* (D.39, 2,5 pr.; 12; 15,16; 15,26 y 27; 18,15; 44,1, y 41,2,3,23, *in fine*) nos permite ver que tampoco los compiladores admiten la adquisición inmediata de la propiedad. En D.39,2,15,16, se habla a la vez de *dominium* y *longi tem-*

que le corresponden como tal, así tenemos entonces la *actio Publiciana* y los interdictos posesorios⁴².

No suele plantearse en la doctrina el problema de cuál sea la *iusta causa* para la usucapión del *missus ex secundo decreto*. Esta omisión tal vez esté determinada por el cómodo recurso de encuadrar aquellas justas causas que no aparecen tipificadas en la compilación jurisprudencial (D.41,3-9) dentro del título *pro suo* (D.41.10). Sin embargo, encontramos algunos textos que nos hacen pensar que la *iusta causa* en este caso es el mismo decreto del magistrado. Ante todo, D.41,2,11: *Iuste possidet, qui auctore praetore possidet*⁴³, pero también, en el mismo título, el fragmento 3, § 23 de Paulo (54 *ad ed.*): “Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionem posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit”⁴⁴.

Mucio Escévola, como vemos, había reconocido la existencia de una *iusta causa* de poseer que era precisamente la del decreto del magistrado. Si Paulo critica duramente esta idea, quizá sea por no

poris praescriptio; esto lleva a BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 419, n. 1, a hablar de la “storditezza” de los compiladores.

42. Vid. D.39,2,18,15; 10,3,7,9.

43. Cfr. la mención en el mismo sentido de *auctoritas magistratus*, en D.27,9,3,1; texto que ALBERTARIO (vid. *Ind. Interp. s. l.*) da por interpolado desde [*quia haec — voluntaria*], lo cual es explicable, pues, repetimos, dicha razón sería el fundamento de la *iusta causa usucapionis*.

44. El texto ha sido variamente criticado, especialmente en su parte final [*et ideo — fin*] (cfr. *Ind. Interp. s. l.*). BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 393, no cree segura la alusión a la *cautio damni infecti* en la primera parte del texto [*vel quia — mittit in possessionem*]; le siguen KUBLER, *Atti Roma* (1934), pág. 90, n. 1; BRANCA, pág. 178, y últimamente en “*Missiones in possessionem*” e *possesso*, cit., pág. 483 y sig., donde el autor cree inverosímil que Quinto Mucio se refiriera a la *missio in possessionem ex secundo decreto* respecto a la *cautio damni infecti* (pág. 485); también MOZZILLO, *Contributi allo studio delle “stipulationes Praetoriae”* (Napoli, 1960), página 126, n. 135.

aparecer en ella suficientemente aclarado que la usucapión no procede por el primer decreto, sino tan sólo por el segundo⁴⁵; pero de ningún modo da una razón que obligue a prescindir del título mismo y a integrar el caso del *missus ex secundo decreto* en el título *pro suo, pro derelicto*, u otro cualquiera de los admitidos por el derecho civil. Este título pretorio para la usucapión sería quizá el mismo del *bonorum possessor*, cuya usucapión puede integrarse en el título *pro herede*⁴⁶.

Otro efecto de la *missio ex secundo decreto* radica en que, por su misma naturaleza de conferir la posesión civil es excluyente y, por tanto, la concurrencia del *missus* con el propietario o con quien detente el inmueble en su nombre, que permitía el primer decreto⁴⁷, se hace imposible con el segundo y, por tanto, el dueño o demás titulares de derechos reales pueden ser justamente expulsados por el *missus*⁴⁸. Pero el propietario expulsado no puede, a su vez, pedir él la caución del *missus ex secundo decreto* por otro edificio suyo vecino al primero del cual fue expulsado por no dar la *cautio*; efectivamente, no es admisible que pida la caución por la ruina de aquella casa por la cual él dejó de darla⁴⁹. De aquí se deduce otro efecto de esta *missio* y es que el *missus ex secundo decreto* queda legitimado pasivamente a *satisdare*⁵⁰ con la consecuencia de que,

45. Para ALBERTARIO, *Il possesso Romano*, en *BIDR*, 40 (1932), pág. 24 y sig., ni Paulo (D.41,2,3,23) ni Pomponio (D.42,4,12, vid. la crítica del autor a este texto en pág. 24, n. 1; cfr. también *Ind. Interp. s. l.*) interpretaron correctamente la clasificación de Quinto Mucio. El "fundador" del *ius Civile* hablando de los *genera possessionum* incluye el caso "*si quando iussu magistratus possidemus*" (*bona possidere*: D.42,4,12), con el cual, o se refería a la posesión interina de la cosa en la *hereditatis petitio*, o a aquella situación jurídica que surgía cuando el pretor con decretos sucesivos de *missio in possessionem* concedía la posesión "*cum iusta causa esse videbitur*".

46. Se ha pensado alguna vez (vid. d'ORS, *DPR*², pág. 200, n. 21) en el título *pro herede*, sobre la base de D.5,3,11, pero este texto no se refiere a la usucapión *pro herede*, sino a la legitimación pasiva en la petición de herencia, donde *pro herede* se contrapone a *pro possessore*. Al exigirse la buena fe del usucapiente parece difícil suponer la creencia de ser *heres* en quien sabe que sólo es *bonorum possessor*.

47. Vid supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 20.

48. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 23. Cfr. D.41,2,30,2.

49. Vid. supra, cap. I, 3, *ad*, frag. 13, § 11 y n. 35.

50. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 7 pr.

si se niega a dar la *cautio*, pierde la posesión ⁵¹. También queda legitimado activamente el *missus* para ejercitar la *actio communi dividundo* como útil en tanto no adquiere la propiedad civil, y puede con esa acción recuperar las impensas que hubiese hecho en el inmueble incluso antes del segundo decreto; por supuesto, nos referimos al caso de pluralidad de *missi ex secundo decreto* ⁵², ya que los que concurren por el primer decreto no están legitimados activamente por no tener una verdadera comunidad en el derecho real ⁵³, y si sólo uno llega a conseguir el segundo decreto, dispone de la acción Publiciana contra los demás y no necesita la acción divisoria ⁵⁴ (D.10,3,7,9): “Plane si iam damni infecti missus iussus sit possidere, non erit huic utili iudicio locus, cum vindicationem habere possit” (Ulp. 19 *ad ed.*).

3. Interdicto “ne vis fiat ei, qui damni infecti missus erit”

Para hacer efectiva la *missio* decretada por el pretor, en el caso de resistencia al *venire in possessionem*, como también contra posibles despojamientos, debía proveerse un recurso a favor del *missus*, ya que *frustra enim in possessionem mitteret (praetor) rei servandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coerceret* ⁵⁵. Este interdicto era el recurso general para defender a todos los *missi in possessionem*, como dice Ulpiano, D.43,4,1,2, aunque los compiladores, como siempre, hayan confundido el interdicto con la *actio in factum* ⁵⁶: “Est autem generale hoc edictum: perti-

51. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 17, *in fine*.

52. Vid. supra, cap. I, 6, *ad*, frag. 15, § 19, y D.10,3,5. Sobre este último texto, PERNICE, *Labeo*, II², 1, pág. 424, n. 1 (*ex*, pág. 423), seguido por KRÜGER, *s. l.*, y ERMAN, *SZ*, 11 (1890), pág. 261 y n. 2, dan por interpolada la frase [*et ex hoc dominium earum nancisceremur*], con la que parecía exigirse la adquisición efectiva del dominio civil por la usucapión.

53. D.10,3,4,4.

54. D.10,3,7,9, *cfr.* supra, n. 39.

55. D.43,4,1,1. Naturalmente, tan pronto el que debe dar la caución la ofrece (D.43,4,4,1) o permite al que la solicita la entrada en la posesión, el interdicto ya no procede: D.39,2,16; este texto aparece inserto dentro del comentario de Ulpiano (frag. 15, § 36, y frag. 17) a la *actio in factum*, que, como veremos, los compiladores confundieron con el interdicto.

56. En el cap. IV veremos el destino que le da la romanística precritica y la crítica a estos textos donde la *actio in factum* justiniana oculta

net enim ad omnes, qui in possessionem a praetore missi sunt: convenit enim praetori omnes, quos ipse in possessionem misit, tueri. sed sive rei servandae causa sive legatorum aut ventris nomine in possessionem missi fuerint, habent ex hoc edicto in factum actionem, sive doli sive aliter prohibuerint.”

Puede ejercitar dicho interdicto tanto el *missus ex primo* como *ex secundo decreto*⁵⁷. El primero, no sólo contra el que le impide entrar en el inmueble, sino también contra el que le expulse de él⁵⁸; el segundo, sólo para entrar en posesión, ya que, una vez que ha entrado en ella, dispone del interdicto *unde vi*⁵⁹ y de los otros interdictos posesorios, como poseedor pretorio que es, así como de la acción Publiciana, pues es propietario bonitario; únicamente podríamos pensar que sigue siendo posible para él el interdicto “*ne vis fiat ei*” como recurso alternativo. En lo que respecta al *missus ex primo decreto*, éste es el único medio jurídico de que dispone no sólo para conseguir la detentación de la cosa, sino también para conservarla, ya que, como puro y simple detentador, no

al interdicto *ne vis fiat ei*. En todo caso, no podemos estudiar aquí la problemática que presenta esta cuestión con los otros tipos de *missiones in possessionem*.

57. Vid. BURCKHARD, pág. 422; G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, pág. 176. Se refieren al *missus ex primo decreto*, D.39,2,18,13 y 14; en cambio, se refiere tanto al primero como al segundo decreto de *missio*, D.39,2,18,15.

58. Cfr. D 43,4,1,3: *non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum <a quo quis> possessione pulsus est, cum venisset in possessionem*. Este texto, sin embargo, aparece confundido por los compiladores con la *actio in factum* (vid. infra, cap. IV). Con base en este doble aspecto la romanística precrítica (vid. UNTERHOLZNER, cit. por BURCKHARD, pág. 425) pretendía ver una doble defensa en el interdicto *ne vis fiat ei*: un interdicto para prohibir el despojamiento y otro (*restitutorium*) para la restitución; idea que rechaza BURCKHARD, loc. cit., aunque acepta una fórmula adaptada a los dos sentidos: “*Cuius rei illi in possessione esse a seu cuius ea iurisdictio fuit permissum est, quo minus illi ibi sit, vim fieri veto*”.

59. En D.39,2,18,15, se habla de interdicto *utile*, que no parece necesario eliminar, a pesar de la crítica de BRANCA, pág. 227, porque el caso de *deiectio* contemplado por Paulo es el de una expulsión realizada por el que todavía es propietario, al cual, en principio, habría que reconocer un *ius prohibendi*, y sólo con una fórmula interdictal acomodada al caso podía superarse esta dificultad.

está protegido por los interdictos posesorios ni otras acciones que tiene el *missus ex secundo decreto*. Sólo cuando ya se ha causado el daño en el trámite procesal supletorio a falta de *cautio*, tanto el *missus ex primo* como *ex secundo decreto* disponen de una *actio in factum*, que será objeto de nuestro estudio en el capítulo IV. Esta *actio in factum* excluye ya la posibilidad del interdicto, pues éste se da en tanto no se ha producido el *damnum*⁶⁰. Desde el momento en que se delegó a los magistrados municipales la *missio in possessionem (ex primo decreto)*, este recurso interdictal debió de serles delegado también como defensa imprescindible del *missus*. Al interdicto debe referirse D.39,2,4,2, que habla por interpolación de *actio in factum*⁶¹.

No se nos ha conservado la fórmula de este interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*⁶² y los compiladores nos presentan este interdicto confundido con la *actio in factum*, de que trataremos después. No cabe duda de que es un interdicto prohibitorio, como lo demuestra no sólo la rúbrica del título 43,4: *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus fuerit*, sino también D.43,4,4 pr.: “Per interdictum etiam ei subvenit praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat” (Ulp. 69 *ad ed.*). Y, en referencia al mismo interdicto, D.43,4,3,2: “Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium [et restitutorium] est...” (Ulp. 68 *ad ed.*)⁶³.

60. D.39,2,16, al decir *antequam damnum detur*, muestra que sólo en ese momento se puede hablar del interdicto, pues, una vez causado el daño, procede la *actio in factum* a favor del *non admissus* que lo ha sufrido.

61. Sobre este texto, vid. *infra*, cap. VI, 3, ii.

62. LENEL, *EP*³, § 246, pág. 469, no ofrece una reconstrucción del mismo.

63. BERGER, *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, en *SZ* (1915), págs. 212 y sigs., seguido por LENEL, *EP*³, § 231, pág. 455 y n. 6, niega el carácter restitutorio del interdicto. Únicamente cabría pensar en el carácter restitutorio cuando no se trataba de una *non admissio*, sino de una *deiectio*, pero no puede haber verdadera *deiectio* antes de haber entrado en posesión *ex secundo decreto* cuando ya compete el interdicto *unde vi*; cfr. n. 59; BERGER, loc. cit., admite una alteración más extensa de todo el texto, considerando que la mención *hoc interdictum* carece de antecedente, pero creemos que la tiene en el pr. de este fragmento: *interdictum locum habere*; el § 1 llama acción a este mismo interdicto; vid. VALIÑO, *Actiones utiles* (Pamplona, 1974), págs. 366 y sig.

Legitimado activamente para el interdicto está el *missus*, sea él personalmente el impedido de entrar en el fundo, sea otra persona que lo haga a su nombre ⁶⁴; pasivamente legitimado está no sólo el obligado a prestar la *cautio* (ya como propietario, ya como titular de un derecho real sobre la cosa), sino también cualquier otro que impida entrar en la posesión o despoje de ella, es decir, sea *suo nomine* o *alieno nomine* ⁶⁵.

III. CAUCION "DE DAMNO PRAETERITO" E INTERDICTO "DE RUDERIBUS TOLLENDIS"

Al seguir el orden del comentario de Ulpiano al edicto de *damno infecto*, habíamos dejado para este momento el análisis del fragmento (D.39,2) 7, § 2, que nos introducía en el tema del daño de cosa inanimada no garantizado por la *cautio* previa (*non interposita antea cautione*), es decir, la que ni siquiera se había interpuesto o solicitado por el vecino interesado, ya que, si el pretor había decretado la *cautio* y luego, en vista de la negativa, la *missio* (*ex primo decreto*), no había diferencia entre que el daño se hubiera causado antes o después de la efectiva entrada en posesión del *missus* (frag. 44 pr.), excepto en el caso de retraso inexcusable de éste (frag. 15, § 35, *in fine*), en cuyo caso no había lugar para reclamación por parte del que hubiera sufrido el daño.

El daño de cosa inanimada no prevenido por una caución no queda por ello sin consecuencias, sino que, aparte la retirada de los escombros (*rudera*) caídos en la finca ajena, cabe la posibilidad de que se exija una *cautio de damno praeterito*. Respecto a lo primero, la cuestión es problemática no sólo por la diversidad de opiniones, sino también por la misma designación del recurso jurídico para lograr dicha retirada de escombros (*tollere rudera*), y que

64. D.43,4,1,2 (vid. *Ind. Interp. s. l.*, donde los autores dan por interpolado todo el párrafo quizá por considerarlo una *laudatio edicti*); D.43,4,1,3 (vid. BERGER, *Miszellen*, pág. 214, n. 1, según este autor no se podía hablar aquí de *actio in factum*, en lo que lleva razón, como veremos más adelante), y D.43,4,2 pr.

65. D.43,4,2,1 y h.t. 1,6, donde se exceptúa el pupilo incapaz de dolo y el loco.

aparece en el texto como un *interdictum*. Aunque no ha habido unanimidad en la designación de este interdicto, podemos adoptar la de *interdictum "de ruderibus tollendis"* ¹.

La base textual de este interdicto se halla en Ulpiano (vid. supra, frag. 7, § 2, y frag. 9, §§ 1-3) y Gayo (vid. infra, frags. 6 y 8); pero principalmente en el primero, quien da un tratamiento unitario al interdicto que se dirige a pedir la retirada de los escombros y la *cautio* para garantizar la indemnización del daño causado por tales *rudera*, siendo el resultado final de dichos recursos la expropiación voluntaria o forzosa.

En términos generales, todo *interdictum* decretado por el pretor tiende, en primer lugar, a mantener el orden público y, en lo tocante al derecho privado, a mantener las situaciones de apariencia jurídica, a fin de que la reclamación contra ellas se haga judicialmente y no de propia mano ². El interdicto de *ruderibus tollendis* servía concretamente para evitar una *immissio* proveniente del fundo vecino consistente en la caída de los *rudera* ³, de manera análoga a como el interdicto restitutorio del edicto *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (D. 43,8,2,35; y cfr. el edicto en h. t. frag 6) servía para evitar una *immissio* en los lugares públicos. Se nos presenta, pues, respecto al uso público, una situación muy similar a la que es objeto de nuestro estudio, y, si bien es cierto que no pretendemos ni mucho menos deducir de un interdicto en defensa del uso público la existencia de otro para nuestro supuesto de interés privado, sí vemos cierta razón de analogía que puede defender la existencia del interdicto "*de ruderibus tollendis*", que era, como aquél (D.43, 8,2,35), restitutorio ⁴.

1. Vid. esta designación en ACCURSIUS, *Glossa in Digestum Novum* (en *Corpus Glossatorum iuris civilis*, IX, rep. anastática, Torino, 1968), página 13, l. i. Accursio remite a Inst. 4,15,8 (donde se habla de la acción "útil" en lugar de interdicto) para justificar también el nombre de "*actio in factum*", y refiere el uso por algún autor de la denominación "*interdictum de damno infecto*", por servir también para exigir la *cautio (de damno praeterito)*.

2. A. d'ORS, *DPR* ², pág. 101.

3. Vid. BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 423, que aclara cómo, aunque no se quiera hablar de *immissio* por falta de voluntad, hay evidentemente un *immissum habere* por parte del que no retira los escombros.

4. A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano* (Pado-

El demandado podía evitar la *actio ex interdicto* mediante la retirada de los escombros (*tollere rudera*), aunque quedaba siempre subsistente el recurso contra los daños que los escombros hubieran podido causar sobre la casa vecina. Pero también dejaba de proceder el interdicto si el propietario de la casa ruinosa y de los *rudera* abandonaba la posesión de estos *rudera*, pues al no poseer los *rudera*, faltaba entonces su legitimación pasiva; tal abandono podía hacerse, por ejemplo, permitiendo que el propietario demandante retirara los *rudera* él, como en el caso del árbol que cae sobre la vía pública (D.43,8,2,40). Esta es la razón por la cual Gayo (frag. 6) dice que el abandono de los *rudera* exonera del interdicto: “Evenit, ut nonnumquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint: adeo ut plerisque placuerit nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat” (Gai., 1 *ed prov.*).

El hecho de que se excluya la exigencia de retirada de los *rudera* cuando el propietario de los mismos los abandona, demuestra que sí existía un expediente para exigir tal retirada, pero tan sólo cuando el propietario no hacía tal abandono. Por tanto, no es exacto que, según Gayo, no existiera ningún expediente para exigir tal retirada de los *rudera*⁵.

va, 1938), pág. 33, pág. 34, n. 1, y pág. 53, n. 1, III a, al analizar la *causae cognitio* pretoria se detiene en las distintas finalidades que persigue; una de ellas sería, para ese autor, la concesión eventual de un interdicto *ad hoc*, a falta del correspondiente modelo edictal de cada uno de los interdictos útiles; cita como ejemplos los casos de D.10,4,15; 39,2,7,2 y *eod.* 9,1; dichos interdictos serían *repentina*, y hace la reconstrucción del último de los casos citados, es decir, cuando la avenida de un río llevaba cosas a un terreno ajeno, para prohibir que se impidiera su retirada siempre y cuando se diera la *cautio damni infecti*; el interdicto sería del siguiente tenor: “*Quae vi fluminis in aedes tuas delata sunt quo minus illi tollere auferre liceat, si modo tibi damni infecti cautum sit, vim fieri veto.*” En el mismo sentido de que el interdicto del frag. 7, § 2, es repentino, se declara LUIGI DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta* (Milano, 1940), pág. 69, n. 27, página 71.

5. M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem* (Firenze, Carlo, Cya, 1939), pág. 99 reconoce, que Gayo, en fragmento 6, tenía presente el interdicto como posible.

Es natural que, si los escombros, al caer, producen un daño en la finca vecina, el propietario de ésta desee que se le indemnice aquel daño (frag. 7, § 2: *Iulianus consultus... quod facere deberet ... ut damnum sarciretur*). La forma de asegurar esta indemnización es la *cautio de damno praeterito (et futuro)*. Esta posibilidad parece haber sido introducida por Juliano (frag. 9 pr., *in fine: Sententia Iuliani*), y Gayo tenía que conocerla, de forma que su fragmento 8 debía referirse a esta *cautio de praeterito*: “Quod forte tunc recte dicetur, cum non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit” (*Gai., ad ed. praet, urbani, tit de damno infecto*).

La coacción para exigir esta *cautio* sería en último término, como respecto a la de *damno infecto*, el temor de expropiación por *missio ex secundo decreto: aut damnum sarciat aut aedibus careat* (frag. 9).

