

LA DEFENSA PRETORIA DEL «MISSUS IN POSSESSIONEM»

SUMARIO I. Introducción.—II. Cuestiones previas. 1) Clasificación de las *missiones in possessionem: legatorum servandorum causa, ventris nomine, damni infecti nomine* y *rei servandae causa*. 2) Criterio procesal en la determinación de la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem* 3) *Missiones in possessionem custodiae causa* 4) La alternancia *causa* y *nomine* (ó *gratia*) en las *missiones in possessionem*—III El interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en el orden del Edicto Perpetuo—IV La *missio in possessionem damni infecti nomine* y su especial régimen procesal 1) Interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* 2) *Actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine* 3) Régimen de la acción. 4) Extensión de la *actio in factum* al caso de *missio in possessionem damni infecti nomine* fallida por ausencia del magistrado. 5) Confusión justiniana de la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine* con el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* 6) Confusión justiniana del interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* con la *actio in factum* de D. 43.4,1, pr para los otros tipos de *missiones in possessionem*—V Las otras *missiones in possessionem (rei servandae causa, legatorum servandorum causa, ventris nomine)* y su régimen procesal unitario. 1) La tutela pretoria de la *missio in possessionem* respecto a los créditos. 2) Tres pasajes dudosos 3) Objeción más grave a nuestra tesis 4) *Status quaestionis* y crítica del mismo. 5) *Actio in factum* por el impedimento doloso al *venire in possessionem* de la cosa mueble, es decir, contra el que impide dolosamente tomar posesión de los muebles o ha dejado dolosamente de poseerlos, en las *missiones in possessionem rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. 6) Régimen de la acción: i) naturaleza jurídica; ii) legitimación activa; iii) legitimación pasiva; iv) plazo para el ejercicio de la acción e intransmisibilidad pasiva, y v) *condemnatio* de la acción. 7) Riesgo procesal de esta *actio in factum* 8) Semejanzas y diferencias entre esta *actio in factum* y la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine* 9) El interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en las demás *missiones in possessionem*: i) interdicto *ne vis fiat*

ei qui (legatorum servandorum causa) in possessionem missus erit; ii) interdicto *ne vis fiat ei qui (ventris nomine) in possessionem missus erit*, y iii) interdicto *ne vis fiat ei qui (bona = rei servandae causa) in possessionem missus erit* —VI. Conclusiones

I. INTRODUCCION

La rúbrica del título 4 del libro 43 del Digesto nos presenta el anuncio de un interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Como es sabido, existen cuatro tipos principales de *missiones in possessionem*: i) la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*¹; ii) la *missio in possessionem ventris nomine*²; iii) la *missio in possessionem*

1. Salvo erro u omisión involuntarios, recogemos en este trabajo todos los pasajes del Digesto y de otras fuentes que tratan de las *missiones in possessionem*. Se habla en general de las *missiones in possessionem*, en D. 2,1,1; D. 2,1,4; D. 42,5,9 pr.; D. 42,5,9,8 y en Gai 4,177. Respecto a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* —téngase en cuenta que a su régimen se asimilan los fideicomisos—, tenemos los siguientes textos. D. 1,21,4,1; D. 2,8,8,4; D. 2,12,2; D. 3,3,35,3; D. 5,1,52,4; D. 6,1,9; D. 10,2,25,15; D. 10,3,7,8; D. 10,4,5,1; D. 27,9,3,1; D. 29,4,1,9; D. 35,1,77,3; D. 36,3,1,2; D. 36,3,4; D. 36,3,5,1; D. 36,3,5,4; D. 36,3,11; D. 36,3,12; D. 36,3,13; D. 36,4,1,1; D. 36,4,2; D. 36,4,5 pr.; D. 36,4,5,1; D. 36,4,5,2; D. 36,4,5,3; D. 36,4,5,4; D. 36,4,5,5; D. 36,4,5,8; D. 36,4,5,9; D. 36,4,5,10; D. 36,4,5,11; D. 36,4,5,12; D. 36,4,5,16; D. 36,4,5,22; D. 36,4,5,23; D. 36,4,5,26; D. 36,4,5,27; D. 36,4,5,28; D. 36,4,6 pr.; D. 36,4,6,1; D. 36,4,7; D. 36,4,8; D. 36,4,9; D. 36,4,10; D. 36,4,11 pr.; D. 36,4,12; D. 36,4,13; D. 36,4,14; D. 36,4,15; D. 39,2,15,20; D. 39,2,39,3; D. 41,2,3,23; D. 41,2,10,1; D. 41,4,12; D. 41,5,2 pr.; D. 42,4,11; D. 42,4,14,1; D. 42,5,27; D. 43,3,1,9; D. 43,4,1,2; D. 43,4,1,8; D. 43,4,3 pr.; D. 43,4,3,1; y D. 50,1,26,1. CJ. 6,54,3/4/5/6. PS. 4,1,15/17.

2. Para la *missio in possessionem ventris nomine*. D. 1,21,4,1; D. 2,12,2; D. 3,2,15; D. 3,2,16; D. 3,2,17; D. 3,2,18; D. 3,2,19; D. 5,2,6 pr.; D. 5,4,3; D. 6,1,9; D. 10,3,7,8; D. 12,2,3,3; D. 25,6,1 pr.; D. 25,6,1,2; D. 25,6,1,5; D. 25,6,1,6; D. 25,6,1,8; D. 28,5,23,3; D. 29,3,9; D. 36,4,7; D. 37,9,1 pr.; D. 37,9,1,1; D. 37,9,1,2; D. 37,9,1,3; D. 37,9,1,4; D. 37,9,1,5; D. 37,9,1,6; D. 37,9,1,7; D. 37,9,1,8; D. 37,9,1,9; D. 37,9,1,11; D. 37,9,1,12; D. 37,9,1,13; D. 37,9,1,14; D. 37,9,1,15; D. 37,9,1,17; D. 37,9,1,19; D. 37,9,1,27; D. 37,9,9,6; D. 37,9,7 pr.; D. 37,9,7,1; D. 37,9,7,2; D. 37,9,8; D. 37,9,9; D. 37,9,10; D. 37,10,5,3; D. 38,15,2,4; D. 38,17,2,11; D. 39,6,12; D. 40,4,13,3; D. 41,2,3,23; D. 42,4,7,10; D. 43,4,1,2; D. 43,4,3,2; D. 43,4,3,3, y D. 44,3,15,4.