Ahora bien, en Juliano (y Ulpiano) (frag. 7, § 2) parece presentarse el caso de que se trate a la vez de la retirada de escombros y de la *cautio de damno praeterito*, por haberse causado un *damnum*, como es fácil de pensar tratándose de fincas construidas (*aedes*). Si el propietario de los escombros pide que le dejen recogerlos, el que ha sufrido daño a causa de los *rudera* puede negarle la entrada en tanto aquél no le dé la *cautio*⁶. Se ha hablado a este propósito de un *ius retentionis* como único expediente contra el que no quiere recoger los *rudera*. Sin embargo, hay que observar que tal recurso sólo tendría sentido para el supuesto de que el propietario de la casa ruinosa quisiera recoger los *rudera* sin dar caución de *damno praeterito*: se trataría, pues, de un medio coactivo para conseguir esta caución. Si pensamos en una reivindicatoria o acción *ad exhibendum*, cabría pensar en una excepción oponible por parte del demandado, y en este sentido cabría hablar de un *ius*

6. El “retirar” todos los escombros (*rudera*) no puede ser un requisito previo para el permiso de retirarlos, y debe entenderse en el sentido de que, si no retira todos, subsiste el recurso propio de cuando ni los abandona ni los retira, que veremos más adelante. En este sentido parecido debe entenderse D.10,4,5,3 sobre la *actio ad exhibendum* para retirar el estiércol amontonado en el fundo vecino; *ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas (stercum), sic tamen ut totum tollas*.

retentionis. Tal como se nos presenta en el texto, donde se habla simplemente de no dejar recoger los *rudera* (*non aliter permittendum*), parece mejor configurar esta oposición como un caso de simple *ius prohibendi* del propietario.

Si el propietario de la casa ruinoso, siguen diciendo Juliano y Ulpiano, no retira los *rudera* ni tampoco declara abandonarlos (*nihil facit*), procede contra él el interdicto "*de ruderibus tollendis*". Frente a este interdicto, el demandado puede liberarse recogiendo (*tolle*) todos los escombros (es decir, incluso los *inutilia*)⁷, y en tal supuesto subsiste la posible *missio* como coacción para exigir la caución que no ha dado. Una vez dado el interdicto, no puede ya liberarse de él mediante el abandono, pues éste servía sólo antes de darse el interdicto por privar al demandado de la necesaria legitimación pasiva. Sin embargo, el demandado puede librarse de todas las consecuencias del interdicto abandonando la finca entera, en cuyo caso ya no hay necesidad de *missio* para exigir la caución, pues ésta carece de sentido cuando el demandado ha dejado la finca ruinoso en poder del demandante, es decir, facilitando al pretor la concesión, por el hecho de tal *derelictio*, de la *missio ex secundo decreto* que procurará la propiedad al demandante⁸. En efecto, continúa diciendo Ulpiano, en el frag. 9 pr. (continuación del frag. 7, § 2, interrumpido por el frag. 8) que, según Juliano, además del interdicto para lograr la retirada de los *rudera*, como ha habido daño, éste se garantizará mediante la *cautio de damno praeterito* y, coincidiendo con Gayo (frag. 8), señala concretamente casos que excluyen la negligencia del propietario de las *aedes* sobre las que cayeron los *rudera* en estipular la *cautio* y, por tanto, se le conceden estos recursos: *propter angustias temporis* y *a qui rei publicae causa aberat*; concluye Ulpiano (Juliano) con la coacción para lograr esta garantía del daño pasado, la *missio in possessionem*, cuyo resultado final es la expropiación (*aedibus careat*); por esta razón, el demandado puede liberarse también de la condena

7. Vid. nota anterior.

8. Cfr. supra, cap. I, n. 55. Sobre la terminología de esta institución de la derrelicción, vid. SILVIO ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano* (Padova, 1933), págs. 7 y sigs. Sin embargo, nos apartamos de las ideas principales de este autor respecto al tema que nos ocupa.

del interdicto por el abandono de la casa entera (*totas aedes pro derelicto habere*). Así, pues, aunque la coacción para conseguir la *cautio* sea distinta del recurso interdictal para que se recojan los escombros, el abandono que facilita la expropiación de la finca ruinosamente entera exonera a la vez del interdicto y de la caución.

Inmediatamente después del anterior tratamiento unitario de la *cautio de praeterito* y del interdicto de *rueribus tollendis* (frag. 7, § 2, frag. 9 pr.), Ulpiano trae a colación unos supuestos similares (§§ 1,2 y 3 del frag. 9).

El primer caso (frag. 9, § 1) tiene como supuesto de hecho el que la avenida de un río haya llevado cosas a terreno ajeno. Trebacio, según Ulpiano, concedía un interdicto ("*de rebus vi fluminis importatis*") para que no se impidiera recogerlas a su propietario (*ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent*), lo que indica su carácter de prohibitorio; interdicto que se supedita a una *cautio damni infecti* para prevenir los daños que la recuperación de los objetos llevados por la avenida del río pueda ocasionar⁹. Trebacio, en este fragmento 9, § 1, no es que niegue la indemnización por el daño pretérito, sino que sencillamente no podía tratar de ella en este caso, ya que los posibles daños habrían sido causados por la inundación o avenida del río y no por los objetos que ella ha trasladado¹⁰. Así, pues, la comparación con este supuesto la refiere a la necesidad de prestar una caución (aquí de *damno infecto*) para poder proceder a la retirada de las cosas llevadas por el río.

En el § 2 se trata de la *immissio* de un trozo de revoque de una fachada que cae en el fundo vecino y el propietario reivindica (*petere*). Alfeno y Labeón, según Ulpiano, dan, contra el propietario del

9. LUIGI DE SARLO, *Alfeno Varo*, págs. 70 y sig., se pregunta si la frase *si modo omnia damni infecti repromitterent* del § 1 indica una condición para conceder el interdicto o es contenido del interdicto mismo; por el autor sería lo segundo. Se adhieren a esta opinión BISCARDI, *opusculo citado*, pág. 53, n. 1, y ENZO NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I (Milano, 1947), pág. 392. Por el contrario, estiman que la prestación de la *cautio* es condición para conceder el interdicto, BURCKHARD, pág. 22, y M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica*, pág. 104, n. 1.

10. Debe recordarse aquí que, según Labeón (D.39,2,24,3), la *cautio* sólo cubre el daño que se produce contra derecho y no por cualquier accidente como un terremoto, un río desbordado o por otro caso fortuito.

revoque que cayó y quiere reivindicarlo, un *iudicium de damno iam facto*, ya que en la reivindicatoria no entra el daño que ha sufrido (*damnum, quod ante sensi, non contineri*) y no hay más acción sino para hacer retirar todo lo que cayó (*quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa*). Agrega Alfeno que la reivindicatoria del trozo de revoque sólo se da cuando éste no se ha unido inseparablemente con la tierra del fundo en el cual cayó, así como tampoco se puede reivindicar el árbol que al ser trasladado a otro campo, se une inseparablemente con la tierra; tampoco se puede ejercitar la acción negatoria (*ius tibi non esse ita crustam habere*). La expresión *iudicium de damno iam facto*¹¹, en nuestra opinión se refiere a la *actio ex stipulatu* procurada por la caución que el pretor exige del reivindicante: si el vecino reivindica, se le debe denegar (eventualmente rechazar por *exceptio*) la acción si no da caución por el daño ya causado (*cautio de damno praeterito*), con el fin de que el demandado disponga por ello de la acción propia de tal caución (*iudicium*). En efecto, para el árbitro de la reivindicatoria no podía entrar en consideración el daño producido por la *crusta lapsa* a fin de dar una retención al demandado, quizá por el hecho de que, por sí mismo, no era un daño cuya indemnización se pudiera exigir, como puede ocurrir, por ejemplo, con las impensas necesarias que ha hecho el demandado vencido por la reivindicatoria. Así, pues, Ulpiano trae a colación este caso con la *cautio de praeterito*.

Por último, en el § 3, Neracio presenta el caso de una barca que es llevada por la corriente del río a un terreno ajeno. Igualmente, el propietario de la misma no podrá llevársela hasta que no dé la *cautio de damno praeterito*: opinión ésta que se confirma con

11. Sostenemos la lectura de la Florentina: *iudicium de damno iam facto*, siguiendo a BURCKHARD, págs. 21 y sigs.; MOMMSEN, s. l., y BONFANTE, Corso, II 1, pág. 426. Por el contrario, prefiere la lectura de la Vulgata: *dandum in te iudicium de damno infecto*, M. F. LEPRI, op. cit., pág. 103, nota 1, ya que, según la autora, admitiendo que *iudicium* signifique juicio, proceso, ¿acaso no podía referirse a la *legis actio damni infecti* (Gai. IV,31)?, ya que en las fuentes a veces aparece *iudicium* en lugar de *legis actio*; esto, aun teniendo en cuenta que al tiempo de Gayo aún subsistía el procedimiento de las acciones de la Ley para el *damnum infectum*. Por lo demás, agrega, es lógico ver en dicha expresión el medio para garantizar los eventuales daños que se pudieran causar al retirar la *crusta*.

el mismo texto de Neracio, D.47,9,8 (2 *resp.*): “Ratis vi fluminis in agrum neum delatae non aliter potestatem tibi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.”

De nuevo se presenta este caso en Ulpiano, D.10,4,5,4 (24 *ad ed.*), donde se especifica que el propietario del objeto llevado por la corriente reclama con la acción *ad exhibendum*¹²: “Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum Neratius scribit. unde quaerit Neratius, utrum de futuro dumtaxat damno an et de praeterito domino agri cavendum sit, et ait etiam de praeterito caveri oportere.”

Como puede verse, la reconstrucción que aquí exponemos del régimen supletivo de la *cautio damni infecti* tiende a conservar el tenor actual de los textos¹³, pero la romanística crítica ha tendido a negar la existencia de los recursos positivos como el interdicto y la caución o alguno de ellos.

Ante esta problemática, Karlowa¹⁴ empieza por analizar los fragmentos 6 y 8 de Gayo, en los cuales ve una contradicción, pues, según el autor, mientras en fragmento 8 está de acuerdo con Juliano y Ulpiano (frag. 7, § 2) en conceder un recurso al propietario de la

12. G. A. PETROPOULOS, *Historia e Instituciones de Derecho romano* (en griego, Atenas, 1944), pág. 562 y n. 7 (donde cita D.39,2,7,2), parece pensar que el propietario de los escombros dispone de una *actio ad exhibendum* para recogerlos; cfr. D.10,4,9,1.

13. La pandectística había pretendido ver aquí una especie de *ius retentionis* sobre los *rudera* por parte del vecino perjudicado, para lograr no sólo la retirada de los escombros (frag. 6: *omnia quae iaceant*; frag. 7, § 2: *omnia et quae inutilia essent*), sino también para obtener la *cautio de damno praeterito (et futuro)*. Así, BURCKHARD, págs. 8-17, para quien el vecino sobre cuya finca cayeron los escombros retendrá éstos hasta que el propietario que pretende retirarlos cumpla efectivamente aquellos dos extremos: los retire todos y dé la caución; si por el contrario, los abandona, no habrá lugar a la *cautio*, pero el vecino perjudicado dispondrá del interdicto para obligar al propietario a *tollere rudera*, del cual interdicto se podrá liberar abandonando la casa. Como ya dijimos en la nota 6, el hecho de retirar todos los escombros sólo se sabrá realmente por el resultado final, pero coincidimos con Burckhard en que este aparente *ius retentionis* es un medio coactivo para exigir la *cautio de damno praeterito* cuando ha habido *damnum*.

14. KARLOWA, *RRG*, II, págs. 1254 y sig.

casa sobre la cual cayeron los *rudera* para que el propietario de éstos los retire, en fragmento 6 se niega todo recurso. Resuelve, entonces, la aparente contradicción (conservando los dos textos) con este argumento: la diversidad de procedencia del fragmento 6 (ad *ed. prov.*) y del fragmento 8 (ad *ed. praet. urban.*, tit. de *damno infecto*); como consecuencia de ella, hace pensar al autor en la siguiente hipótesis: como el procedimiento del *damnum infectum* en las provincias no conocía las *missiones in possessionem* (D.39.2.1; D.h.t.4 pr. y § 3), entonces, quizá Gayo tampoco concedía para las mismas el interdicto de que dan noticia Juliano y Ulpiano. Resuelta de este modo y salvado el interdicto, Karlowa cree que es prohibitorio, ya que, mediante dicho interdicto se prohibiría, al propietario del edificio arruinado (*aedes, quae deciderunt*), el impedir al vecino perjudicado que tomara posesión del fundo entero en el caso de que aquél no quisiera retirar los *rudera*, dando previamente la caución. Así, pues, tal interdicto obligaba al propietario de la casa ruinoso a recoger los *rudera* (previa caución) o abandonar la finca entera. Al terminar esta reseña de opiniones criticaremos tanto aquella contradicción que ve el autor en Gayo como el erróneo carácter prohibitorio del interdicto.

Bonfante¹⁵ aceptó inicialmente tanto el interdicto como la caución; entendía que el contenido del interdicto era el *aut tollere (rudera) aut totas aedes pro derelicto habere*, pero veía una contradicción entre la pregunta de Ulpiano en fragmento 7, § 2 (*an sit aliqua adversus eum actio*) y la respuesta tomada de Juliano en el mismo texto: en efecto, mientras Ulpiano se pregunta si hay acción cuando el propietario de la casa arruinada hace abandono de los *rudera*, Juliano responde que hay acción (*interdictum*) si el mismo propietario *nihil facit*, es decir si no se toma el cuidado de recoger los *rudera*, previa caución; cuyo interdicto serviría para coaccionarle a retirar todos los *rudera* o a hacer derrelicción de todo el fundo de modo que, si aquel propietario quería retirar los *rudera*, se le podía exigir la *cautio de damno praeterito (et futuro)*. La restricción del principio en el fragmento 8 de Gayo, la ve Bonfante como introducida por los compiladores; por tanto, Bonfante, a diferen-

15. BONFANTE, *Notas a Burckhard*, pág. 18, n. b.

cia de Karlowa, no ve contradicción entre el fragmento 6 y el 8 de Gayo, sino entre el fragmento 6 de Gayo, por el que (según los *plerique*) exoneraba el abandono de sólo los *rudera*, y el § 2 de fragmento 7 de Juliano-Ulpiano, según el cual la exoneración depende del abandono de las *totae aedes*: se trataría de una discusión entre los mismos juristas romanos. Por último, insinúa Bonfante que en Derecho justiniano no queda sino el mero derecho de retención de los *rudera*. La introducción de la condición expresada por Gayo en el fragmento 8 vino a restringir (según los compiladores que insertaron ese fragmento dentro del comentario de Ulpiano) el ejercicio del interdicto, de modo que, si no se daba tal condición, no quedaba más recurso que la retención de los *rudera*. Esta me parece ser la interpretación del pensamiento de Bonfante, quizá no muy explícito en ese primer momento de crítica a Karlowa.

Más tarde, el pensamiento de Bonfante cambió, al menos en lo que se refiere al recurso interdictal. En efecto, Bonfante¹⁶ parte entonces del criterio del derecho de retención (*ius retentionis*) en el análisis del daño de cosa inanimada no protegido previamente por la *cautio de damno infecto*; derecho de retención que tiende a dos finalidades: a) coaccionar para la retirada de los escombros del fundo vecino, y b) obtener el resarcimiento del daño que ya se ha causado (*damnum praeteritum*). Respecto al primer punto, cree Bonfante que no se podía exigir la retirada de los *rudera* cuando el propietario de las *aedes ruinosae* los daba por abandonados (*rudera ... pro derelicto habeat*: frag. 6); con lo cual, según Bonfante, tenemos el principio general de que el abandono de los escombros exime de toda responsabilidad a su propietario. Pero tal abandono —habría dicho Ulpiano— debe ser total, o sea, incluidos los escombros *inutilia* (frag. 7, § 2). Por consiguiente, concluye el autor, la retención de la totalidad de los escombros por parte del propietario del fundo sobre el cual cayeron es el medio jurídico con el cual se asegura la retirada de los mismos si el propietario del fundo ruinoso quiere llevarla a cabo. En fragmento 7, § 2, Ulpiano confirmaría la opinión de Gayo, pero parece ampliar los efectos de este derecho de retención, pues, según se dice, no se ejercita sólo sobre

16. BONFANTE, *Corso*, II, 1, págs. 422 y sigs.

los escombros, sino sobre toda la casa ruinoso. Para inducir al propietario de la casa ruinoso a la retirada de los escombros o a abandonar la casa, el perjudicado con la ruina, es decir, el vecino, parece disponer de un interdicto que seguramente iba dirigido a lograr la posesión; dicho interdicto confirmaría entonces que el *ius retentionis* versaba sobre las *aedes* y no sobre los *rudera* como sostiene Gayo en el fragmento 6; pero tal interdicto quizá sería obra de los compiladores¹⁷. Más aún, continúa Bonfante, esta tutela, ampliada por Ulpiano, en fragmento 7, § 2, o, como cree el autor, más posiblemente creación justiniana, está limitada por Gayo en el fragmento 8, en el sentido de que sólo se concede a aquel que no exigió la caución, no por desidia, sino por algo involuntario que se lo impidió.

Respecto al resarcimiento del daño verificado, la *communis opinio* referida por Bonfante¹⁸ veía aquí un disenso radical entre los juristas romanos. Por una parte, Neracio, Juliano y Ulpiano hacen efectivo el resarcimiento del daño causado antes de la *cautio damni infecti* mediante el derecho de retención (*ius retentionis*), y ésta sería para Bonfante la segunda finalidad de tal derecho: antes de permitir la retirada de los escombros (*tollere rudera*), el propietario de las *aedes ruinosae* debe prestar la *cautio de damno praeterito* (D.39,2,9,3; D.47,9,8; D.10,4,5,4 y D.39,2,9 pr.). Por otra parte, Trebacio, Alfeno y Labeón, negarían el derecho al resarcimiento del *damnum praeteritum* y sólo concederían la retención de los *rudera*; para éstos, lo que se podría obtener sería solamente la *cautio* por el *damnum futurum*. A esta contraposición de criterios entre los juristas que suponía la antigua doctrina, hace Bonfante la siguiente crítica. De las palabras del texto de Ulpiano (frag. 9 pr. - 2) no se desprende tal pretendida diversidad de opiniones. Para el au-

17. BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 424, cree que el texto está interpolado desde *quod si* — fin. Sin embargo, el mismo autor en *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte*, en *Scritti giuridici*, II (Torino, 1918), páginas 364 y sig., parece reputar el texto como genuino. Para Bonfante, en este caso, no procede la *missio ex secundo decreto*, sino sólo cuando la cosa se tiene *pro derelicta*.

18. BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 424, n. 2; además de los autores citados por Bonfante, vid. ENZO NARDI, cit. infra n. 29.

tor, los juristas estaban de acuerdo en que el resarcimiento del daño verificado, del *damnum iam factum*, por la vía del *ius retentionis*, se podía exigir mediante la *cautio de damno praeterito*, antes de entregar la casa. Trebacio en fragmento 9, § 1¹⁹, no habla de *damnum praeteritum*, sino que sólo impone la *repromissio damni infecti*, es decir, la promesa de resarcir el daño futuro para obtener la restitución de las cosas llevadas por la avenida de un río a fundos ajenos, y en este caso los posibles daños habrían sido causados por la inundación o avenida del río y no por los objetos que ha trasladado la misma (cfr. nota 10). Por su parte, Alfeno y Labeón al conceder un juicio de *damno iam facto* cuando un trozo de revoque de una fachada cae en un fundo ajeno y se reclama, están hablando de *damnum praeteritum*. La *communis opinio* para negar tal explicación tiene que corregir las palabras *iudicium de damno iam facto* (como dice el texto de la Florentina) por la lectura de la Vulgata “*damno infecto*” y justifica la corrección afirmando que de otra manera habría contradicción entre la primera y la segunda parte del texto (*damnum, quod ante sensi, non contineri*). Pero, replica Bonfante, tal corrección no es posible, ya que *iudicium* no puede significar *cautio*, y de significar juicio, como es evidente, no se puede referir a un *damnum infectum*. Alfeno y Labeón no niegan el resarcimiento por el *damnum iam factum*, pero sí niegan que se realice en el mismo juicio de la reclamación (*petitio*) del revoque caído: *apud quem res prolapsae petentur*.

Así, pues, Bonfante, en este segundo momento, admite la *cautio de damno praeterito* para asegurar el daño causado por los *rudera*, pero niega el interdicto para coaccionar al propietario a retirarlos.

La idea insinuada por Bonfante, de negar el carácter clásico del interdicto cobra mayor fuerza en Branca²⁰, quien parte del principio de la no responsabilidad por los daños de cosa inanimada sin previa *cautio*, con base en el fragmento 6. Para el autor, el texto no presenta dudas en su interpretación: Gayo cita la opinión de la mayoría, según la cual la derrelicción de los materiales arruinados

19. Cfr. n. 9.

20. BRANCA, págs. 251 y sigs., seguido por MOZZILLO, *Contributi allo studio delle “Stipulationes Praetoriae”* (Napoli, 1960), pág. 55, n. 4.

(*omnia [rudera] quae iaceant*) es suficiente para exonerar de responsabilidad al propietario del edificio arruinado; por consiguiente, el propietario del fundo sobre el cual cayeron los *rudera* no tiene otra tutela que el derecho de retención (*ius retentionis*) sobre la totalidad de los escombros. Pero a esta opinión de Gayo, según el autor, contradice el fragmento 7, § 2 de Ulpiano (Juliano), pues, junto con el fragmento 9 pr. del mismo jurista, parece conceder una tutela mayor: el vecino perjudicado habría podido constreñir al propietario de las *aedes ruinosae* a retirar los materiales o a dar por abandonada toda la casa (*totas aedes pro derelicto habere*), y esto se habría podido conseguir mediante un interdicto. Así, pues, esta tutela tendría unos efectos mucho más amplios que los del *ius retentionis*. En efecto, el propietario del fundo sobre el cual cayeron, no solamente tendría la facultad de retener los *rudera*, sino que se haría poseedor de todo el edificio del vecino. Cabría pensar quizá en una regulación específica para los edificios, pero Branca niega la autenticidad del texto, teniendo en cuenta además las críticas formales de que ya había sido objeto²¹. Se pregunta Branca por qué en un caso similar, como el que se nos presenta en el fragmento 9, § 2, no se aplica el mismo régimen interdictal, sino que se admite el abandono exonerativo. Otro indicio del origen espurio del interdicto *de ruderibus tollendis* sería, según Branca, el que no se extienda a los supuestos de los fragmentos 15, § 28 y 44 pr., similares a los del fragmento 7, § 2, por la condición de que el daño se cause antes de la *cautio* (... *si antequam caveretur . si prius, quam damni infecti stipulatio interponeretur*), y con más motivo ya que en estos otros dos supuestos se había, por lo menos, solicitado la caución (... *si, dum praetor de danda stipulatione deliberat...; cum postulassem, ut mihi damni infecti promitteres...*). Por otra parte, dicho interdicto no se puede configurar con un resultado alternativo de *tollere rudera* o *totas aedes pro derelicto habere* (frag. 7, § 2), ya que en los interdictos la orden es una sola: hacer o no hacer una cosa determinada. También excluye Branca la existencia del interdicto por la imposibilidad, según él, de precisar su naturaleza jurídica. Por último, para el autor, el interdicto ha sido

21. BRANCA, pág. 252 y n. 1.

interpolado aquí, tomándolo de una hipótesis de retiro de cosas transportadas por la avenida de un río a un fundo ajeno, en cuyo caso se concede al propietario de aquéllas un interdicto para que no se le impida su recogida: *interdictum ne vis fieri dominis quominus sua tollerent* (frag. 9, § 1). En este texto se habla como de un recurso ya conocido... *De his autem*, y de ahí habría pasado al fragmento 7, § 2, donde se plantea el mismo caso de retirada de escombros. Para Branca²² dicho interdicto, sin ser clásico, tampoco es justiniano, puesto que Justiniano no crea interdictos: sería un glosema pre-justiniano.

Frente a esta posición de Branca se encuentra M. F. Lepri²³, la cual sostiene que en Derecho clásico no existía más recurso, en el caso de haberse producido daño sin previa caución, que el del interdicto para hacer retirar los *rudera*²⁴, y que sólo en el Derecho de la época de Justiniano se introduce un nuevo principio, a saber: que todo daño causado por cosas inanimadas debe ser indemnizado, independientemente de la previa caución; es más: que la caución de *damnum infectum* y la de *damnum praeteritum* (ésta, nueva) se convirtieron en formas de asegurar esa obligación legal general. La acción correspondiente a esa obligación legal sería la *actio utilis* mencionada en el fragmento 15, § 28. Así, pues, tanto la exigencia de la caución *de praeterito*, como el mismo *ius retentionis* de los escombros con el fin de conseguir la misma, serían, según la autora, expedientes interpolados²⁵. La autora se apoya para ello en el silencio de Gayo, fragmento 6, sobre estos expedientes. En nuestra opinión, los textos de ningún modo permiten hablar de las cauciones como simples garantías de una obligación legal preexistente, y el fragmento 15, § 28, como veremos, no se refiere a tal acción de indemnización legal. Es más, en fragmento 7, § 2, no se habla de ninguna acción, sino de un interdicto. Según M. F. Lepri, este texto habría sido profundamente alterado por los compiladores en el sen-

22. BRANCA, pág. 404.

23. M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica* , págs. 97 y ss.

24. Para la autora, *Note sulla natura giuridica* , pág. 99, podría tratarse de un interdicto posesorio, aunque no señala concretamente de qué tipo.

25. M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica* , págs. 100 y sigs.

tido de aprovechar el interdicto de que allí trataba Ulpiano como recurso para exigir la indemnización legal. En efecto, en el fragmento 7, § 2, se pregunta si hay alguna acción contra el propietario que abandona los escombros: *neque rudera velit egerere eaque derelinquat*. El objeto de dicha supuesta *actio* no sería constreñir al *dominus* de las *aedes ruinosae* a *tollere rudera*, porque el interdicto se le concedía antes de la *derelictio* y la acción por la que se pregunta presupone ya la *derelictio* de los *rudera* (*derelinquat*); tampoco podría tender al resarcimiento del daño causado, porque en los casos donde ya existe una *obligatio* (como en los de *noxae* y *pauperies*) el *dominus* se libera con la *derelictio*²⁶. Elimina del texto las palabras contenidas entre *neque dominus — derelinquat* por no responder directamente a la pregunta de Ulpiano, y tacha como expresiones bizantinas las siguientes: *si dominus aedium ... vellet tollere ... non aliter permittendum quam ut omnia ... auferret, nec solum ... sed et ... quod si*²⁷. Por otra parte, el fragmento 9 tan sólo se referiría al supuesto especial de ausencia por viaje oficial del propietario de la finca que había causado el daño²⁸; lo demás sería la ampliación de la tutela concedida por los compiladores consistente en la *cautio de praeterito*.

Por último, Nardi²⁹, aunque acepta que la parte final del fragmento 7, § 2: *quod si* — fin, es un glosema, sin embargo, considera que de las palabras *non aliter permittendum — quam auferret*, del mismo párrafo, no se puede deducir un derecho de retención en sentido técnico, sino que dichas palabras sólo afirman el tratamiento unitario que se debe dar a los escombros (*rudera*), y así se entiende que no puede sino retirarse todos o abandonarse todos. Al tomar

26. La autora piensa en una obligación preexistente que justifica la *derelictio* liberatoria de tal obligación, en analogía con la noxalidad de fragmento 7, § 1.

27. M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica* , págs. 102 y sig.

28. M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica* , págs. 106 y sig.: [—] *Iulianus* [—] *inquit, si quis, [—] quia rei publica causa aberat non potuerit damni infecti stipulari* [—].

29. ENZO NARDI, *Studi sulla ritenzione* , págs. 63 y sig. Cfr. también del mismo autor, *In tema di confini dell'obbligazione naturale*, en *Studi De Francisci*, IV (Milano, 1956) pág. 567 y n. 1, donde sostiene nuevamente su punto de vista.

posición respecto a aquella *communis opinio* que veía disenso entre los juristas (Neracio, Juliano y Ulpiano, por un lado, y Trebacio, Alfeno y Labeón, por otro) respecto a la indemnización del *damnum praeteritum*, trata Nardi de superar esta opinión desde el punto de vista de la jurisprudencia: inicialmente, no se aceptaba sino la indemnización del daño futuro (frag. 9, § 1), más tarde también la del daño pretérito (frag. 7, § 2; frag. 9 pr., y § 3; D.47,9,8 y D.10,4,5,4); se trataría así de una caución que abarcaba ambos daños³⁰.

Estas críticas nos parecen excesivas y tampoco parece explicable que, existiendo una acción, en época de Justiniano, para conseguir la indemnización directamente (sin necesidad de previa caución), no se haya introducido tal acción en lugar del recurso clásico de un interdicto (que Justiniano tiende siempre a sustituir por una acción), así como tampoco que, existiendo tal acción, se hable todavía de la necesidad de exigir de algún modo la *cautio de praeterito*.

La crítica de estas opiniones, negativas y divergentes entre sí, puede deducirse de la explicación que anteriormente hemos dado, ya que dichas críticas parecen haber sido provocadas fundamentalmente por una mala interpretación del fragmento 6 de Gayo, que, como hemos visto, no se opone a la concesión de un interdicto en caso de no existir abandono de los *rudera*. En efecto, el *nihil facit* del fragmento 7, § 2, no debe confundirse con una *derelictio*, sino que se debe entender como una actitud meramente pasiva y no de deliberado abandono, como requiere una *derelictio* propiamente dicha. Por otra parte, en nuestra opinión no hay tal contradicción entre los fragmentos 6 y 8 de Gayo, como cree Karlowa. En fragmento 6, Gayo contrapone implícitamente los casos en que el *damnum* se debe a un acto humano y por ello tiene lugar la ley Aquilia a aquellos otros casos (*nonnumquam*) en los que el daño ha sido causado por la cosa inanimada sin intervención de nadie, en los cuales falta toda "acción" para exigir la indemnización: *nulla nobis competat actio*. Esto corresponde a la pregunta del fragmento 7, § 2: *an sit aliqua ... actio*, y la comparación con la ley Aquilia de ese mismo fragmento 7, § 1, en su primera parte. Ahora bien:

30. ENZO NARDI, *Studi sulla ritenzione*, pá. 395.

la negación de una *actio* no implica, ni la ausencia de una *cautio de praeterito* (con la coacción de la *missio*), a la que se refieren Juliano-Ulpiano (frag. 7, § 2, y 9 pr.) y el mismo Gayo (frag. 8), ni, por otro lado, la ausencia de un interdicto (no una "acción") para la retirada de escombros, al que se refieren también Juliano-Ulpiano (loc. cit.) y el mismo Gayo parece reconocer al afirmar su exclusión, según opinaba *plerique*, en el caso de abandono de los escombros.

Por otro lado, no es admisible la idea de Nardi de una diferencia progresiva en este tema, ya que los textos que no hablan de la *cautio de damno praeterito* no tenían por qué hablar de ella, precisamente, por no darse el requisito esencial de un daño ya producido en el momento de la reclamación. Por último, los autores que admiten el interdicto no presentan una idea clara acerca de su naturaleza; en especial, debe rechazarse la idea de Karlowa de que nuestro interdicto, como prohibitorio, servía para entrar en posesión de la finca ruinosa entera, pues, como hemos explicado, el abandono de los *rudera* sirve ya para liberar al demandado de este interdicto, y la *derelictio* de las *totas aedes* tan sólo es necesaria para liberarle no sólo del interdicto, sino también de la caución que debía prestar; por tanto, debe considerarse nuestro interdicto no como prohibitorio, sino como restitutorio, a semejanza del que sirve para retirar el árbol caído en la vía pública.

Resumiendo, pues, nuestra opinión sobre este problema, tenemos que si, antes de que se haya estipulado la caución, se produce la ruina que causa daños a la casa vecina, caben las siguientes posibilidades de actitud del demandado:

i) Si da la *cautio de praeterito*, no se exige más de él, ya que el posible gasto de retirada de escombros queda cubierto también por esa *cautio*, como un *damnum* en el patrimonio del estipulante.

ii) Si pretende retirar los escombros, no se le deja entrar si no da la *cautio* (*si...vellet tollere, non aliter permittendum...*); como ya hemos sostenido, ese no dejar entrar, más que un *ius retentionis* sobre los *rudera*, como sostiene la doctrina tradicional, sería un simple *ius prohibendi*. Únicamente en el supuesto de que el propietario de los escombros entablara la *actio ad exhibendum* (como en D.10,4,5,5, donde no se plantea el problema de resarcir el daño, sino tan sólo el de poder retirar los restos del propio edifi-

cio), o incluso una reivindicatoria, podría presentarse la posibilidad de una excepción por no darse caución.

iii) Si hace abandono de los escombros, no se le exige más que la *cautio de praeterito (et futuro)*.

iv) Si no da caución ni pretende retirar los escombros ni tampoco los abandona (*nihil facit*): se da contra él el interdicto de *runderibus tollendis*, ante el cual puede reaccionar el demandado de las cuatro posibles maneras siguientes:

a) Dando la caución: sale absuelto y no se le exige más.

b) Retirando todos los escombros (*rudera*): sale absuelto, pero se le exige aparte la *cautio* (cuya coacción para obtenerla es, como siempre, la amenaza de *missio*).

c) Abandonando la casa entera (*totas aedes pro derelicto habere*): no se le exige ni la retirada de los escombros ni la indemnización del daño a través de la *cautio de praeterito*.

d) No haciendo nada de lo anteriormente dicho: se le condena al valor en que el juez estime el interés del demandante, y se le exige aparte (*amplius*: frag. 9 pr.) la *cautio de praeterito*.

En consecuencia, podemos encuadrar el interdicto *de ruderibus tollendis* en un marco mucho más amplio de recursos para recuperar cosas caídas en fundo ajeno o arrastradas a él, tanto a favor del propietario de la casa como a favor del propietario del fundo en el cual se encuentran.

i) En favor del propietario de la casa ruinoso tenemos:

a) La reivindicatoria de los escombros, como cuando se trata de un trozo de revoque que no se haya confundido con el suelo, o cuando un árbol es trasladado a otro fundo y no se ha unido inseparablemente con la tierra (D.39,2,9,2).

b) La acción exhibitoria³¹, más práctica que la anterior porque quien demanda con ella no se proclama propietario ni debe demostrarlo, ya que hay otras muchas causas para demandar con ella (D.10,4,3,1). Así tenemos, cuando se trata de recuperar una balsa llevada por la corriente de un río a otro fundo, previa prestación de la *cautio de praeterito (et futuro)* (D. 39,2,9,3; D.10,4,5,4 y D.47, 9,8). También sirve la *actio ad exhibendum* para retirar el estiércol

31. Sobre la *actio ad exhibendum*, vid. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la "actio ad exhibendum" en Derecho clásico*, en *SDHI*, 26 (1960), págs. 190 y sigs.

que se amontonó en fundo ajeno (D.10,4,5,3) y para recuperar lo que ha caído por un derrumbamiento en la casa vecina o terreno adyacente (D.10,4,5,5)³².

c) El interdicto *de rebus vi fluminis importatis* para recuperar las cosas que la corriente de un río traslada a otro fundo, siempre y cuando se le dé al propietario la *cautio damni infecti* (D.39,2,9,1).

d) El interdicto de *glante legenda* cuando se prefiere a la exhibitoria y si los frutos no fueron consumidos por el ganado del propietario del fundo vecino en el cual cayeron; esto siempre mediante la previa *cautio damni infecto* (D.10,4,9,1).

ii) En favor del propietario del fundo sobre el cual caen las cosas (*immissio*):

a) Si éstas causan un daño, se puede exigir la *cautio de damno praeterito* (D. 39,2,7,2; D.h.t. 9 pr., y § 2 y 3), siempre y cuando no haya habido negligencia por parte del interesado en solicitar la *cautio damni infecti* (D.39,2,8).

b) Para que el propietario de los escombros los retire todos, el interdicto *de ruderibus tollendis* (D.39,2,7,2).

c) La acción negatoria cuando el revoque (*crusta*) que ha caído en el terreno se ha confundido con él (*ius tibi non esse ita crustam habere*: D.39,2,9,2). Cfr. D.47,7,6,2, para el caso de negar el derecho a introducir las raíces del propio árbol en el fundo vecino.

d) El interdicto *quod vi aut clam* para las *immissiones* que puedan suponer una construcción (D.43,24,15,2; D.h.t.22,3; 22,4) o, en todo caso, un acto clandestino o contra la voluntad del vecino que perjudique la propiedad de éste (D.43,24,7,6 y 15,1). La diferencia, pues, respecto al interdicto *de ruderibus tollendis* está en que el demandado por este último no ha realizado acto alguno *vi aut clam*.

32. Distinto de estos supuestos de cosas caídas en fundo vecino es el de acumulación de estiércol que daña la pared de un vecino al que se refiere Alfeno, D.8,5,17,2, el cual distingue el supuesto de que el estiércol se haya depositado en lugar público, en cuyo caso puede exigirse la retirada del estiércol mediante el interdicto *de via publica* y el supuesto de que se haya depositado en un lugar privado, en cuyo caso Alfeno no parece dar más recurso que el de la acción de servidumbre, siempre que ésta haya sido previamente establecida. Naturalmente, si se ha dado la caución de *damnum infectum*, procederá por el daño que el estiércol cause en la pared la acción *ex stipulatu*.

IV. ACCION "IN FACTUM" EN CASO DE DAÑO

1. Así como en la introducción de este trabajo hemos visto que, en el régimen normal de la *cautio damni infecti*, cuando se produce el daño dentro del término fijado en la estipulación, aquél se indemniza mediante la *actio ex stipulatu*, debemos preguntarnos ahora qué ocurre cuando el daño se produce antes de que el *missus* pueda entrar en posesión por habérselo impedido el que debía darle la caución. También este caso entra en la cuestión de los recursos supletorios de la caución de daño temido.

2. Debemos considerar, ante todo, el texto edictal citado en D.39,2,7 pr.: "... in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit <—>, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset" (Ulp. 53, *ad ed.*).

Como se ve, la acción está referida al daño ya causado y se dirige a lograr la indemnización de dicho daño equiparando su cuantía a aquella que se debería pagar si hubiera habido estipulación: *ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si ... cautum fuisset*¹.

Los presupuestos de esta acción, que otros textos llaman *in factum*, son los siguientes: i) En primer lugar, el no haberse prestado la caución (*non cavere*). En consecuencia, se indica que el demandado se puede liberar de la acción, mientras el daño no se haya causado, prestando la caución² o admitiendo al *missus in posses-*

1. Véase la misma equiparación en D.39,2,15,36 y D.43,4,4,2; no aparece, sin embargo, en D.43,4,4,3. Dicha equiparación se podría entender en dos sentidos: a) o como una simple instrucción al juez de cómo debe tasar la cuantía de la sentencia, o, b) como una equiparación que figuraría en la misma fórmula, pero no en la *intentio*, pues de ser así la acción sería ficticia (como ocurre en la acción ficticia de la *lex Rubria*, vid. infra, cap. VI, 2), sino en la *condemnatio*.

2. En este caso se libera también de la *missio in possessionem (ex primo decreto)* quedando garantizado el daño con la *cautio*. Sobre la revocación de la *missio ex primo decreto*, vid. supra, cap. II, 1, iii, y sobre la preclusión de la oportunidad procesal para ofrecer la *cautio*, vid. supra cap. I, 6 y n. 63.

sionem. ii) La *non admissio*³ dolosa del *missus in possessionem* por el legitimado pasivamente a la *cautio* u otra persona que actúe en su nombre. A diferencia del interdicto *ne vis fiat ei*, no se requería para esta acción una conducta violenta del demandado, sino tan sólo una oposición dolosa: *nec exigitur ut vi fecerit qui prohibuit* (D.43,4,1,2, *in fine*). Esta diferencia es general para todos los casos en que se puede dar esta acción; el mismo edicto recogido en D.43,4,1 pr. para el caso de concurso de acreedores habla de *dolus malus*. También D.43,4,1,2 (cfr. *Basílicos*, 51,1,2), aunque el texto parece estar corrompido. iii) Que se haya producido un *damnum*. Evidentemente, la estimación del daño por analogía con la *actio ex stipulatu* sólo es concebible cuando el daño ya se ha producido, pues sólo entonces tendría lugar la *actio ex stipulatu*. Así, pues, podemos sospechar que en este texto ha caído la mención del *damnum* ya causado, pues, sólo en tal caso podría proceder la acción *in factum* anunciada en este edicto⁴.

3. La expresión del edicto *neque in possessione esse (ex primo decreto) neque possidere passus erit (ex secundo decreto)* debe entenderse disyuntivamente, es decir, sea que se impida el *in possessione esse* o el *possidere*, y no conjuntivamente, que el impedimento sea al *in possessione esse* y al *possidere*. Por lo demás, a la *non admissio* se equiparaba la *deiectio* del *missus ex primo decreto*: D.43,4,1,3; el *missus ex secundo decreto* podía defenderse, en caso de *deiectio*, con el interdicto *unde vi*.

4. Sólo en este texto y en D.43,4,4,2, que tratan de esta acción *in factum*, deja de hacerse mención expresa del *damnum*, mientras en los otros sí; así tenemos D.39,2,15,36: *extenditur enim actio in id tempus, quo damnum committitur*; D.39,2,17,4: *iudex damnum aestimare solet omne*, y D.43,4,4,3: *damnum interim datum est*. Esta ausencia de la mención expresa del daño, especialmente en el mismo texto edictal, se puede explicar de dos maneras: a) o el daño se presuponía, cosa fácil de pensar dado que mientras no se causara el daño, la resistencia violenta a la *missio in possessionem* estaba sancionada por el interdicto *ne vis fiat ei*, como vimos en el cap. II, 3; o, lo que es más probable, b) los compiladores la suprimieron de la cita del edicto, y de D.43,4,4,2, precisamente por su deliberada confusión de esta acción con el interdicto *ne vis fiat ei*, que, como decimos, no exige el daño; confusión a la que nos referimos más adelante. De ser así, la reconstrucción de ambos textos sería la siguiente; para la cláusula edictal (D.39,2,7 pr): *in eum, qui neque caverit passus erit <si damnum interim datum fuerit>, iudicium dabo...*, para D.43,4,4,2. *Praetor in eum, qui neque cavet missus est <si damnum interim datum fuerit> iudicium pollicetur*. También se podría utilizar el giro de la *lex*

3. Régimen de la acción

Que esta acción *in factum* tuvo un origen penal lo demuestra el que, según el testimonio de Ulpiano⁵, la mayoría (*plerique*) de los juristas le atribuyan carácter noxal; noxalidad que sólo es posible en las acciones penales y en aquellas que a pesar de ser reipersecutorias, como la nuestra, tuvieron un origen delictual y conservan sus primitivas características⁶; así, pues, cuando el titular de la potestad no ha impedido él mismo la *missio*, pero sí uno de sus sometidos, tiene la facultad de librarse de la acción traspasando por mancipación la persona del hijo (*in mancipio*) o la propiedad del esclavo (*noxae deditio*), o el cadáver de uno u otro en caso de fallecimiento. Sin embargo, la acción se presenta como perpetua y pasivamente transmisible⁷.

Legitimado pasivamente a esta acción están no sólo el propietario o titular de otro derecho real sobre el inmueble o lugar que amenaza ruina, sino también aquellas personas que actúan en su nombre, como son el *procurator*⁸, el representante de un municipio (*actor municipum*)⁹ y el tutor¹⁰.

Como tantas otras acciones *in factum*, se dirige ésta contra una conducta dolosa del demandado, la cual castiga con la indemniza-

Bubria, cap. XX: ...*sei quid interim domni datum factumve ex ea re aut ob eam rem eove nomine erit*, vid. infra cap. VI, 2 i. En todo caso, este *dammum* es siempre el que sufre el *non admissus*, pues, si el daño se produce cuando el *missus ex secundo decreto* ya había entrado en la posesión efectiva del inmueble, ese daño corre de su cuenta por su calidad de propietario bonitario.

5. Vid. supra cap. I, 6, *ad*, frag. 17 pr.

6. En este sentido, vid. BONFANTE, *Notas a Burckhard*, pág. 433, n. ff. y BIONDI, *Le "actiones noxales" nel Diritto Romano classico*, en *Annali Parlermo*, 10 (1925), pág. 65 y sig.

7. Vid. supra cap. I, 6, *ad*, frag. 17,3. Si bien es cierto, según LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto Romano*, en *BIDR*, 14 (1902), pág. 151 y n. 2, pág. 155 y n. 1, que la parte final del texto está interpolada: [*ceterasque itemque ceteris personis*] se conserva la transmisibilidad a los herederos.

8. Vid. supra cap. I, 6, *ad*, frag. 17,1.

9. Esta acción *in factum* contra el *actor municipum* habría desplazado la antigua acción ficticia de la *lex Rubria* en el ámbito municipal; vid. infra cap. VI, 3 ii.

10. Vid. supra cap. I, 6, *ad*, frag. 17,2.

ción de un *damnum* del que no se debía responder ordinariamente, ya que el demandado no se hallaba obligado por una *cautio* que no había llegado a dar.

4. *Extensión de la acción "in factum" al caso de "missio" fallida por ausencia del magistrado*

Ulpiano, en D.43,4,4,3 nos informa acerca de otro caso en el que se admite nuestra *actio in factum*: "Sed et ex alia causa hoc iudicium proposuit, si eo tempore, quo in possessionem mitti desiderabat, praetoris adeundi potestas non fuerit, scilicet ut, si, cum potestas praetoris adeundi non esset, damnum interim datum est, haberet iudicium qui damnum passus est" (Ulp. 69, *ad ed.*).

No se trata aquí de una *non admissio* por parte del demandado, sino de que el demandante no pudo obtener oportunamente¹¹ la *missio in possessionem* por no haber encontrado al magistrado que debía decretarla. Producido el *damnum* se le concede aquella *actio in factum* de indemnización en la misma cuantía que hubiera importado la *actio ex stipulatu*.

En este caso la acción no sirve ya para castigar una *non admissio* dolosa contra el ya *missus in possessionem*, sino la desobediencia frente al *decretum cautionis*, que no se había podido sancionar con el trámite ordinario de la *missio* por una causa tan ajena al demandante como es la ausencia del magistrado que debía decretar la *missio*.

5. *Resumen de los supuestos de "damnum" no cubierto por la "cautio damni infecti"*

Conviene recordar aquí que cuando el *damnum* se ha producido fuera de estos dos supuestos de *non admissio* dolosa o ausencia del magistrado del que quería solicitar la *missio*, procede, en la medida en

11. Recordamos a este propósito que en el decreto de *cautio* el pretor señala un término al demandado dentro del cual debe prestarla (vid. supra cap. II, l. i.). Se debe pensar entonces que en nuestro caso, en que el demandante *in possessionem mitti desiderabat*, aquel término ya había precluido. Por tanto, no procede la *actio in factum* cuando no se ha vencido dicho término en el momento de producirse el daño porque aquél es precisamente un impedimento jurídico a la *postulatio* de la *missio in possessionem*. Como se resuelve esta situación lo veremos más adelante.

que no se aprecie negligencia por parte del que ha sufrido el *damnum*, el régimen de la *cautio de damno praeterito* que hemos estudiado en el capítulo III. Así, pues, resumiendo, podemos distinguir los siguientes casos de *damnum* no cubierto por la *cautio damni infecti*:

i) No procede ningún recurso cuando la *cautio* se solicitó sólo extrajudicialmente, no tuvo resultado y no llegó a iniciarse el trámite ante el pretor, como afirma Africano en D.39,2,44 pr. (9 *Quaest.*): *Cum postulassem, ut mihi damni infecti promitteres, noluisti et priusquam praetor adiretur, aedes tuae corruerunt et damnum mihi dederunt: potius esse ait, ut nihil novi praetor constituere debeat et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim.*

ii) Cuando el daño ocurre sin que el legitimado activamente hubiese interpuesto la caución ante el pretor por algo que se lo impidió y no por su propia desidia (D.39,2,8), como cuando lo hizo por falta de tiempo o porque estaba ausente en viaje oficial (D.39,2,9 pr.), procede la *cautio de damno praeterito*.

iii) También operaría el anterior recurso cuando la *postulatio cautionis* ya se ha realizado ante el pretor, pero el daño se causa antes de que aquél expida la orden de *cautio*, y, con mucha mayor razón cuando, una vez expedida la orden de *cautio*, ocurre el daño sin haber precluido el término fijado por el pretor para que el legitimado pasivamente la preste.

iv) Si el *damnum* se produce cuando el *missus (ex primo decreto)* se hallaba en el inmueble, puede este *missus* exigir la *cautio de praeterito* y la indemnización de impensas, y no debe abandonar la finca en tanto no se le den estas cauciones, aunque se le ofrezca la caución de daño futuro (*si ei cautio offeratur*); en caso de que el adversario no quiera darla, procede la *missio ex secundo decreto* sobre el solar y las ruinas (*missio post ruinam*); por lo demás, las impensas pueden reembolsarse mediante la acción de gestión de negocios contraria. Así se dice en D.39,2,15,31 y 34. El daño preterito que debía ser indemnizado era el que había producido desde la entrada en posesión del *missus*, según decía Sabino, pero Ulpiano admite que, de acuerdo con Labeón, se debía indemnizar también el daño anterior, pero posterior al decreto de *missio*, siempre que el *missus* se hubiera retrasado en entrar en posesión por

una causa ajena a su voluntad; esto mismo viene a decir Africano en D.39,2,44 pr., aunque sin indicar expresamente la justificación del retraso.

6. *Confusión justiniana de la acción "in factum" con el interdicto "ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit"*

Ha sido mérito de la romanística moderna el poner en evidencia que en la época posclásica aparecen con frecuencia interpoladas algunas acciones en lugar de interdictos¹², por la preponderancia de la *cognitio extra ordinem* sobre el procedimiento formulario, en congruencia con la fusión del *ius civile* y del *ius honorarium* y la caída de las diferencias formularias. Ahora bien, dicha consideración no ha sido suficientemente aplicada en materia de daño temido.

Como hemos visto, el derecho clásico conocía el interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* para los casos de resistencia violenta a un *missus in possessionem*¹³ y, en algunos casos, una *actio in factum* contra el que impedía dolosamente la toma de posesión del *missus*¹⁴. Limitándonos a la *missio in possessionem*

12. Cfr. ALBERTARIO, "Actiones" e "Interdicta", en *Studi di Diritto Romano*, IV (Milano, 1946), págs. 143 y sigs. (Dicha monografía es una reelaboración del artículo *Contributi allo studio della procedura civile giustiniana*, I. "Actiones" e "Interdicta", en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* [1911]), y G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo "extra ordinem"*, I (Bologna, 1965), págs. 142 y sigs.

13. LENEL, *EP*³: *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*, § 230, pág. 455; *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessione missa erit*, § 231, pág. 455; *ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit*, § 246, pág. 469.

14. LENEL, *EP*³: *Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis in possessionem sit*, § 216, pág. 424 y n. 11. Para la defensa de la *missio in bona* de los acreedores no cree Lenel en la existencia del interdicto, sino sólo en la *actio in factum*; por ello corrige en D.43,4,1 la referencia al libro 72 de Ulpiano en 62, que corresponde al 59 de Paulo. Nos parece que el caso guía para la *actio in factum* era precisamente el del concurso de acreedores y quizá por ello los compiladores tomaron el edicto correspondiente para empezar el título 43,4, frag. 1 pr., y frag. 2 (de Paulo 59, *ad ed.*), y que el frag. 1, § 2: *est autem generale hoc edictum* está interpolado, ya que no podía haber un edicto general en sede de concurso de acreedores. Véase LENEL, *Paling.*, II, col. 709, n. 3, e *Ind. Interp. s. l.*

damni infecti nomine, encontramos que Ulpiano, en el libro 69 *ad edictum*, trata de dicho interdicto¹⁵, pero que también trata en él de la *actio in factum* correspondiente¹⁶, de la que ya hablaba en el libro 53, a propósito de la *cautio damni infecti*¹⁷. Por su parte, Paulo, en el libro 65 *ad edictum*, también debía de tratar del interdicto, pero sólo se conserva de este libro un fragmento de contenido demasiado general¹⁸; en cambio, se nos conservan referencias al interdicto en el libro 48, a propósito de la *cautio damni infecti*¹⁹.

Estos dos expedientes en materia de daño temido, interdicto y *actio in factum*, fueron fundidos por los compiladores, siendo el primero subsumido bajo la denominación del segundo; es decir, que aquéllos pusieron la *actio in factum* en lugar del interdicto, lo cual se observa en el libro 48 de Paulo: D.39,2,18,13; 14 y 15; pero también en el libro 1 de Ulpiano: D.39,2,4,2²⁰. Y en el mismo libro 69 de Ulpiano (D.43,4,4,4) los compiladores convierten el interdicto (general para las *missiones in possessionem*) en la *actio in factum* (generalizada). A pesar de dicha confusión compilatoria, se conservan dos diferencias entre ambos recursos, una por necesidad y otra por descuido de los mismos compiladores: i) si no hubo *damnum*, pero sí resistencia violenta al *venire in possessionem* (caso en el cual procedía el antiguo interdicto), la condena es al *quanti ea res est*; por el contrario, si hubo *damnum* e impedimento doloso al *venire in possessionem* (y procedía entonces la antigua *actio in factum*) la condena es a lo que se debería por la *cautio* de haber sido ésta prestada por el demandado; ii) el interdicto se da contra el mandante de la *prohibitio* violenta a la toma de posesión (D.39,2,18,14), mientras que la *actio in factum* se da contra el mandatario del impedimento doloso al *venire in possessionem* (D.39,2,17,1).

15. Vid. D.43,4,4 pr. y 1. Vid. supra cap. II, 3.

16. D.43,4,4,2 y 3.

17. D.39,2,7 pr.; eod. 15,36; eod. 17.

18. D.50,16,61: "*Satisfactionis*" *appellatione interdum etiam repromissio continebitur, qua contentus fuit is, cui satisfatio debebatur*. Este texto podía referirse al interdicto por su relación con aquellas *stipulationes praetoriae* sancionadas con *missiones in possessionem*, en las que se distingue la simple promesa de la garantizada, pero la conexión es excesivamente lejana.

19. D.39,2,16 (los compiladores colocaron este texto entre el frag. 15,36 y el frag. 17, lo cual refleja la confusión con la acción *in factum*) y eod. 18, 13; 14 y 15. Vid. sobre estos textos, supra cap. II, 3 y ns. 59-60.

20. Vid. infra cap. VI, 3 ii.

7. *Confusión moderna de la acción "in factum" con la acción ficticia*

Fue Alibrandi²¹ quien hizo la afirmación, sin ningún argumento que la demostrara, de que la acción que se da contra el que no quería prestar la caución *de damno infecto* era ficticia y no *in factum*²², como se dice expresamente en D.39,2,15,36 y 17,3. Desde entonces ha sido sorprendente el éxito obtenido por la afirmación de Alibrandi, antes²³ y más aún después²⁴ de 1937, año en que Branca publica su estudio sobre la institución del daño temido, uno de cuyos objetivos es precisamente explicar dicha acción ficticia, partiendo del supuesto de que la interpolación de la *actio in factum* ya había sido suficientemente demostrada²⁵. Podemos concentrar nues-

21. ALIBRANDI, *Delle azioni dirette ed utili*, publicada en 1870 y reimpressa en *Opere giuridiche e storiche*, I (Roma, 1896), pág. 176 y ns. 3-4.

22. Conviene transcribir textualmente las palabras del autor (pág. 176): "Questa frase *in factum* era comoda e simpatica agli ordinatori del Digesto. Per esempio l'azione data contro colui che non voleva prestar cauzione *de damno infecto*, azione ch'era fittizia come si conosce dalle parole dell'editto, e dalla stessa formola descrita nella legge Rubria con graziosa metamorfosi diventò nelle mani de'compilatori bizantini una bell'azione *in factum*."

23. Véase, p. ej., BURCKHARD, págs. 430 y sigs.; BONFANTE, *Notas a Burckhard*, pág. 87, n. gb., y en *Corso*, II, 1, pág. 421 y n. 1; KRÜGER, *ad ll.*, 4,2; 15,36; 17,3; 18,13 y 15; KARLOWA, *RRG*, II, págs. 1252 y sig.; LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, II (Berlín, 1922 [Aalen, 1964]), págs. 176 y sigs., y A. GUARNERI-CITATI, *Miscellanea esegetica*, I, en *Annali Perugia*, 1924, págs. 40 y sigs. y 43, n. 1.

24. Véase p. ej., DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto Romano* (Padova, 1937), pág. 206 y n. 1; PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel Diritto Romano* (Milano, 1942), pág. 106 y sigs., y 109, ns. 2-3; DI MARZO, *Istituzioni di Diritto Romano* (Milano, 1946), págs. 252 y sig.; VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano*, 3.^a ed. (Milano, 1954), pág. 277; KASER, *RPR*, I^o, pág. 408; MOZZILLO, *Contributi allo studio delle "Stipulationes Praetoriae"* (Napoli, 1960), pág. 55, n. 4 y págs. 59 y sig.; VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano* (Roma, 1961) págs. 245 y sig.; IGLESIAS, *Derecho Romano*, 6.^a ed. (Barcelona, 1972), pág. 304 y n. 359, y, últimamente, SIMSHAUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien* (München, 1973), pág. 206 y ns. 67, 68 y 69.

25. En efecto, BRANCA, pág. 65 y n. 7, y pág. 230 y n. 2, dice que Alibrandi ha visto y demostrado tal interpolación; también implica en tal demostración a BIONDI, *Iudicia Bonae Fidei*, en *Annali Palermo*, 7 (1918), págs. 256 y sigs.; pero este autor, al analizar la cláusula "*ex fide bona*" de la fórmula ficticia de la *lex Rubria* (cap. XX) y en relación con el régimen

tra consideración y crítica a la posición de Branca como expositor de esta opinión hoy bastante generalizada.

Toda la parte III del capítulo III de su obra ²⁶ está destinada a explicar el régimen de la acción ficticia. Se plantea ante todo la cuestión de distinguir esta acción del interdicto *ne vis fiat ei*, al que se refiere el fragmento 4 de D.43,4 ²⁷. Según Branca, el interdicto *ne vis fiat ei* tiende a asegurar la *custodia* del *missus damni infecti nomine* y, por tanto, podía ser ejercitado contra cualquier impedimento violento de la posesión (*non admissio in possessionem* o *deiectio*). Sería un interdicto prohibitorio, como se deduce de las mismas palabras "*ne vis fiat ei*", y se daría no sólo contra todo el que impidiese el *in possessione esse*, sino también contra quien prohibiese el *venire in possessionem*.

Por otro lado, trata Branca de identificar una acción ficticia en los textos que hablan de acción *in factum* y muy especialmente en

edictal, se declara en la imposibilidad de demostrar que éste haya seguido el de tal acción ficticia, teniendo en cuenta que el régimen de la *lex Rubria* no coincide con el del Edicto (pág. 257); por otra parte, siguiendo a LENEL, *EP*³, § 175, pág. 373, afirma que es aventurado trasplantar al Edicto, aunque sea con las modificaciones oportunas, las fórmulas de la *lex Rubria*. Concluye Biondi, regresando al tema de los juicios de buena fe, que, como quiera que en los comentarios edictales se habla siempre de acción *in factum*, esto excluye que fuese considerada "*ex fide bona*" y, por tanto, tienen poca importancia para su punto de vista (pág. 258 y n. 2). Más aún, agregamos, BIONDI, *Le "actiones noxales" nel Diritto Romano classico, citando*, págs. 65 y sigs., y nuevamente en "*Contrato e Stipulatio*" (Milano, 1953), pág. 274, se refiere a la acción de D.39,2,7 pr. como *actio in factum*. También alega Branca la autoridad de ERMAN, *SZ*, 23 (1902), pág. 448 y n. 3, el cual se limita a seguir a Alibrandi.

26. BRANCA, págs. 223-272.

27. BRANCA, págs. 223 y sigs., excluye como interpolado el frag. 4,1, por considerar que no es admisible que el autor de la *non admissio* violenta pueda liberarse del interdicto mediante el ofrecimiento de la *cautio*. Recordamos que esto sucede únicamente respecto a la *missio ex primo decreto*. En este caso, la revocación de la *missio* por la prestación de la *cautio* no anula el estado de *custodia*, pero es que éste ya no interesa al demandante porque, de causarse el daño, dispone ya de la *actio ex stipulatu* para resarcirse de aquel daño. Indudablemente Branca ha hecho una interpretación incorrecta del texto, pues no tiene en cuenta que cuando el *missus* ya entró en la detentación del inmueble y se le ofrece la *cautio* debe abandonarlo (D.39,2,15,31: *decedere debeat*).

D.39,2,18,15. Según Branca, la acción ficticia se daría contra el *non admissus* (*ex primo* o *ex secundo decreto*), pero no contra el que ha empezado a *possidere* y *<usu> capere* (*ex secundo decreto*) pues éste dispone ya del interdicto *unde vi*²⁸ y de la *actio Publiciana*. De ahí concluye Branca que el final del párrafo 15, en el que se habla de la acción (ficticia, según él) en concurrencia alternativa con esos otros dos recursos sería interpolado (*sed si in factum* — fin).

El carácter ficticio de esta acción se funda, según Branca y sus predecesores, en la referencia a la condena *ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset* (D.39,2,15,36). Así, la denominación de *actio "in factum"* sería producto de una interpolación sistemática de los compiladores²⁹.

En contra de Burckhard³⁰, para quien dicha acción ficticia tendría la misma finalidad del interdicto *ne vis fiat ei* en cuanto ambos recursos se dan contra cualquier impedimento a la *missio*, Branca pretende distinguir el interdicto de la acción ficticia en que, mientras aquél se da contra cualquier persona que impida la posesión del *missus*, sea por *deiectio* sea por *non admissio*, la acción ficticia sólo se da en caso de *non admissio* por parte del obligado a dar la *cautio*³¹. Dada la analogía con la *actio ex stipulatu* de la *cautio*, sería injusto, según Branca, fingir como prestada por un tercero aquella garantía a la cual el tercero mismo no estaba legitimado pasivamente. Pasa entonces Branca a dar los argumentos de tal limitación a la legitimación pasiva de la acción ficticia. En primer lugar, la acción que se da contra el magistrado municipal culpable de negligencia en ordenar la *cautio* lo condena simplemente al "*quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit*" (D. 39,2,4,7), lo cual demuestra, según el autor, que, cuando el demandado es un tercero no obligado a la *cautio damni infecti*, el pretor no finge la prestación de ésta³²; en efecto, es inconcebible que se finja, aparte de que se dio

28. BRANCA, págs. 277 y sig., rechaza que el interdicto *unde vi* sea dado como útil, ya que, según él, al titular del *in bonis* le compete directamente en caso de *deiectio*. Cfr. nuestra posición al respecto, supra cap. II, 3 y n. 59.

29. BRANCA, pág. 230 y n. 1, donde el autor da el elenco de dichos textos: D.39,2,4,2: eod. 15,36; eod. 17,3; eod. 18,13 y 15. Cfr. supra n. 25.

30. BURCKHARD, págs. 431 y 434.

31. BRANCA, pág. 230.

32. BRANCA, pág. 232 y n. 2, concluye que esta acción contra el ma-

la caución, que la dio quien no debía darla³³. Consecuentemente, los textos que hablan en sentido contrario a esta limitación a la legitimación pasiva de dicha acción ficticia estarían interpolados³⁴, especialmente D.39,2,17,1, que la concede contra el *procurator*, cuando fue éste quien impidió dolosamente el *venire in possessionem*, ya que así lo demuestran los siguientes argumentos. Falta el complemento directo del verbo *dabimus*, que para Branca sería la acción ficticia, puesto que el párrafo que precede (17 pr.) trata de la acción, pero en cuanto a la noxalidad, sin designar la acción expresamente y, por tanto, en el párrafo (17,1) era necesaria su mención expresa. Así, pues, según Branca, la acción ficticia no procedería ni contra el *dominus* ni contra el *procurator*, ya que el primero no había impedido la *missio* y el segundo no estaba legitimado pasivamente a la *cautio*.

Circunscrita así la legitimación pasiva de la acción ficticia y pasando al carácter penal de la misma, que sostiene Branca de una manera radical³⁵, se encuentra con que dicha acción ficticia procede contra el pupilo³⁶, lo cual haría dudar de su carácter delictivo. Por los indicios de interpolación³⁷ y porque el pupilo sin la *auctoritas* de su tutor no podía dar caución, lo cual explicaría que no

gistrado si es *in factum*. Que dicha acción no tiene carácter delictual y, por consiguiente, no es *in factum*, nos lo dicen las palabras siguientes del texto:

quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam. Sobre la naturaleza jurídica de esta acción, véase nuestra posición, *infra* cap. VII, 5.

33. BRANCA, pág. 232, reconstruye, con base en la *lex Rubria*, cap. XX, la fórmula edictal de la acción ficticia de esta manera: *Si, antequam id iudicium q.d.r.a. factum est Q.Licinius d.inf. nomine eam stipulationem, qua in albo proposita est, L.Seio repromississet, tum quidquid Q.Licinium ex ea stipulatione dare facere oporteret ea fide bona dumtaxat HS eius iudex Q.Licinium L.Seio, si Q.Licinium damni infecti nomine L.Seio repromittere noluit <neque in possessione admisit>*.

34. BRANCA, págs. 234-235 y n. 1.

35. BRANCA, págs. 235 y sig. El autor desecha la postura intermedia de considerarla acción reipersecutoria de origen penal, posición que hemos adoptado, respecto a la acción *in factum*, por parecernos la más prudente; *vid. supra* n. 6.

36. *Vid. frag.* 18,13.

37. BRANCA, pág. 238 y n. 6, alega especialmente el impropio "competere" para designar una acción *in factum*.

aparezca en el texto el *non cavere*, no podía concederse la acción en esta hipótesis; así pues, el texto habría sido modificado para hacerle decir lo contrario. Desmentiría el carácter penal de la acción el que sea perpetua y transmisible tanto activa como pasivamente³⁸, pero, como en el caso anterior, los indicios de interpolación³⁹ llevan al autor a desechar el texto como no-clásico, aunque acepta que en cuanto a la legitimación pasiva, el texto podría referirse a una acción secundaria o *in factum* por el enriquecimiento de los herederos, la cual acción *in factum*, según él, habrían fundido los compiladores con la acción ficticia⁴⁰.

Igualmente se daría una acción ficticia no penal en aquellos casos en que los textos hablan de un daño indemnizable a pesar de no haberse dado la conducta punible de una *non admissio* o *deiectio*, en los cuales hemos visto procede la *cautio de praeterito* que Branca reputa interpolada⁴¹.

8. Crítica

El principal argumento que se puede oponer a esta teoría de la romanística moderna salta a la vista. Una acción cuya condena se equipara a la que sería posible por la *actio ex stipulatu* no puede concebirse más que en el caso de que se haya producido efectivamente un *damnum*. Tanto Branca como los que quieren ver extendida a la jurisdicción urbana la acción ficticia de la *lex Rubria* olvidan que ésta presuponia expresamente el daño ya causado.

El no distinguir la confusión justiniana entre el interdicto *ne vis fiat ei* (que aparece como *actio in factum* en D.39,2,4,2: *eod.* 18,13 y 15) y la verdadera *actio in factum* de la cual habla el mismo edicto (D.39,2,7 pr.) y trata exclusivamente Ulpiano (D.39,2,15,36; *eod.* 17 y D.43,4,4,2 y 3), les llevó a hacer una presentación de la institución poco comprensible, donde el recurso del interdicto queda prácticamente olvidado, y a una crítica exagerada de los textos, en

38. D.39,2,17,3. Mientras que las acciones penales son anuales y pasivamente intransmisibles.

39. BRANCA, pág. 239. Así el pronombre *ista* por *haec*; las palabras *et heredi* — fin están situadas después del verbo que las rige. Como el mismo autor declara, son indicios un poco vagos.

40. BRANCA, pág. 240.

41. BRANCA, págs. 244 y sigs.

primer lugar, para hacer coincidir los principios (clásicos) de recursos diferentes (interdicto *ne vis fiat ei* y *actio in factum*) designados con un mismo término por los compiladores (*actio in factum*), y, en segundo lugar, para tutelar situaciones de supuestos diferentes (impedimento violento a la *missio* e impedimento doloso a la *missio* seguido de *damnum*) con un solo recurso: la acción ficticia.

La crítica de Branca a la concurrencia de la supuesta acción ficticia con el interdicto *unde vi* y la *actio Publiciana* es acertada, aunque no por las razones que alega Branca. En efecto, la verdadera *actio in factum* presupone, aunque Branca lo olvida respecto a la ficticia que cumple la misma función⁴², un *damnum*, y éste debe gravar evidentemente al ya propietario bonitario. En cambio, era posible que este propietario bonitario, *ex secundo decreto*, acudiera (sin haber *damnum*) al interdicto *ne vis fiat ei* en caso de ser *deiectus* de la posesión, y por eso Ulpiano nos presenta este interdicto como alternativamente concurrente con el *unde vi* y la *Publiciana*. Si el *missus ex secundo decreto* no era *admissus*, entonces sólo podía disponer del interdicto *ne vis fiat ei*, ya que no había empezado a *possidere*, y, por la misma razón, este interdicto era el único recurso posible para el *missus ex primo decreto*, bien *non admissus*, bien *deiectus*, pues antes del *secundo decreto* no era *possessor* ni propietario bonitario.

Por otro lado, pretender deducir el carácter ficticio de la acción por su equiparación de la sentencia a la cuantía de la *actio ex stipulatu* que se deriva de la caución (*ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset*) no resulta evidente, ya que, como hemos dicho, aunque tal equiparación figurara en la fórmula de la acción, no sería en la *intentio*, sino tan sólo en la *condemnatio*, siendo así que la ficción de las fórmulas ficticias figura en su *intentio*. Por otro lado, el que la acción conserve algunos rasgos de su origen delictual, como es la noxalidad, conviene mucho mejor a una acción *in factum* que a una acción ficticia cuya base sería la *actio ex stipulatu*.

Respecto a la limitación de la legitimación pasiva, es una petición de principio, por parte de Branca, decir que la acción ficticia

42. A pesar de referirse (pág. 230 y n. 3) a algunos autores que reconocen el presupuesto del *damnum* ya producido.

no procede contra un tercero no legitimado pasivamente a la caución, ya que en aquélla se finge que prestó la caución, a la cual, ciertamente, no está obligado. No es convincente el argumento de Branca contra la legitimación pasiva del *procurator* porque no aparezca el complemento directo del verbo *dabimus* en el texto (frag. 17,1), lo cual no es completamente exacto, dado que dicho complemento está lo bastante cerca gramaticalmente (D.39,2,15,36) para no mencionarlo de nuevo.

Por último, demostrada la inexistencia de esta primera acción ficticia penal, consideramos innecesaria una crítica a la segunda acción ficticia no penal que Branca aplica a los casos de daño no protegidos por la *cautio damni infecti*, pues depende de su crítica, que ya hemos rechazado (cap. III), de la *cautio de praeterito* y de las limitaciones innecesariamente impuestas por el supuesto carácter ficticio de la acción.

V. DENUNCIA DE OBRA NUEVA E INTERDICTO DEMOLITORIO EN RELACION CON EL "DAMNUM INFECTUM"

1. Introducción

Con base en lo dicho en la introducción de este trabajo sobre los tipos de *vitium*, la *cautio damni infecti* abarca dos hipótesis fundamentales: la primera es el daño temido de los edificios (*aedes*) en estado ruinoso o del mismo terreno (*locus*) inedicado; el caso típico es el de las *aedes vitiosae* o *ruinosae*, la casa que amenaza ruina sobre la nuestra o nuestro fundo, y en este caso el daño amenazante está determinado por el mismo estado defectuoso de la casa o del terreno: es lo que las fuentes denominan *vitium aedium* (*operis iam facti*, *operis perfecti*) o *loci*, respectivamente; la segunda, la del daño temido proveniente de una cosa inanimada, pero a resultas de una actividad inacabada¹, un *facere*, ya se realice esta actividad en propio fundo (*facere in suo*), por ejemplo, cuando alguien hace

1. BURCKHARD, págs. 139 y sigs., y 389 y sigs., y BONFANTE, *Notas a Burckhard*, pág. 129, n. ma.

excavaciones en su fundo que afectan los cimientos de una casa vecina, ya en uno ajeno (*facere in alieno*), pero legítimamente, por ejemplo, cuando el titular de una servidumbre de acueducto quiere reparar el acueducto que pasa por el fundo sirviente, o cuando quiere pasar a otro fundo a recoger los frutos de los árboles del suyo, a los que tiene derecho, o reclama objetos suyos llevados a otro fundo por una inundación o un pedazo de revoque (*crusta*) que cae en un fundo vecino del suyo; ya realice una determinada actividad en suelo público (*facere in publico*), por ejemplo, quien restaura la vía pública que tiene linderos con su casa o fundo, o hace obras en un río público o su ribera; ya, finalmente, quien realice una actividad en un fundo o casa de la cual es copropietario (*facere in communi*). Podemos observar entonces que la esfera de aplicación de la *cautio damni infecti* es mucho más amplia de lo que a simple vista parece, pues el caso del *vitium operis* no está contemplado unitariamente en las fuentes, sino que está diseminado por el Digesto y con mucha más riqueza casuística que los de la *cautio* del *vitium aedium* o *loci*, pues mientras ésta se agota en los edificios o fundos, aquélla (aunque no sea el recurso exclusivo), contempla, como cabe imaginar, diversas actividades que puede realizar un hombre y que implican objetivamente una amenaza de daño.

Como hemos dicho, la actividad denunciada no debe haber sido acabada, pues cuando la actividad ha producido ya una obra, el régimen aplicable, si se teme un daño de dicha obra, es el mismo del *vitium aedium*²; si no se teme un daño material pero se discute

2. Algunos autores hablan de *vitium operis iam facti*: en este sentido, BURCKHARD, págs. 146 y sig., sostiene la *missio* para el caso del que hizo excavaciones junto a la pared y amenaza daño en la casa vecina: el propietario de ésta obtiene con la *missio ex primo decreto* la facultad de rellenar la excavación, pudiendo entonces eliminar el peligro, y la *missio ex secundo decreto* le concedería la posesión sobre la parte del fundo que tiene el defecto. El mismo Burckhard, al utilizar el término *vitium operis iam facti* hace evidente que el resultado de la excavación se constituye en un *vitium loci* y se sigue por el trámite de este tipo de caución; en cambio, en la *cautio per vitium operis* el peligro tiene su fundamento en la actividad, no en el estado del fundo. Cabe observar, por otro lado, que en el derecho justiniano se da una *missio in possessionem* que tiene por objeto la parte del fundo sobre la cual se realiza la obra (*facere*) de la cual se teme el

el derecho a construir, puede proceder, aparte la acción negatoria o la *vindicatio servitutis*³, el interdicto *quod vi aut clam*⁴.

Allí donde el motivo por el cual se exige la caución no es el estado defectuoso de la cosa (*vitium aedium, loci, operis iam facti*), sino la actividad de la persona (*facere*), no se puede esperar una *missio*⁵. Por lo demás, es claro que la expropiación a que, en último término conduce el régimen de la *missio* no podía tener aplicación en aquellos casos en los que se hace algo en un lugar público.

Dentro de los múltiples supuestos en los que resulta necesaria una *cautio damni infecti* por un *vitium operis* conviene distinguir dos clases. La primera se refiere a todos aquellos casos en los que una persona toma la iniciativa de hacer algo en un fundo ajeno (*in alieno*) y el propietario de éste se opone a tal iniciativa si no se le da *cautio* por el daño que pueda causarle tal actividad lícita. En el

daño; vid. BRANCA, págs. 489 y sigs.; MOZZILLO, *contributi allo studio delle "Stipulationes Praetoriae"* (Napoli, 1960), pág. 158, n. 47.

3. Así, en D.39,2,45, contra la edificación ya terminada, el que protesta contra ella debe acudir a la acción de la servidumbre negativa (*ago tibi ius non esse habere*). En caso de *indefensio*, el demandante es puesto en posesión hasta que el *indefensus* reclame él con la negatoria, y si éste no lo hace, puede proceder él mismo a la demolición. Vid. D.39,1,15, para el caso de *indefensio* ante la acción de la servidumbre antes de iniciarse la construcción; se exige del *indefensus* una caución de no construir hasta probar, como demandante de una acción negatoria, que no existe tal servidumbre; en el caso de que, al demandar con la negatoria, no se defendiera el que pretende tener la servidumbre, se exigirá de éste una caución de que no hará denuncia de obra nueva ni impedirá por la fuerza la construcción de la misma; es decir, que el que no se defiende, en uno u otro caso, debe asumir el papel de demandante. Las acciones de una y otra parte se mantienen siempre como posibles, tanto si se ha denegado (también si es mediante *remissio*) la denuncia como si, por no dar caución, se decreta el interdicto demolitorio (*denegata exsecutione operis novi*): D.39,1,19.

4. Cuando la denuncia se hizo antes de terminarse la obra, el interdicto demolitorio queda excluido por la *remissio* posterior a la terminación de la obra y con ello se excluye igualmente el interdicto *quod vi aut clam*. D.43,24,7,2; cfr. D. 43,24,3,6, donde este interdicto se excluye por el ofrecimiento de la *cautio damni infecti* por parte del demandado.

5. Cfr. VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano*³ (Milano, 1954), pág. 277, y BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Romano* (Padova, 1964), pág. 400.

comentario de Ulpiano hemos visto ya algunos de estos casos⁶, pero son muy variados; piénsese, por ejemplo, en todos aquellos interdictos que prohíben que se impida hacer reparaciones en el camino⁷, la cloaca⁸ o el acueducto⁹, o aquel que impide se prohíba recoger los frutos que caen en fundo vecino¹⁰, el interdicto que se concede a aquel que quiere recuperar su tesoro que está en el fundo ajeno¹¹, el interdicto de *rebus vi fluminis importatis* para recuperar las cosas que trasladó la corriente de un río a fundo ajeno¹², el interdicto *quod vi aut clam* que se da contra el colono que hizo una obra que perjudica al vecino¹³; por último, el interdicto para que no se impida hacer obras o reparaciones en el río o su ribera, respectivamente¹⁴. Pues bien, todos esos interdictos no pueden prosperar si el demandante no ofrece la *cautio damni infecti* al demandado. Pero en dichos supuestos no puede hablarse de recursos supletorios de la *cautio damni infecti*, pues, si ésta no se da, tampoco se puede pedir por sí misma, sino que simplemente se impide por el *ius prohibendi* la iniciativa de actividad del que no quiere darla. Así, pues, hemos prescindido de esta primera clase de supuestos en nuestro estudio.

La segunda clase de supuestos de *cautio* por *vitium operis* es la de aquellos en que el *ius prohibendi* de quien teme el daño no

6. Vid. supra cap. I, 5.

7. D.43,19: *interd. de itin. actuque privato*; 5,4 y *hoc tit.* 3,11: *interd. de itin. actuque reficiendo*.

8. D.43,23,1,14: *interd. de cloaca reficiendo*. El propietario puede impedir la obra de reparación o limpieza que se quiere hacer en su terreno para obligar a quien la intenta hacer a entablar el interdicto de *cloaca*, en cuyo trámite se le exigirá la *cautio damni infecti*; pero no procede la denuncia de obra nueva, como dice el § 13, ni siquiera con el fin de obtener la *cautio damni infecti*.

9. D.43,20: *interd. de aqua cottidiana et aestiva*; 1,8 y 38; 43,21: *interd. de rivis reficiendis*; 3,8 y 9; 39,2,30 pr. Vid nota anterior.

10. D.10,4,9,1. BESELER, *Beitrage*, I, pág. 37, da por interpolado el texto desde [*nam et* — fin].

11. D.10,4,15. BESELER, *Beitrage*, I, pág. 26, niega la clasicidad de la acción de que se habla en el texto.

12. D.39,2,9,1. Cfr. supra cap. III.

13. D.39,3,4,3; 5.

14. D.43,15,1 pr.; 3 a 5: *Interd. de ripa munienda*.

puede ejercitarse directamente, sino que se requiere un medio pretorio supletorio de aquella caución que voluntariamente no da el que realiza la obra en su propio fundo. En estos casos procede la *novi operis nuntiatio*¹⁵ y, en su caso, el interdicto demolitorio, el cual procede para que el demandado quite a su costa todo lo hecho contraviniendo la denuncia no remitida y antes de haber dado la caución¹⁶. Este recurso sí que se puede considerar como supletorio de la *cautio damni infecti*.

2. “*Novi operis nuntiatio damni depellendi causa*”

Por los límites de nuestro trabajo no nos corresponde aquí hacer un análisis completo de la *novi operis nuntiatio*, cuyos problemas actuales no afectan sustancialmente el objeto de nuestro estudio¹⁷. Pero dado que estamos en materia de *vitium operis quod fit*, sí es conveniente indicar las diferencias entre las tres clases de *nuntiationes* que distinguen las fuentes¹⁸ y cuyo elemento común es el

15. LENEL, *EP*³, § 175, págs. 370 y sig.

16. LENEL, *EP*³, § 257, págs. 483 y sigs.; en pág. 486 las fórmulas interdictales. La obra contra la que se puede dirigir este interdicto es la hecha por el mismo denunciado: D.4,7,3,3.

17. Sobre la *novi operis nuntiatio*, vid. bibl. cit. en MOZZILLO, *Contributi* . . , pág. 131, n. 1.

18. D.39,1,1,16 y 17. Con base en la clasificación que hace Sexto Pedio de las *nuntiationes* (D.39,1,5,9), MOZZILLO, *Contributi* . . . , págs 134 y sigs. sostiene que para la época de Sexto Pedio la *n.o.n.d.d.c.* era desconocida y que esto explicaría la existencia de la *legis actio damni infecti* hasta el siglo II d. J. Pero a esta tesis de Mozzillo replica BRANCA, rec. en *Iura*, 12 (1961), pág. 307, diciendo que Sexto Pedio está pensando en los casos más comunes de *nuntiatio*, es decir, en los casos de *facere* ilegítimos que se realizan en público o en privado, mientras que la *nuntiatio d.d.c.* se solicita por obras dañosas pero legítimas realizadas *in suo*. Algún autor, con base en D.39,2,13,10, ha negado el carácter clásico de la *n.o.n.d.d.c.*, pero, como bien pone de presente MOZZILLO, pág. 132, n. 5, y pág. 133, la hipótesis de dicho texto se refiere a la *n.o.n.i.n.c.c.*

del *opus novum*¹⁹. Existen tres tipos de denuncia de obra nueva²⁰: En primer lugar, la *operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa*, que tiende a la tutela de un derecho privado, sea de un derecho de servidumbre²¹, sea del mismo derecho de propiedad: en el primer caso, la denuncia se interpone en relación con la *vindicatio servitutis* correspondiente; en el segundo, con la acción negatoria²². Segundo, la *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, que tutela un derecho público cuando la actividad se realiza ilegítimamente *in publico* o en un río público o en la ribera de un río o en un lugar sagrado o religioso, y, en principio, compete a cualquier ciudadano²³. Estos dos primeros tipos de denuncia conducen a la

19. Sobre los requisitos que debe reunir el *opus novum* para ser considerado tal, vid. BONFANTE, *Corso*, II, 1, págs. 436 y sigs. Sobre qué actividades (*facere*) no son *opus novum*, vid. D.39,1,1,12 y 13, por otro lado, a veces un *opus novum* queda excluido de la denuncia cuando el retraso en la obra puede causar un perjuicio más grave (D.39,1,5,12).

20. Vid. BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 439; G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo "extra ordinem"* (Bologna, 1965), págs. 346 y sigs.

21. Vid. D.39,1,5,9; 39,1,8 pr.; 39,1,9; 43,25,1,3; 1,4 *in fine*. Las fuentes señalan la *servitus ne prospectui officiat, ne luminibus officiat altius non tollendi, oneris ferendi* (D. 8,2,15 *in fine*; 39,1,5 pr.; 8,5,6,7); pero queda excluida la *n.o.n.* para la *servitus viae* (D.39,1,14), exclusión que ha creado polémica entre los autores; vid. BONFANTE, *Corso*, II, 1, págs. 441 y sig.

22. D.39,1,5,10 parece desaconsejar la *novi operis nuntiatio* cuando se trata de defender la propiedad. Efectivamente, la construcción en terreno ajeno se defiende mejor con el interdicto *quod vi aut clam*, pero nada impide pensar en una *novi operis nuntiatio* cuando la obra del vecino va a producir una *immissio* en el del denunciante. El mismo texto citado parece reconocer la posibilidad (*melius esse*), pero, en todo caso, no parece un texto fidedigno, empezando porque el recurso *per praetorem* no queda suficientemente explicado y el *iactus lapilli*, por otro lado, no basta por sí mismo para detener la obra si no se completa con otro expediente coactivo como es el interdicto *quod vi aut clam*: en efecto, aquel gesto era suficiente para convertir el acto del demandante en "violento", pues contradecía la voluntad expresa del demandante. Si se desaconseja la *novi operis nuntiatio* es precisamente porque ella obliga a ejercitar al mismo tiempo la acción negatoria, con la ventaja para la otra parte de actuar en ese juicio como demandado (*possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus*; cfr. D.39,1,1,6; D.43,24,7,2: *possessor hoc ipso constituitur*).

23. D.39,1,1,4; 1,19; 3,4,5,9; 8 pr.; 9 pr.; 43,25,1,3. En estos casos,

cautio ex operis novi nuntiatione (o *de opere restituendo*)²⁴, por la cual se garantiza la restitución de la obra en caso de prosperar la acción real correspondiente al derecho privado que la obra perjudica o el interdicto que defiende el uso de los lugares públicos. Por último, la *operis novi nuntiatio damni depellendi causa*, caso en el cual la denuncia no tiene otro fin que el de conseguir la *cautio damni infecti* por la actividad legítima que se realiza en virtud de un derecho²⁵, pero que amenaza daño para el vecino.

Una posible diferencia entre el último tipo de denuncia y los dos anteriores podría ser el de la *remissio* concedida por el pretor, en virtud de la cual se rechazaba la denuncia (sin perjuicio de la acción real o interdicto que quisiera ejercitar el denunciante) y se autorizaba la continuación de la obra²⁶. Cabría preguntarse a este propósito, si también en la denuncia *damni depellendi causa* era posible tal *remissio*. Branca²⁷ ha negado la posibilidad de tal *remissio* en este tipo de denuncia; sin embargo, es difícil imaginar de qué otro modo podía el magistrado exonerar al denunciante de tener que dar la *cautio damni infecti*: en efecto, el magistrado, en *causae cognitio*, podía llegar a la conclusión de que los temores de daños materiales eran totalmente infundados, y, en este caso, una vez presentada la denuncia, no se concibe otra solución que la de una *remissio* de la misma²⁸. En el régimen ordinario de la *cautio*

el denunciante debe ejercitar los interdictos correspondientes a la defensa del uso de las cosas públicas, a la prohibición de hacer nada en lugar sagrado, etc.; cfr. D.43,8,7.

24. LENEL, *EP*³, § 291, págs. 549 y sigs. Vid. BRANCA, pág. 329; MOZZILLO, *Contributi*, pág. 154.

25. D.39,1,1,17. Cfr. MOZZILLO, *Contributi*, pág. 154.

26. Sobre la *remissio* de la *novi operis nuntiatio* y las distintas teorías que se han esbozado sobre ella, vid. BONFANTE, *Corso*, II, 1, págs. 452 y sigs.

27. BRANCA, pág. 310, n. 3, y pág. 328, n. 2, la niega absolutamente y afirma que a la *nuntiatio d.d.c.* sigue, en caso de negativa a prestar la *cautio*, el interdicto demolitorio. Reafirma su criterio de inexistencia de *remissio* para la *nuntiatio d.d.c.*, en rec a Mozzillo, en *Iura*, 12 (1961), página 308.

28. BURCKHARD, *Commentario alle Pandette de Gluck*, cont. Libro XXXIX, parte I (D.39,1), trad. de P. BONFANTE (Milano, 1903), pág. 118, admite una *remissio sui generis* para la *nuntiatio damni depellendi causa*. En cambio, la acepta íntegramente MOZZILLO, *Contributi*, pág. 159.

«*damni infecti* el magistrado podía negarse simplemente a decretarla, pero, en el de la denuncia de obra nueva, parece tener que remitir la denuncia hecha para exonerar al denunciado.

Puede preguntarse también si la *cautio damni infecti* es un resultado posible de las denuncias *iuris nostri conservandi causa* y *iuris publici tuendi gratia*, las cuales se dirigen principalmente a la consecución de una caución *de opere restituendo* (condicionada, en el primer caso, a la acción real y, en el segundo, al interdicto que defiende el libre uso de las cosas públicas). La doctrina antigua²⁹ admitía esta posibilidad, que Branca ha criticado como justiniana, por mantener el carácter subsidiario de la *cautio damni infecti*³⁰. En nuestra opinión, Branca no distingue suficientemente el daño jurídico del daño material, prevenido por la *cautio damni infecti*. La diferencia entre uno y otro daño justifica la compatibilidad de las dos cauciones: la primera, condicionada a la sentencia condenatoria a favor del demandante (sea en la acción real sea en el interdicto); la segunda, condicionada al daño material que se produzca³¹. La compatibilidad de la *cautio damni infecti* con la denuncia (ordinariamente dirigida a la obtención de la *cautio de restituendo*) aparece claramente atestiguada en Ulpiano, D.39,2,13,10; confróntese supra capítulo I, *ad locum*.

29. BURCKHARD, *Commentario alle Pandette*, cit. pág. 116 y n. 7; el autor da dos ejemplos: a) cuando por efecto de una construcción se viola el derecho de *servitus ne luminibus officiatur* y simultáneamente se amenaza daño, y b) cuando al construirse en público se viola un derecho privado e igualmente se amenaza daño.

30. BRANCA, págs. 328 y sigs.

31. D.46,5,1,6 y 7 nos presenta una notable diferencia entre la *cautio de opere restituendo* relativa a obra que se hace *in publico* y la *cautio damni infecti* relativa a obra que se hace también en un lugar público como es el *flumen publicus*; en el primer caso, el denunciado (si lo hace en nombre propio) debe dar simple *repromissio*, en tanto en el segundo debe dar *satisdatio*. La diferencia se explica porque, para proceder a la eventual demolición de la obra no hacen falta fiadores, pero sí para la indemnización del daño material que eventualmente produzca aquella obra. Si se tratara de la *cautio damni infecti* por una obra ya hecha, y diera la garantía el mismo propietario, es evidente que no hacía falta añadir fiadores, pues, en último término, el fundo existente servía de garantía para la deuda de su propietario.

Eventualmente, la denuncia puede servir exclusivamente para obtener la caución de daño temido; así, cuando se trata de obras lícitas en lugares públicos (D.39,2,24 pr., que Branca critica como interpolado) o en el mar y sus costas (D.39,1,1,18)³²; D.39,1,1,17, en cambio, parece hablar de la *cautio damni infecti* tan sólo en relación con la denuncia *damni depellendi causa*.

Cabría pensar todavía que la *restitutio* de la caución *de opere restituendo* abarcaba también la indemnización del *damnum*, como vemos que ocurre en la condena a consecuencia del interdicto demolitorio³³. Sin embargo, no lo creemos así, ya que no se debe olvidar que la *cautio de opere restituendo* tiene una condición: que la sentencia de la *vindicatio servitutis* o del interdicto correspondiente sea favorable al demandante, mientras que la condición de la *cautio damni infecti* es simplemente que ocurra el daño. Así, pues, el demandante, para no correr el riesgo derivado de una posible sentencia desfavorable, debe prevenir el daño a través de la *cautio damni infecti* y no por la *de opere restituendo*.

Así, pues, la *cautio damni infecti* y la *cautio de opere restituendo* pueden ser las dos resultado de la denuncia, pero hay siempre entre ellas esta diferencia principal: que la de restituir es una caución judicial porque sirve para asegurar el cumplimiento de la condena que produzca la acción real o el interdicto ejercitados por el demandante, en tanto la *cautio damni infecti*, aunque se integra en el trámite de la denuncia no es judicial, sino caucional, pues sólo sirve para garantizar la indemnización de los eventuales daños materiales, y depende, así, no de un derecho del denunciante, sino del hecho mismo del daño causado³⁴.

32. También los daños que pueden derivarse del cambio del curso del agua pluvial por obras hechas en terreno público, en cuyo caso no se da la *actio aquae pluviae arcendae*, debe ser prevenido mediante la *cautio damni infecti* (D.39,3,3,3). Por tratarse de *vitium operis*, hemos de suponer que la caución también aquí debía conseguirse mediante la *novi operis nuntiatio*; cfr. también D.39,3,14,3.

33. D.50,16,81 y 39,2,20 pr.

34. La clasificación de las estipulaciones en judiciales, caucionales y comunes se presenta en Ulpiano D.46,5,1 pr.; 1-3 quien define las primeras como aquellas *quae propter iudicium interponuntur*, dando como ejemplo la *cautio iudicatum solvi* y la *cautio ex operis novi muntiatione* (o *de opere*

VI. LA ACCION FICTICIA MUNICIPAL

1. *Introducción*

Los dos capítulos finales de nuestro estudio se refieren al campo de la jurisdicción municipal, concretamente a los recursos supletorios de la *cautio damni infecti*. Por esta misma concreción del

restituendo), en tanto coloca la *cautio legatorum servandorum causa*, la *cautio rem pupilli salvam fore*, la *cautio de rato* y la *cautio damni infecti* como caucionales, y la de asistir al juicio como común. El mismo Ulpiano, por lo demás (D.46,5,1,4) reconoce que todas las estipulaciones pretorias son, en realidad, caucionales, pero esto no desmiente la anterior clasificación: en tanto Pomponio (D.45,1,5 pr.) sí presenta un criterio diferente, ya que distingue las estipulaciones en general por su origen: en judiciales, pretorias y convencionales, más las comunes que pueden ser de cualquiera de las dos primeras clases. Esta tripartición ha sido objeto de críticas. Aparte la crítica de VON WOESS, *Die Praetorische Stipulationem und der romische Rechtsschutz*, en SZ, 53 (1933), pág. 373, n. 2 y otras críticas incidentales (BESELER, *Beitrage*, III, págs. 130 y sigs.; SIRO SOLAZZI, *Stituti Tulelari* [1929], pág. 105; KASER, SZ, 72 [1955], pág. 407; ZPR, pág. 336, n. 25, y DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto Romano* [1937], págs. 215 y sig.; cfr., además, *Ind. Interp. s. l.*), tenemos principalmente la crítica más reciente de MOZZILLO, *Contributi*, págs. 1 y sigs., que ha dado lugar a nuevas discusiones (GAUDEMET, *In tema de "Stipulationes Praetoriae"*, en *Labeo*, 6 [1960], págs. 405 y sig. GUARINO, *La classificazione delle "Stipulationes Praetoriae"*, en *Labeo*, 8 [1962], págs. 216 y sig.), únicamente BRANCA rec. a Mozzillo, en *Iura*, 12 (1961), págs. 304 y sig.; G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, págs., 400 y sig., y BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 451 y n. 3, parecen admitir que la tripartición de Ulpiano, es clásica. En nuestra opinión, no hay motivo para dudar de ello, y quizá lo que más ha perturbado la correcta interpretación del texto de Ulpiano es el olvidar de que la *novi operis nuntiatio* no constituye una pieza procesal aislada, pues evidentemente no es por sí misma un *iudicium*, sino una pieza complementaria de otra acción (o interdicto) que el demandante debe ejercitar contra el demandado, y de cuyo éxito depende el efecto de la caución de *opere restituendo*, pues, como dice el mismo Ulpiano (D.39,1,21,2), esa caución *habet condicionem*, precisamente porque si la sentencia de aquel juicio no resulta favorable al denunciante, o hizo la obra aquel a quien el promitente no podía impedirselo (D.39,2,24,6), o, en todo caso, no hay *indefensio* por parte del denunciado (D.39,1,21,4: *. . sive res non defendatur*) no puede éste ejercitar la *actio ex stipulatu*. Así, pues, la *cautio de opere restituendo* viene a garantizar el cumplimiento de la eventual condena en aquella acción (cfr. D.39,1,12: *tanti stipulatio committitur, quanti iudicatum sit*), de manera similar a la *cautio iudicatum solvi*.

tema, no vamos a entrar en el más amplio problema de los límites de la jurisdicción municipal. Todavía en 1970 Torrent¹ se quejaba, con razón, de la falta de literatura no tanto sobre la organización municipal misma, como sobre los problemas de la jurisdicción municipal, en cuanto la literatura procesal no los toca sino de pasada; pero hoy, además de la monografía del romanista español², contamos con un excelente estudio de conjunto de Simshauser³ y otro de Bruna⁴ dedicado exclusivamente a la *lex (Rubria) de Gallia Cisalpina*.

Se suele situar este ley⁵ entre el 49 y el 42 a. J., después de la concesión de la ciudadanía a los galos transpadanos; como fecha más aproximada sería la segunda de las citadas, año en que la Galia Cisalpina fue incorporada a Italia⁶. Los cinco capítulos que de ella se conservan (el XIX y el XXIII en forma fragmentaria) presentan gran interés para el tema de la jurisdicción municipal. Veamos someramente el contenido de cada uno de ellos.

El capítulo XIX se refiere a la *novi operis nuntiatio* y el correspondiente interdicto demolitorio. Por la lectura de sus pocas líneas se deduce que el magistrado municipal puede, o decretar la *remissio*, en cuyo caso el denunciado puede continuar la obra, o imponerle la *cautio de opere restituendo*, de la cual tratamos en el capítulo anterior. Más adelante volveremos a tomar en consideración este capítulo XIX.

El capítulo XX ordena el trámite de la *cautio damni infecti* en

1. TORRENT, *La "iurisdictio" de los magistrados municipales* (Salamanca, 1970), pág. 10.

2. Vid. rec. de FRANCESCO GRELLI a Torrent, en *Labeo*, 20 (1974), páginas 125 y sigs., y MAGDELAIN, en *RH*, 51 (1973), págs. 648 y sigs.

3. SIMSHAUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien* (München, 1973).

4. F. J. BRUNA, *Lex Rubria. Caesar Regelung für die Richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in Gallia Cisalpina* (Leiden, 1972).

5. BRUNS, I, págs. 97 y sigs.; FIRA, I, págs. 169 y sigs.

6. TORRENT, *La "iurisdictio"*, pág. 145 y n. 14; BESELER, cit., por ARANGO-RUIZ, en *SDHI*, 2 (1936), pág. 517, conjeturaba que la denominada *lex Rubria* no fue más que un proyecto inacabado, encontrado por Marco Antonio entre las cartas de Julio César y apresuradamente puesto por aquél en la promulgación legislativa de las *acta* del difunto (se refiere a la *lex Antonia de actis Caesaris confirmandis* del 44 a. J.). Cfr. TORRENT, *obra citada*, pág. 153 y n. 48.

los *municipia* de la Galia Cisalpina; trámite que analizaremos a continuación. Se hace aquí un reenvío a la *stipulatio damni infecti* del edicto (*album*) del *praetor peregrinus*: *...eam stipulationem (damni infecti), quam is qui inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet...*; lo que ha dado lugar a una abundante bibliografía⁷; más interesante aún es la inclusión de la cláusula *ex fide bona* en las fórmulas procesales que aparecen en el capítulo XX y que hacen referencia a la *stipulatio damni infecti*⁸.

En los capítulos XXI y XXII se equipara al *damnatus* no solamente el *confessus* de una suma determinada, sino también el *indensus*, siempre y cuando, en ambos casos, se trate de *certa credita pecunia*. También aquí, como veremos al analizar el capítulo XX, el magistrado municipal no tiene competencia para coaccionar mediante *missio in bona* al demandado que no quiere tomar parte en

7. Vid. bibliografía sobre el tema en BRANCA, pág. 63, n. 2, y MOZZILLO, *Contributi*, págs. 115 y sigs.; también BONFANTE, *Notas a Burckhard*, página 90, n. h, y CORSO, II, 1, págs. 394 y sigs.; últimamente G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, págs. 330 y sig., y J. F. BRUNA, *Lex Rubria*, páginas 109 y sig.

8. Dejando de lado la insinuación de BRANCA, pág. 233 y n. 1 de que dicha cláusula no apareciese en las fórmulas, se plantea el problema de cómo podía referirse a la *bona fides* la *stipulatio*, sancionada por una *actio certi*, cuando se promete dar cantidad o cosa determinada, o por una *actio ex stipulatu (incerti)* cuando la promesa es de *facere* o de *dare incertum* y con cuyo nombre se distingue de la *actio (incerti) ex testamento*. Esta *actio incerti*, aunque semejante en cierto modo a las acciones contractuales por su objeto indeterminado (*quidquid*), se distingue de ellas precisamente por no ser de buena fe (*ex fide bona*), sino un *iudicium stricti iuris*. Aunque no se ha llegado a una solución pacífica (vid. bibliografía cit. por TORRENT, *La "iuristictio"*, págs. 152 y sig.), creemos, con d'ORS, *DPR*², pág. 428, que dicha alusión de la *lex Rubria* (cap. XX) puede explicarse quizá como una práctica procesal de introducir la cláusula *ex fide bona* en la misma *stipulatio*, de suerte que, desde ella, pudo penetrar en la correspondiente fórmula procesal de la *actio incerti*, tal como sucede en la *cautio rem pupilli salvam fore*, cuyo fin era garantizar la administración del patrimonio del pupilo y cuya fórmula correspondiente aparece referida a la *actio tutelae*, por lo que la misma fórmula estipulatoria reproduce la *intentio* y la *demonstratio* de la acción de tutela que es de buena fe: *dare facere oportebit ex fide bona*. Confróntese LENEL, *EP*³, § 288, pág. 541, y F. BETANCOURT, *Sobre una pretendida "actio" arbitraria contra el usufructuario*, en *AHDE*, 43 (1973), página 380.

el proceso; igualmente, para obviar las dificultades de tener que acudir al pretor de Roma en solicitud de la *missio*, la *lex Rubria* concede al magistrado municipal un medio subsidiario: equipara el *indefensus* al *damnutus* para que el demandante pueda ejercitar la *actio iudicati* contra tal *indefensus-damnutus*, el cual, si quiere oponerse, deberá prestar la *cautio iudicatum solvi*, y correr el riesgo, si no vence en el litigio, de ser condenado *in duplum*, como es normal en la acción ejecutiva.

Por último, el también fragmentario capítulo XXIII trata de la *actio familiae erciscundae* y en él se plantearía el problema de la *adiudicatio*, ya que, como es sabido, en los juicios divisorios, cuando éstos se desarrollan al margen de los requisitos que hacen que un proceso sea un *iudicium legitimum*, aquella cláusula no es definitiva. Pero, a este respecto, la opinión dominante hoy es que la misma *lex Rubria* atribuía la competencia al magistrado municipal caso por caso y no fingiendo que el proceso municipal se desarrollaba como si fuera *iudicium legitimum* ⁹.

2. Régimen de la "cautio damni infecti" en la ley Rubria

XX. Qua de re quisque et a quo in Gallia Cisalpeina damnei infectei ex formula restipularei satisve accipere volet, et ab eo quei ibei iure deicundo praeerit postulaverit, idque non kalumniae kausa se facere iuraverit: tum is quo de ea re in ius aditum erit eum, quei in ius eductus erit, de ea re ex formula repromittere et, sei satisdarei debebit, satisdare iubeto decernito. Quei eorum ita non repromeisserit aut non satisdederit, sei quid interim damni datum factumve ex ea re aut ob eam rem eove nomine erit, quam ob rem utei damnei infectei repromissio satisve datio fieret postulatum erit: tum magistratus prove magistratu, Ilvir IIIvir praefectusve, quoquomque de ea re in ius aditum erit, de ea re ita ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito, proinde atque sei de ea re, quom ita postulatum esset, damnei infectei ex formula recte repromissum satisve datum esset. De ea re quod

9. BONIFACIO, "Iudicium legitimum" e "iudicium imperio continens", en *Studi Arangio-Ruiz*, II (Napoli, 1953), págs. 207 y sigs.; KASER, *ZPR*, págs. 116 y 270, y últimamente TORRENT, *La "iurisdictio"*, págs. 138 y sigs, quien corrige su posición anterior (vid. *AHDE*, 36 [1966], págs. 601 y sigs.).

ita iudicium datum iudicareve iussum iudicatumve erit, ius ratumque esto, dum in ea verba, sei damnei infectei repromissum non erit, iudicium det itaque iudicare iubeat: Iudex esto. Sei, antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Q.Licinius damni infectei eo nomine qua de re agitur eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregreinos ius deicet in albo propositam habet, L.Seio repromeississet: tum quicquid eum Q.Licinium ex ea stipulatione L.Seio dare facere oporteret ex fide bona, dumtaxat HS, eius iudex Q.Licinium L. Seio, sei ex decreto IIvirei IIIvirei praefecteive Mutinensis, quod eius is IIvir IIIvir praefectusve ex lege Rubria, seive id plebeive scitum est, decreverit, Q.Licinius eo nomine qua de re agitur L.Seio damnei infectei repromittere noluit, condemnato; sei non paret, absolvito; aut, sei damnei infectei satisdatum non erit, in ea verba iudicium det: Iudex esto. Sei, antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Q.Licinius damnei infectei eo nomine qua de re agitur ea stipulatione, quam is quei Romae inter peregreinos ius deicet in albo propositam habet, L.Seio satis dedisset: tum quicquid eum Q.Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, dumtaxat HS, eius iudex Q.Licinium L.Seio, sei ex decreto IIvirei IIIvirei praefecteive Mutinensis, quod eius is IIvir IIIvir praefectusve ex lege Rubria, seive id plebeive scitum est, decreverit, Q.Licinius eo nomine qua de re agitur L.Seio damnei infectei satidare noluit, condemnato; sei non paret, absolvito; dum IIvir IIIvir iure deicundo praefectusve de ea re ius ita deicat curetve, utei ea nomina et municipium colonia locus in eo iudicio, quod ex ieis quae proxsume scripta sunt accipietur, includantur concipiantur, quae includei concipei sine dolo malo oportebit debebitve, ne quid ei quei de ea re aget petetve captionei ob eam rem aut eo nomine esse possit; neive ea nomina, quae in earum qua formula quae supra scripta sunt, aut Mutinam in eo iudicio includei concipei curet, nisei iei, quos inter id iudicium accipietur leisve contestabitur, ieis nominibus fuerint, quae in earum qua formula supra scripta sunt, et nisei sei Mutinae ea res agetur. Neive quis magistratus prove magistratu, neive quis pro quo imperio potestateve erit, intercedito neive quid aliud facito, quominus de ea re ita iudicium detur iudiceturque ¹⁰.

i) *Decreto de "cautio"*. El c. XX de la *lex Rubria* autoriza a los magistrados municipales de la Galia Cisalpina a imponer la *cautio damni infecti* al propietario (o titular de otro derecho real) sobre una

10. Transcribo este capítulo XX con las integraciones filológicas correspondientes sin anotarlas especialmente. Cfr. F. J. BRUNA, *Lex Rubria*, pági-

casa o fundo del cual se teme un daño. La concesión del decreto de caución presupone un juramento de calumnia, como en el trámite ante

nas 26, 28, 30 y 32. Traduzco así este capítulo XX: Por cualquier cosa que cualquiera, en la Galla Cisalpina, quiera recibir de cualquiera una promesa o garantía de daño temido, mediante una fórmula, si lo hubiera solicitado del que allí tuviera jurisdicción, y hubiera jurado que lo hacía sin calumnia, entonces aquel ante cuyo tribunal se acudió por aquella cosa dé decreto disponiendo que aquel que fue citado ante el tribunal dé promesa o garantía si debiera darla, sobre aquella cosa conforme a la fórmula. En caso de que alguna de estas personas no prometiera o garantizara en esa forma, si algún daño entretanto se ha causado o hecho por aquella cosa o en relación con ella, por la cual cosa se había solicitado que se hiciera promesa o garantía de daño temido, entonces el magistrado o el promagistrado, dumvir, quattuorvir o prefecto a cualquiera de ellos a cuyo tribunal se hubiera acudido acerca de aquella cosa, declare el derecho sobre esta cosa, dé juicios y obligue disponiendo que se juzgue igual que si acerca de aquella cosa, habiéndose solicitado así, se hubiese dado promesa o garantía de daño temido conforme a la fórmula. Sobre aquella cosa, lo que se haya dado como juicio o dispuesto que se juzgue o sea juzgado, sea jurídicamente válido siempre que en caso de que no se haya dado la promesa de daño temido dé juicio y disponga que se juzgue de este modo: "Sea Juez (Fulano): Si antes de hacerse este juicio que se hace por tal cosa Q. Licinio hubiese prometido a Lucio Seyo el daño temido por aquella cosa de la que se trata, en respuesta a la estipulación que tiene anunciada en su edicto aquel que en Roma tiene la jurisdicción entre los peregrinos, en este supuesto, todo lo que ese mismo Q. Licinio debiera dar o hacer a Lucio Seyo en buena fe a consecuencia de tal estipulación hasta el límite de (tantos) HS (sestercios), en esto, que el juez condene a Q. Licinio a favor de Lucio Seyo, siempre que Q. Licinio no haya querido prometer por daño temido a Lucio Seyo a causa de la cosa de que se trata en cumplimiento del decreto del dumvir, quattuorvir o prefecto de Módena, que para ello ese dumvir, quattuorvir o prefecto hubiera decretado en virtud de la ley Rubria o porque se disponga así en el plebiscito: si no resulta, absuelve." Y si no diera garantía, dése el juicio en estos términos: "Sea juez (Fulano): Si antes de hacerse este juicio que se hace por tal cosa Q. Licinio hubiese garantizado a Lucio Seyo el daño temido por aquella cosa de la que se trata, en respuesta a la estipulación que tiene anunciada en su edicto aquel que en Roma tiene la jurisdicción entre los peregrinos, en este supuesto, todo lo que ese mismo Q. Licinio debiera dar o hacer a Lucio Seyo en buena fe a consecuencia de tal estipulación hasta el límite de (tantos) HS (sestercios), en esto que el juez condene a Q. Licinio a favor de Lucio Seyo, siempre que Q. Licinio no haya querido garantizar por daño temido a Lucio Seyo a causa de la cosa de que se trata en cumplimiento del decreto del dumvir, quattuorvir o prefecto de Módena, que para ello ese dumvir, quattuorvir o prefecto hubiera decretado

el pretor urbano ¹¹; c. XX: *idque non K (alumni) K (aussa) se jacere iuraverit...*, que se realiza ante el tribunal del magistrado municipal (*in iure*) ¹²: *...eum, qui in ius eductus erit.*

En caso de que el decreto de *cautio* dado por el magistrado municipal no sea cumplido por el demandado, es decir, que éste se niegue a *promittere* o *satisdare*, según el caso, la *lex Rubria* no prevé ninguna *missio in possessionem*, ni *ex primo* ni *ex secundo decreto* ¹³.

en virtud de la ley Rubria o porque se disponga así en el plebiscito: si no resulta, absuelve." Con tal de que el *dumvir*, *quatuorvir* o prefecto con jurisdicción declare el derecho sobre esta cosa o procure que esos nombres de personas, el municipio, colonia o lugar figuren en la redacción de ese juicio que se recibe en virtud de lo supraescrito según convenga y deba incluirse en la redacción sin dolo malo con el fin de que aquel que demanda o pide a causa de aquella cosa no pueda ser dañado a causa de aquella cosa o en relación con ella y procure que no figure en la redacción del juicio tales nombres que se hallan en alguna de las fórmulas supraescritas o el de Módena, a no ser que aquellas personas entre las cuales se recibe este juicio y se hace la *litis contestación* tuvieran esos nombres que en cualquiera de aquellas fórmulas supraescritas se hallan y el litigio tuviera lugar en Módena, y que ningún magistrado o promagistrado y ningún sustituto en el imperio o potestad o ponga su intercesión ni haga nada para impedir que el juicio se dé y se juzgue así sobre este asunto.

11. Vid. supra cap. I, *ad. frag. 7 pr.*, y *frag. 15, § 13*. Sobre estos textos, vid. SIMON, *SZ*, 83 (1966), págs. 185 y sigs., y ns. 146 y 147. D.39,2,13,3, vid. GEORFFREY MACCORMARCK, *The cautio damni infecti: Buyer and Seller*, en *SZ*, 88 (1971), pág. 304, n. 15.

12. Que también era necesaria la presencia *in iure* de las partes en el trámite de la *cautio damni infecti* ante el pretor urbano se desprende de D.39,2,4,5. En este sentido, BRANCA, págs. 149 y sig.; PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel Diritto Romano* (Milano, 1942), págs. 46 y sig.; KASER, *ZPR*, pág. 138, n. 79, y G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, pág. 380 y nota 2. En contra, LENEL, *EP*³, § 3, pág. 53.

13. TORRENT, *La "iurisdictio"*, pág. 149, cree lo contrario, al menos para la *missio ex primo decreto*, aunque habla también de la "falta de *imperium* del magistrado local para decretar la *missio in possessionem*", sin concretar que se trate de la del segundo decreto. Por tanto, no puede hablarse como hace este autor (pág. 150) de que el régimen de delegación de que habla la jurisprudencia clásica tardía esté ya previsto en la *lex Rubria*. Se discute a este propósito cómo es que en la *lex Rubria* (cap. XX) no aparece concedida al magistrado municipal la facultad de dictar la *missio ex primo decreto*; sobre las distintas opiniones, vid. SIMSHAUSER, *Iuridici*, págs. 209 y sig., y ns. 79 y 80.

ii) *Acción ficticia en caso de daño*. Si el demandado no cumple el decreto de *cautio* dado por el magistrado municipal y en el entre tanto se causa el daño (cap. XX: ... *sei quid interim damni datum factumve ex ea re aut ob eam rem eove nomine erit*¹⁴), entonces éste da a favor del demandante una acción ficticia, capítulo XX: ... *proinde atque sei de ea re quom ita postulatum esset, damnei infectei ex formula recte repromissum satisve datum esset*. En cierto modo esta acción venía a suplir la falta de *missio*¹⁵. Sin embargo, esta idea de que la acción ficticia municipal suple la falta de *missio* no puede aceptarse en el sentido de que venga a cumplir una función similar a la *missio*, pues ésta sirve para coaccionar a dar la caución, en tanto la acción ficticia sirve para obtener una indemnización del daño causado y no cubierto por la caución.

3. Régimen clásico desarrollado

Como vemos, la ley Rubria concedió especialmente a los magistrados municipales la posibilidad de ciertos decretos para tutelar el caso de *damnum infectum*, pero, en esta materia, no parece haber concedido otras facultades de las que suele decirse que son *magis imperii quam iurisdictionis*¹⁶. Sin embargo, vemos que en materia

14. Advierten la referencia al daño en el capítulo XX de la *lex Rubria*. BURCKHARD, pág. 393; BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 395; IGLESIAS, *Derecho Romano*, 6.^a ed. (Barcelona, 1972), pág. 304; SIMSHAUSER, *Iuridici*, páginas 205 y sig., y J. F. BRUNA, *Lex Rubria*, pág. 98.

15. Vid. ALIBRANDI, *Opere giuridiche e storiche*, I (Roma, 1896), página 176, y ns. 3-4; LENEL, *EP*³, § 175, pág. 373; ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, I, pág. 267; VOLTERRA, *Istituzioni*, pág. 245 y n. 1; G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, págs. 339 y sigs.; TORRENT, *La "iurdictio"*, página 149, y KASER, *RPR*, I², pág. 408 y n. 39.

16. Sobre las magistraturas municipales, en general, vid. PUGLIESE, *Il processo Civile Romano*, II. *Il processo formulare*, I (Milano, 1963), págs. 107 y sig., y n. 9; concretamente sobre las mencionadas en el capítulo XX de la *lex Rubria*, vid. J. F. BRUNA, *Lex Rubria*, págs. 267 y sigs. Al intentar una explicación unitaria de la *iurdictio* de los magistrados municipales, la principal dificultad con que se encuentran los autores (G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, págs. 118 y sigs.; TORRENT, *La "iurdictio"*, págs. 97 y sigs., y SIMSHAUSER, *Iuridici*, págs. 201 y sigs.) es la de los actos que aparecen como *magis imperii quam iurisdictionis*, de los cuales están excluidos los magistrados municipales (D.2,1,4: 50,1,26 pr. y

de *novi operis nuntiatio*, el capítulo XIX concedía a los magistrados la facultad de decretar el interdicto demolitorio¹⁷, lo que demuestra la posibilidad de una competencia de los magistrados municipales para decretar interdictos¹⁸. La jurisprudencia clásica desarrollada permite pensar que, por medio de la delegación del magistrado romano mejor que por una nueva concesión legal específica¹⁹, los magistrados municipales adquirieron también la facultad de algunos actos *magis imperii quam iurisdictionis* en materia de *damnum infectum*.

i) *Delegación de la "missio ex primo decreto"*. Según la reglamentación edictal, esta primera *missio* fue delegada a los magistrados municipales como resulta de D.39,2,1: "Cum res damni infecti

1). Los comentarios jurisprudenciales a la *iurisdictionis* de los magistrados municipales están situados en los libros 1, *ad ed.*; por otra parte, LENEL, *Paling.*, II, col. 422, coloca el primer texto en la rúbrica *De damni infecti cautione* (E. 3), dentro del título general *Ad legem municipalem*; igual cosa sucede con el § 1 del frag. 26, *Paling.*, I, col. 967. Dichos actos abarcan una serie de medidas pretorias, como pueden ser las *stipulationes praetoriae*, las *missiones in possessionem* (D.2,1,4), la *restitutio in integrum* (D.50,1,26,1) y, aunque no se diga en ningún sitio, quizá los interdictos. El tema se hace más arduo cuando respecto a la jurisdicción (D.2,1) y la delegación de la misma (D.1,21), encontramos textos jurisprudenciales que señalan que la jurisdicción delegada sin un cierto *imperium* es ineficaz (D.2,1,2, y 1,21.1.1, *in fine*).

17. Cap. XIX: *iussum iudicatumve erit, id ratum ne esto; quodque quisque quomque de ea re decernet interdicitue sive sponsionem fieri iudicareve iubebit iudiciumve quod de ea redabit, is in id decretum sponsionem iudicium exceptionem addito addere iubeto: "Qua de re operis novi nuntiationem II vir III vir praefectusve eius municipi non remeisserit."*

18. Vid. MARIO LAURIA, *Iurisdictionis*, en *Studi Bonfante*, II (Milano, 1930), págs. 525 y sigs.; BERGER, *RE*, 9, s. v. *interdictum*, col. 1610; JOBBE-DUVAL, *Les "decreta" des magistrats pourvus de la "iurisdiction contentiosa inter privatos"*, en *Studi Bonfante*, III, págs. 170 y sigs.; STEINWENTER, *RE*, 10, s. v. *iurisdictionis*, col. 1155; DE MARTINO, *La Giurisdizione*, págs. 232 y sigs.; BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano* (Padova, 1938), pág. 21, n. 2; GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (Milano, 1955), págs. 126 y sigs.; BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*⁴, I (Milano, 1958), pág. 501; G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, pág. 135; TORRENT, *La "iurisdictionis"*, pág. 147; SIMSHAUSER, *Iuridici*, págs. 222 y sigs.

19. No sabemos qué alcance tuvo la *lex Iulia iudiciorum privatorum* al respecto.

celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit" (Ulp., 1, *ad ed.*)²⁰, y D.39,2,4,3: "Duas ergo res magistratibus municipalibus praetor vel praeses iniunxit, cautionem et possessionem, cetera suae iurisdictioni reservavit" (Ulp., 1, *ad ed.*)²¹.

ii) *Delegación del interdicto ne vis fiat ei*. Ya hemos visto la posibilidad de una competencia del magistrado municipal para decretar interdictos, y creemos que la delegación de la "*missio*" en materia de *damnum infectum* obliga a pensar en la delegación igualmente del decreto con el que aquella *missio* resulta eficaz. El apoyo textual lo encontramos en D.39,2,4,2: "An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur? non puto, sed [in factum actione] <interdicto ne vis fiat ei, qui d.i.i.p.m.f.> tenevitur: nam et si a praetore missus non admittatur, [eadem actione] <eodem interdicto> utendum est" (Ulp., 1, *ad ed.*)²².

Esta progresiva y constante evolución de aplicación del régimen del daño temido a los *municipia*, al menos en lo que se refiere a la Galia Cisalpina, nos hace pensar que aquél terminó por desplazar completamente al especial de la *lex Rubria* incluso en lo que se refiere al daño causado durante el trámite de las *missiones in possessionem*, es decir, que también el magistrado municipal daría contra el legitimado pasivamente la *actio in factum* si se causaba el daño durante dicho trámite en lugar de la acción ficticia propia de la *lex Rubria*. También aquí nos colocamos en disconformidad con

20. LENEL, *Paling.*, II, col. 422, coloca este texto en la rúbrica *De damni infecti cautione* (E. 3), en el título general *Ad legem municipalem*; BESELER, *Beitrage*, IV, pág. 319, da por interpolado el texto, a nuestro modo de ver sin razón. Cfr. *Ind. Interp. s. l.* Por su parte, DE MARTINO, *La Giurisdizione*, págs. 209 y sig., si bien acepta el principio de la delegación, considera una glosa la frase [*si ex hoc causa sibi iurisdictionem reservaret*], en contra, PALERMO, *Il procedimento*, pág. 58 y sig.

21. Igual que el anterior, *Paling.*, II, col. 422. Podría estar interpolada la expresión *vel praeses*, como cree BESELER, *Beitrage*, III, pág. 75; considera además que el § 4 sería una glosa al § 3.

22. Vid. supra cap. IV, con la romanística crítica asimila esta *actio in factum* de que habla el texto a una acción ficticia y no al interdicto, pero aquella presupone un daño ya producido, del que no habla el texto, que se refiere exclusivamente a una *non admissio*.

la doctrina tradicional de la romanística crítica que ve una recepción de la acción ficticia municipal en el edicto del pretor urbano (vid. cap. IV).

Más aún: podemos preguntarnos si en la época de Macer (siglo III d. J.), también el segundo decreto de *missio* fue delegado a los magistrados municipales. Así lo hace pensar D.1,21,4,1, siempre que el término *iubere possidere* haya sido técnicamente empleado por este jurista: “Ut possessio bonorum detur, vel si cui damni infecti non caveatur, ut is possidere iubeatur, aut ventris nomine in possessionem mulier, vel is cui legatum est legatorum servandorum causa in possessionem mittatur, mandari potest” (Mac., 1, *de off. praes.*)²³.

VII. LA ACCION SUBSIDIARIA CONTRA EL MAGISTRADO MUNICIPAL

1. La “cautio damni infecti” en los “agri vectigales”

También hemos extraído del análisis al comentario ulpiniano los §§ 26, 27 y 28 del fragmento 15 (vid. supra cap. I), porque ofrecen una problemática que merece tratamiento aparte. Los dos primeros párrafos plantean el problema de la usucapibilidad o no del *ager vectigalis*, problema éste que ha sido debatido intensamente por la romanística; haremos referencia al mismo en la medida en que es necesario para explicar el § 28, ya que nuestro interés actual va dirigido a dilucidar la complejidad de la acción subsidiaria a que allí, en nuestra opinión, se alude (*utlitter (?) actionem daturus sit*).

Mientras el § 26 niega la usucapción de las *vectigales aedes*¹ por

23. En este sentido, vid. DE MARTINO, *La Giurisdizione*, pág. 212 y sig. Por lo demás, las críticas hechas a este texto no afectan nuestra actual consideración del mismo.

1. Sobre el significado del término, vid. ahora d'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales “in factum”*, en *Iura*, 20 (1969), pág. 75 y n. 85. Con base en D.50,10,5,1 (Ulpiano, *sing. de off. cur. rei pub.*) cabe pensar, sin embargo, en la posibilidad de edificios ya construidos, a los cuales, cuando el gobernador (*praesides*) descubre que el edificio era público y estaba ocupado por un particular, se les impone un vectigal, en vez de expulsar de él a dicho particular. No se trataría, efectivamente, de un derecho de super-

el segundo decreto, pero atribuye al solicitante el derecho que tenía el que dejó de dar la caución (*eodem iure esset, quo foret is qui non caverat*), es decir, la acción propia del vectigalista, el § 27 hace posible la usucapión (*ex secundo decreto*) sin perjuicio para el vectigalista, si la caución ha sido solicitada de los *municipes* y éstos la niegan²; en una palabra, el § 26 señala las consecuencias del segundo decreto contra el concesionario de un fundo *vectigalis* y el § 27 contra los *municipes*, es decir, los propietarios. Esta ha sido la interpretación dominante ya desde la Pandectística³; interpretación que ha sido criticada por Solazzi⁴ en cuanto, según el autor, es ilógico el que la consecuencia del segundo decreto contra los *municipes* (§ 27) sólo sea vista respecto a los municipios y no también respecto a Roma. Pero quizá en época clásica sólo se daba el *ager vectigalis* en los municipios⁵, y, en todo caso, Ulpiano, en el § 27, podría hacer referencia sólo a los municipios a los que también se va a referir en el § 28. También añade agudamente Solazzi que, en vista de los resultados distintos del segundo decreto cuando se demanda la *cautio* del vectigalista y del propietario (*municipes*), indudablemente en la práctica nunca se demandaría al concesionario del *ager vectigalis*, pues resultaba más ventajoso demandarla de los *municipes*, ya que, en caso de negativa, la *missio* habilitaba para la usucapión. Por último, añade reparos de tipo formal, como los de que, si la antitesis entre los dos párrafos dependiese de la persona del concesionario (vectigalista) y del concedente (*municipes*), el § 26 no usaría el neutral *caveatur* y se pregunta por qué el § 26 trae el presente *caveatur* y el § 27 el perfecto *caverint*.

ficie, ya que éste es derecho a construir y aquí se trata de un edificio ya construido.

2. Es evidente que las expresiones *dominium capere* (§ 26) y *dominium per longum tempus adquiri* (§ 27), que reflejan la reforma de Justiniano en tema de usucapión están interpoladas. Para PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*², I (Roma, 1928), pág. 800, n. 1, estarían también interpoladas las palabras *post quod-uti poterit* del § 28, quizá por sospechar de la acción real del vectigalista.

3. Vid. BURCKHARD, pág. 291.

4. SOLAZZI, *Alla ricerca dei "fundi stipendiarii vel tributarii"*, en *Scritti*, IV (Napoli, 1963), págs. 382 y sigs. Sigue al autor en su crítica LUCIO BOVE, *Ricerca sugli "Agri vectigales"* (Napoli, 1960), págs. 29 y sigs.

5. Vid. LANFRANCHI, cit. por SOLAZZI, pág. 382, n. 9.

Respecto a la primera dificultad, hay que tener en cuenta que la caución debe ser decretada siempre por el magistrado municipal, y es natural que éste la decretara, siempre que fuera posible, contra el vectigalista y no contra los *municipes*; contra éstos sólo procedería cuando no fuera hallable el vectigalista. Pero, además, la usucapición de la propiedad no podía excluir el derecho real del vectigalista, con lo que el resultado era insuficiente para el *missus*: era mejor solicitarla del vectigalista, titular del dominio útil. Sobre la persistencia del derecho real de hipoteca a pesar de la usucapición del *missus*, vid. D.39,2,44,1; cfr. también D.39,2,19 pr. Por otro lado, el hecho de que se solicite la caución normalmente del vectigalista explica el uso de la forma impersonal y presente (*caveatur*), frente a la hipótesis excepcional de que, a falta de vectigalista, se haya solicitado la caución del propietario, es decir, los *municipes*, para la que Ulpiano usa el subjuntivo *caverint*.

Parece, pues, explicable que Ulpiano distinga los dos supuestos, normal y excepcional, de negativa de excepción, y que conceda al *missus* precisamente el derecho de la persona que ha negado la caución decretada: el derecho real del vectigalista o el derecho de propiedad de los *municipes*.

Esta posibilidad de usucapición que presenta el § 27 del fragmento 15 no está en contradicción con la afirmación general de que los *agri vectigales* no pueden ser usucapidos⁶, pues esta afirmación se refiere a la usucapición ordinaria, del poseedor de buena fe, en tanto la usucapición *ex secundo decreto* tiene un carácter del todo especial. Baste observar que, como ya hemos visto (cap. II), no se funda en uno de los títulos habituales de la usucapición, ni exige la buena fe, sino que es un efecto de un decreto pretorio cuyo fin es la expropiación que castiga al que niega la *cautio damni infecti*. Es evidente que un poseedor de buena fe, por ejemplo, por compra o por herencia, de un *ager vectigalis* no podía llegar a privar al municipio de su propiedad, sino tan sólo al vectigalista desposeído, y de allí la afirmación general de que esos *agri vectigales* no pueden ser usucapidos; pero esto no impide que cuando los *municipes* negaban la caución decretada por el pretor, aquéllos acaben por quedar expropiados.

6. Vid., p. ej., D.6,2,12,2; D.41,3,9 y Gai., II, 46.

2. Exégesis de D.39,2,15,28

Según este texto (vid. supra cap. I), una vez producido el daño sin haberse dado la caución ordinaria, no es posible ya la *missio supletoria* de aquella caución: *missio quidem cessabit*. Debe entonces procurarse un medio de resarcimiento a favor del que ha sufrido aquel daño; se entiende, siempre que no haya habido retraso negligente por su parte. Ulpiano habla, a este propósito, de una alternativa entre *cautio de damno praeterito* y *actio utilis*.

Llaman la atención especialmente las palabras *utiliter actionem daturus sit*, que por sí mismas no aclaran la naturaleza de la acción, fuese ésta clásica o justiniana.

Sobre el término *utiliter* acompañado de verbos de acción procesal, tales como *agere, experiri, petere, intendere, competere, replicare, conveniri, actionem movere*⁷, se plantea la cuestión de si con ellos se alude al ejercicio de una *actio utilis* o si, por el contrario, al ejercicio de una acción cualquiera con eficacia práctica, con éxito procesal. Tal planteamiento lo resuelve Daube⁸, después de un detenido análisis de los textos, en el sentido de declararse por el segundo significado no técnico, es decir, el de poder ejercitar la acción con eficacia, con provecho, y no en el de que *utiliter* signifique “por vía de una extensión útil”⁹. Pero es precisamente con el

7. Así tenemos, p. ej., para *utiliter agere*, D.2,8,4; 8,4,17; 11,7,43; 14,1,7 pr.; 17,1,54 pr.; 17,1,61; 18,1,41 pr.; 18,7,6,1; 18,7,7; 19,1,30,1; 19,2,24,4; 21,2,39,1; 46,3,62; *utiliter experiri*, D.16,3,1,30; 16,3,23; 24,1,55; *utiliter petere*, D.21,2,29,1; 34,4,10,1; *utiliter intendere*, D.8,4,17; 24,3,22,9; *utiliter competere*, D.8,6,25; *utiliter replicare*, D.2,14,35; *utiliter ad petitionem admittere*, D.2,14,55; *utiliter conveniri*, CI.8,40,17; *utiliter actionem movere*, CI.4,39,9; *utiliter interdici*, D.43,24,7,1.

8. DAUBE, *Utiliter agere*, en *Iura*, 11 (1960), págs. 69 y sigs.

9. Vid. RENATO QUADRATO, *Ancora su “Utiliter Agere”*, en *Labeo*, 10 (1964), págs. 356, n. 1, en donde muy acertadamente observa como en el mismo sentido de DAUBE se orientan el VIR, s. v. *Utiliter*, col. 1596, págs. 18 y sigs. y HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, s. v. *Utilis — Utiliter*, página 608, ya que traen juntos, y sin ninguna distinción, los pasajes en los cuales el adverbio *utiliter* se encuentra en conexión con *agere, experiri*, etc., y los pasajes en los cuales se encuentra en conexión con *stipulari, obligari, testari*, etc. Sin embargo, BERGER, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, 1953), pág. 756, s. v. *Utiliter*, admite dos posibles empleos de *utiliter*: como medio procesal, como, p. ej., en *agere*, o en otro

infinitivo *dare* que Daube se muestra más receloso en adoptar su tesis como definitiva¹⁰. Cree Daube que la expresión *utiliter dare*, que no vuelve a aparecer en las fuentes¹¹ puede interpretarse mejor en el sentido de darse una acción eficazmente que en el de darse una acción útil; sin embargo, su afirmación aparece como muy dubitativa.

En nuestra opinión, el hecho de que la expresión *utiliter dare* no vuelva a darse es muy explicable si observamos que la “utilidad” de la acción, sea cual sea el sentido técnico que demos al término, no puede menos de referirse al sujeto explícito del verbo *agere* (o similar) o, al menos, al sujeto implícito del mismo en las expresiones con un verbo que no introduce un nuevo sujeto, pero el verbo *dare* introduce un nuevo sujeto, precisamente el pretor, al que no puede referirse en modo alguno la “utilidad” de la acción. Por tanto, nos decidimos por corregir el texto en *util < em > actionem daturus sit*. Se trata, en efecto, de una *actio utilis*¹² propiamente dicha, pero debemos plantearnos ahora la cuestión de a qué acción útil puede referirse Ulpiano.

3. Soluciones posibles para la “actio utilis”

Pueden darse las siguientes posibilidades:

i) Que se refiera al interdicto *de ruderibus tollendis*; pero hay que observar que en nuestro texto, Ulpiano demanda por la indemnización del daño (*an sarciri possit*), despreocupándose de la retirada de los escombros (*tollere rudera*), objeto del interdicto. Además, los compiladores respetaron la mención de este interdicto en fragmento 7, § 2.

ii) También podría referirse a la acción ficticia municipal (ca-

distinto, como en *testari*, y afirma respecto al primero la posibilidad de un uso atécnico (*experiri, intendere*) o técnico.

10. DAUBE, *Utiliter agere*, págs. 140 y sig.

11. BERGER, en *RE*, 9₂, s. v. *Interdictum*, col. 1624, quiso corregir la expresión *actio utiliter competit* de D.8,6,25, en *actio utiliter < datur >*, y KRELLER, en *Festschrift Koschaker*, II (Weimar, 1939), pág. 218, la expresión *similiter erit danda actio* de D.3,5,11,1, en *< utiliter > erit danda actio*: ambas conjeturas deben ser rechazadas; cfr. DAUBE, *op. cit.*, pág. 141.

12. En este sentido, VALIÑO, *Acciones utiles* (Pamplona, 1947), págs. 413, n. 6.

pítulo VI) que procede cuando no se da la caución y se produce el daño, puesto que los magistrados municipales no pueden decretar la *missio in possessionem* sin previa delegación para ello por el pretor de Roma y sólo la *missio ex primo decreto*; régimen contemplado en la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, capítulo XX, que ya hemos analizado (cap. VI). Pero las dos hipótesis no coinciden, ya que en la del § 28 no se ha ordenado la *cautio* por el pretor (*de danda stipulatione deliberat*), mientras que en la de la *lex Rubria*, aquella fue decretada y no obedecida por el demandado.

iii) Podría pensarse en una *actio utilis* distinta, *sui generis*, pero entonces no se vería la función de la *cautio de praeterito*, la cual sirve precisamente para hacer surgir una acción de indemnización.

iv) Más improbable aún consideramos que se refiera a la hipótesis de D.43,4,4,3, en la cual el propietario que ha sufrido el daño no había encontrado al pretor para que decretara la *missio in possessionem* contra la negativa de dar la caución ya previamente decretada por él mismo¹³. Pero ambos supuestos son distintos porque en el del § 28 no se había decretado la caución, en tanto en el del § 3 de D.43,4,4, sí se había decretado ya.

v) Una última posibilidad sería la de que dicha *actio utilis* no fuera más que la acción subsidiaria contra el magistrado municipal que tuvo un proceder negligente para decretar la *cautio*: D.39,2,4,7. Esta última posibilidad es para nosotros la más convincente, como pasamos a exponer a continuación.

4. Opiniones

Algunos autores ven esta *actio utilis* en alternativa con una *cautio de damno praeterito* similar a la alternativa de la *actio in factum* con la *cautio damni infecti*; es decir, como una acción que se puede dirigir contra el que no ha dado la *cautio de damno praeterito*¹⁴. Según Bonfante¹⁵, no se trataba exactamente de esta suplencia, sino del supuesto de que el magistrado se haya retrasado él en decretar la *cautio de damno praeterito*, pero la acción útil, que parece entender como ficticia, sería una creación justiniana; en efecto, Bon-

13. Sobre esta acción, vid. cap. IV.

14. En este sentido, HUSCHKE cit por BURCKHARD, págs. 455 y sig.

15. BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 422 y n. 2.

fante sigue a Lenel ¹⁶ al eliminar como espurio el final *aut-fin*. Con esta eliminación, naturalmente, queda sin explicar qué recurso hay, en época clásica, para el caso de que el propietario de la finca ruinososa se niegue a dar la *cautio de praeterito*. Ante esta dificultad, piensa Branca ¹⁷ que la referencia a la *cautio de damno praeterito* es la que ha sido interpolada en nuestro texto; en efecto, según él, el único medio coactivo para exigir tal caución sería el *ius retentionis* de los escombros caídos, pero, como aquí no se habla de escombros, no sería posible el *ius retentionis* ni, por tanto, la caución, no pudiendo pensarse tampoco en una *missio*, pues Ulpiano ya había excluido expresamente toda posible *missio (missio cessabit)* ¹⁸. Sólo podría darse la acción ficticia a la que alude el texto en su parte final (la cual también se resiente, según Branca, de la mano interpoladora): esta acción ficticia sería la acción que el pretor solía dar en caso de daño producido cuando el propietario de la finca ruinososa se oponía a la entrada del *missus* en la finca, y tendría, en consecuencia, el mismo efecto que aquella, a saber: la indemnización del daño “como si el demandado hubiese dado caución por él” ¹⁹. Por último, M. F. Lepri ²⁰ va mucho más lejos que Branca, pues considera que a Ulpiano sólo se le pueden atribuir las palabras iniciales del texto, incluso con una corrección: *Eleganter quaeritur, si, dum praetor de danda stipulatione deliberat, damnum, contigerit [an sarciri possit] <an sit aliqua actio>*. El resto del texto no sería más que una construcción bizantina. Para la autora, el hecho de que el daño se produzca cuando la *cautio* sólo había sido solicitada no es fundamento suficiente para lograr la indemnización de aquel daño, como tampoco lo es cuando el daño se produce sin haberse solicitado siquiera dicha garantía, caso contemplado en el fragmento 7,

16. LENEL, *Palng.*, II, col. 751, n. 2. Cfr. *Ind. Interp. s. l.*

17. BRANCA, pág. 245 y sigs.

18. BRANCA, pág. 246; vid. supra, cap. III.

19. DAUBE, *Utiliter agere*, pág. 141, piensa que, de tratarse en este texto de una *actio utilis*, lo que cree menos probable (cit. supra), la acción sería, por extensión, precisamente la que se da “when *cautio* and *missio* are resisted” (pág. 140): en realidad, sólo cuando se resiste la *missio*, pues es sabido que el recurso contra la negativa de dar *cautio* es justamente la *missio*.

20. M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem* (Firenze, Carlo Cya, 1939), págs. 108 y sigs.

§ 2. Más aún, la hipótesis del § 28 es similar, según ella, a la del fragmento 44 pr., y en ésta no se protege al perjudicado (*nihil novi praetor constituere debeat...*) que dejó de estipular la *cautio* oportunamente. Por tanto, no es posible que Ulpiano hubiese preguntado *an sarciri possit*, sino que, como en el fragmento 7, § 2, la interrogación debía ser *an sit aliqua actio*.

5. Crítica de las opiniones anteriores y nuestra posición

La crítica de M. F. Lepri nos parece aquí tan exagerada como respecto al fragmento 7, § 2, y fragmento 9 pr.; su idea de una obligación legal de indemnización atribuible a los bizantinos²¹ le ha obligado a eliminar toda referencia lejanamente relacionada con tal idea, y, en este caso, la mención de una *actio utilis* que, para la autora, no podía ser otra cosa sino la acción bizantina para exigir la supuesta indemnización legal.

Por otro lado, no debe exagerarse la exclusión de la *missio*, como hace Branca: es claro que la expresión *missio cessabit* significa que, al no haberse decretado la *cautio damni infecti* y por ello no haber negativa a darla por parte del propietario de la finca ruinoso, tampoco proceda la *missio* que ordinariamente sanciona el deber de dar caución, pues al haberse producido ya el daño, esta caución resultaba fuera de ocasión; no excluye, en cambio, la *missio* que reforzaba el decreto de una caución *de damno praeterito*. Así, pues, el pretor podía exigir, en este caso, la caución de daño futuro y también (*quoque*) de daño pretérito, siempre con el recurso supletorio de la *missio*. Siendo esto así, no hay que pensar en una extensión como útil de la *actio* (en realidad *in factum*), que no era ya necesaria, sino que la *actio utilis* debe entenderse en otro sentido.

Ante todo, parece evidente, según el tenor actual del texto, que el pretor puede elegir entre el recurso de la caución y el de la acción, sin que esta alternativa venga determinada por ningún comportamiento especial del propietario de la finca ruinoso.

Precisamente para aclarar el sentido de esta acción útil creemos necesario subrayar la relación entre este § 28 y los dos anteriores, que tratan precisamente de fincas municipales en régimen de arren-

21. Vid. supra cap. III.

damiento vectigalicio. También en este § 28 se plantea, en nuestra opinión, un supuesto municipal, pero que da lugar a una intervención ante el pretor de Roma. Como sabemos por el mismo Ulpiano (frag. 4), cuando los magistrados municipales no cumplían debidamente su deber en relación al decreto de la *cautio damni infecti*, los interesados podían recurrir ante el pretor, pero también podían acudir directamente a él, y aun debían hacerlo así cuando el municipio no estaba muy alejado de Roma (frag. 4, § 9): “Si tam vicinum urbi municipium sit, ut magistratu se non interponente potuerit praetor vel praeses adiri, potest dici cessare hanc actionem adversus magistratus, quasi nihil intersit, cum in tua potestate fuerit a praetore vel praeside desiderare in possessionem mitti” (Ulpiano, 1, *ad ed.*).

Así, pues, esta posibilidad de una acción útil se referiría precisamente al caso de que el interesado no hubiera conseguido del magistrado municipal un decreto de caución conveniente, y hubiera por ello recurrido al pretor, y la *actio utilis* que podría dar no sería otra que la dada por el mismo Ulpiano contra los magistrados municipales que han dejado por negligencia de decretar la caución (frag. 4, § 7): “In eum, qui quid eorum quae supra scripta sunt non curaverit, quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur: quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam” (Ulpiano, 1, *ad ed.*); y cuya condena asciende al total del daño causado al demandante, como acción reipersecutoria que propiamente era (frag. 4, § 10): “Haec autem actio cum rei habeat persecutionem, et heredi et in heredem et perpetuo dabitur” (Ulpiano, 1, *ad ed.*)

Esta acción subsidiaria es similar a la que se da contra los magistrados que no han exigido de los tutores la *cautio rem pupillae salvam fore*; podemos pensar que esta acción sea ficticia como aquella, pues aparece como *utilis*²². La ficción consistiría en suponer que

22. Sobre el carácter ficticio de las acciones útiles, vid. VALIÑO, *Actiones utiles*, págs. 17 y sigs.; KARLOWA, *RRG*, II, págs. 1243 y sig., cree que es reipersecutoria y no penal; BURCKHARD, pág. 360, seguido por BONFANTE, *Corso*, II, 1, pág. 413 y n. 2, la denomina *actio perpetua* quizá por el § 10 del frag. 4: *et perpetuo dabitur*. Por su parte, BRANCA, pág. 232, ns. 1-2, cree que es una *actio in factum* en la cual no se fingiría la prestación de la *cautio*, ya que el demandado (magistrado municipal en este caso) es un

el mismo magistrado municipal había dado la promesa de indemnizar el daño ²³.

CONCLUSIONES

Nuestra investigación nos ha llevado a revisar en muchos puntos la doctrina pertinente y a tomar posiciones nuevas al respecto, pero, en esta sede de las conclusiones finales, queremos destacar exclusivamente aquellos resultados nuevos que nos parecen más relevantes.

I. El primero es de orden metódico y se refiere a la conveniencia, en este tipo de investigaciones sobre determinadas cláusulas edictales, de tomar como base el comentario jurisprudencial más amplio, que será casi siempre el de Ulpiano. Esto permite percibir con mayor claridad el orden de materias comentadas, y suplir, como ha ocurrido en nuestro caso, las posibles omisiones del texto edictal citado en cabeza del comentario. Así, como ya había observado Lenel, en la cláusula edictal del daño temido (D.39,2,7 pr.) habrían caído dos cláusulas: la relativa al *opus quod in via publica fit* y otra que haría referencia al caso especial de D.43, 4,4,3, en el cual se aplica la acción *in factum*. Por nuestra parte, observamos que debe haberse suprimido también una parte del texto edictal inmediatamente antes de la cláusula sobre la *missio in possessionem (in eum ... iubebo)*, pues este recurso, como vimos, es inaplicable en los supuestos de obras en lugares públicos. Quizá los compiladores suprimieron en esta sede la referencia a la *novi operis nuntiatio* por la razón de que a esta se dedicaba ya el título anterior del Digesto (D.39,1). Por un arrastre involuntario de esa mención de la *novi*

tercero no obligado a la *cautio*; por lo demás, la acción no operaría *post ruinam*. Por otro lado, SIMSHAUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien* (Munich, 1973), pág. 208 y n. 73, y pág. 68, n. 110, reconoce la acción, pero no se pronuncia sobre su naturaleza jurídica.

23. RUDORFF (*EP*, § 3) había conjeturado una fórmula *in factum*, pero inadmisibles, como ya demostró LENEL, en *SZ*, 2 (1881), págs. 24 y sig., y *EP*³, § 3, pág. 53. Este considera inútil todo intento de reconstrucción de la fórmula, pero observa (pág. 25, n. 33) que en ella debía de constar el hecho de haberse producido ya el daño.

operis nuntiatio también habría caído la cláusula relativa a las obras hechas en la *via publica* que la seguía. Es necesario suponer que el comienzo de la cláusula relativa a la *missio in possessionem* ha sido alterado, pues ésta debe referirse no a lo inmediatamente anterior, como resulta del texto actual, sino a otra u otras cláusulas en las que se hablaría de los supuestos de *vitium aedium* o *loci*, pues sólo a estos puede referirse la *missio in possessionem*. Igualmente conjeturamos la supresión compilatoria de la mención del *damnum* a propósito de la *actio in factum* a favor del *missus non admissus*: esto por la exigencia intrínseca de que la condena de esta acción equivaliera a la de la *actio ex stipulatu*, que sí presuponía un *damnum* ya causado.

II. La *derelictio* de que hablan algunos textos como presupuesto del segundo decreto no es una verdadera *derelictio* que dé lugar a una usucapión *pro derelicto*, sino tan sólo un indicio que justifica la decisión del pretor para expedir el “segundo decreto”, el cual opera como justa causa de la usucapión del *missus*.

III. La existencia (frente a la crítica de Branca) de un régimen de *cautio de damno praeterito* para asegurar la indemnización del *damnum* que se ha producido antes de la entrada en posesión “*ex secundo decreto*”, así como la del interdicto “*de ruderibus tollendis*”, como lo llamó la Glosa, para que se retiren los escombros.

IV. La identificación de una *actio in factum* para el caso de *non admissio* dolosa seguida del hecho de un *damnum*, completamente distinta del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, el cual procede contra cualquiera que impida violentamente la *missio in possessionem ex primo* o, alternativamente excluyente con el interdicto *unde vi* o la *actio Publiciana, ex secundo decreto*. La romanística crítica, atraída por la acción ficticia de la ley Rubria, confunde esa acción *in factum* con una acción ficticia, tomando simplemente como base la equiparación de la cuantía de la sentencia a la de la *actio ex stipulatu*. Dicha confusión se superpone, a su vez, a la confusión justiniana de la *actio in factum* con el interdicto *ne vis fiat ei*, recurso este último que creemos haber logrado identificar en aquellos textos que lo ocultan bajo la denominación de *actio in factum* (D.39,2,4,2; *eod.*, 18,13 y 15).

V. La *novi operis nuntiatio damni depellendi causa* adquiere su sentido pleno en relación con la *cautio damni infecti*, en cuanto

es aquél el recurso que procede cuando se trata de un *vitium operis*, y no la *missio in possessionem*. Pero no por ello es la *novi operis nuntiatio* el recurso supletorio, sino el correspondiente interdicto demolitorio que procede para que el demandado quite a su costa lo hecho contraviniendo la denuncia no remitida y antes de haber dado la caución. También aceptamos la existencia de *remissio*, negada por algunos autores, en este tipo de denuncia, si bien de diferente naturaleza a la *remissio* de los otros dos tipos de *nuntiationes*, con las cuales también es posible conseguir la *cautio damni infecti*, a pesar de que aquéllas se dirigían a lograr la *cautio ex operis novi nuntiatione* o *de opere restituendo*, como preferimos llamarla, según sostenía la tesis tradicional, que nosotros compartimos pese a la crítica de Branca; crítica en la cual no se distingue suficientemente el daño material del daño jurídico, siendo esta distinción la que justifica precisamente la compatibilidad de las dos cauciones. De lo anterior se deriva otra consecuencia: la *cautio de opere restituendo* no abarca la indemnización del *damnum*, ya que aquélla tiene una condición: que la sentencia de la *vindicatio servitutis* o del interdicto correspondiente sea favorable al demandante, mientras que la condición de la *cautio damni infecti* es simplemente que ocurra el daño: entonces, el demandante, para no correr el albur derivado de una posible sentencia desfavorable, debe prevenir el daño mediante una *cautio damni infecti* y no por la *de opere restituendo*. Por último, y esto demuestra la clasicidad de la clasificación Ulpiana de las *stipulationes praetoriae* (D.46,5 1 pr. 1-3) la *cautio damni infecti* y la *cautio de opere restituendo*, si bien pueden ser las dos resultado de la *novi operis nuntiatio*, presentan siempre esta diferencia principal: mientras la *cautio de opere restituendo* es una caución “judicial”, pues sirve para asegurar el cumplimiento de la condena que produzca la acción real o el interdicto ejercitados por el demandante, la *cautio damni infecti*, aunque se integra en el trámite de la denuncia cuando se trata de *vitium operis* no es judicial, sino “caucional”, pues sólo sirve para garantizar la indemnización de los eventuales daños materiales, dependiendo entonces no de un derecho del demandante, sino del hecho mismo del daño causado.

VI. En tema de jurisdicción municipal y en relación con el daño temido, al contrario de nuestros predecesores que quieren ver

una asimilación de la acción ficticia de la *lex Rubria* por el pretor para aplicar dicho recurso en la *Urbs*, llegamos a conclusión contraria; la posible desaparición de la acción ficticia por la recepción de la acción *in factum* y del interdicto *ne vis fiat ei*, al ser delegada al magistrado municipal la *missio ex primo decreto*, y, posiblemente, en la última época clásica, el *secundum decretum*. Creemos que nuestra interpretación se ajusta más a la realidad jurídica Romana. En efecto, el pretor urbano, asesorado por los *prudentes* de la *Urbs*, no tenía por qué acudir a esquemas jurídicos creados para los municipios a través de *leges*.

VII. Relacionada con la conclusión anterior está esta última (quizá más discutible): según nuestra interpretación de D.39,2,15,28, previa corrección del texto por primera vez, que presenta la palabra *utiliter* en lugar de *utilem*, y refiriéndolo también a la jurisdicción municipal por cuanto los párrafos precedentes tratan de los *agri vectigales*, cuando el magistrado municipal ha dejado de ordenar la *cautio damni infecti*, el demandante recurre al pretor y ocurre el daño, el pretor puede decretar la *cautio de damno praeterito*, o bien, en caso de descuido de aquel magistrado municipal, puede dar a favor del demandante y contra el magistrado municipal una *actio utilis* similar a la acción subsidiaria que se da contra el magistrado que se ha descuidado en exigir la *cautio rem pupilli salvam fore*.

FERNANDO BETANCOURT