*damni infecti nomine*³, y iv) la *missio in possessionem rei servandae causa*⁴. Ahora bien, según Lenel, en aquel título 4 del libro 43 de la compilación jurisprudencial se trataría correlativamente: i) del interdicto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*⁵; ii) del interdicto *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*⁶, y iii) del interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*⁷. Curiosamente, y en contra de lo que era de esperar, Lenel no verifica la existencia de un correlativo interdicto *ne vis fiat ei qui rei servandae causa in possessionem missus erit*.

Por otra parte, y según la lectura actual de aquel título interdictal, también se trata en él: i) de una *actio in factum* en concurrencia con dos de los interdictos anteriores⁸; ii) de la misma *actio in factum* precedente para el caso de *missio in possessionem rei servandae cau-*

3 Para la *missio in possessionem damni infecti nomine*: D. 1,21,4,1; D. 2,12,2; D. 3,3,35,3; D. 4,6,15,2; D. 6,1,9; D. 7,1,7,1; D. 10,3,4,4; D. 10,3,7,9; D. 11,1,20,2; D. 15,1,22; D. 15,1,23; D. 23,5,1 pr.; D. 27,9,3,1; D. 27,9,5,3; D. 36,4,5,1; D. 39,2,4,1; D. 39,2,4,2; D. 39,2,4,3; D. 39,2,4,4; D. 39,2,4,9; D. 39,2,5 pr.; D. 39,2,5,1; D. 39,2,7 pr.; D. 39,2,9,4; D. 39,2,9,5; D. 39,2,10; D. 39,2,12; D. 39,2,13,11; D. 39,2,15,11 a 36; D. 39,2,16; D. 39,2,17 pr.; D. 39,2,18,12; D. 39,2,18,13; D. 39,2,18,15; D. 39,2,21; D. 39,2,22 pr.; D. 39,2,23; D. 39,2,38,1; D. 39,2,39,3; D. 39,2,40,4; D. 39,2,44 pr.; D. 39,2,44,1; D. 41,2,3,23; D. 41,2,10,1; D. 41,2,30,2; D. 43,4,4 pr.; D. 43,4,4,1; D. 43,4,4,2; D. 43,4,4,3, y D. 43,4,4,4.

4. Para la *missio in possessionem rei servandae causa*: D. 2,12,2; D. 10,4,5,1; D. 15,1,50 pr.; D. 26,10,7,2; D. 29,4,1,9; D. 36,4,5,2; D. 36,4,5,4; D. 36,4,5,4; D. 36,4,11,1; D. 41,2,3,23; D. 41,2,10,1; D. 42,1,51,1; D. 42,4,1; D. 42,4,5 pr.; D. 42,4,7 pr.; D. 42,4,14,2; D. 43,4,1,1; D. 43,4,1,2; D. 43,17,3,8; D. 44,3,15,4 y D. 50,1,26,1; CJ 7,72,8. Sobre el término equivalente *missio in bona* y los textos edictales, jurisprudenciales y legales en los cuales aparece, vid. infra nn. 29,30 y 31.

5. LENEL, *Paling* II col. 803

6. LENEL, *Paling* II col. 803. Obsérvese el femenino «*missa*» conjeturado por Lenel, sobre el que hemos de volver más adelante.

7. LENEL, *Paling* II col. 819.

8. Así, para la *actio in factum* en concurrencia con el denominado por Lenel interdicto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*: D. 43,4,1,2 y D. 43,4,3 pr., y para la *actio in factum* concurrente con el denominado por Lenel interdicto *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*: D. 43,4,1,2 y D. 43,4,3,2

sa⁹, y iii) de una *actio in factum* que, por su colocación en este título interdictal, podría confundirse con la anterior, en concurrencia con el interdicto correspondiente a la *missio in possessionem damni infecti nomine*¹⁰

De forma evidente observamos una profunda desarmonía procesal en el juego de estos recursos pretorios pues, por un lado, sólo dos tipos de *missiones in possessionem* estarían defendidas por el correspondiente interdicto y la *actio in factum*: la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y la *missio in possessionem ventris nomine*; por otro lado, la *missio in possessionem rei servandae causa* aparece tutelada únicamente por aquella *actio in factum*, pero no por el que debería ser su correspondiente interdicto, y, en último término, la *missio in possessionem damni infecti nomine* se nos presenta defendida por el interdicto correspondiente y una *actio in factum* distinta de la de las otras *missiones in possessionem* anteriores. Pero hay más: cuando nos planteamos la finalidad procesal del interdicto y de la *actio in factum* en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, en que ambos recursos son concurrentes, nos encontramos con que cumplen la misma finalidad procesal: sancionar al que ha impedido el *venire in possessionem*¹¹ —se ha llegado a decir que, en el caso del interdicto, mediante la *vis* y, en el caso de la *actio in factum*, mediante el *dolus*¹²— del *missus in possessionem*.

9 D. 43,4,1,1/2.

10. D. 43,4,4,2/3. La naturaleza y función de esta *actio in factum* —y no ficticia, como sostenía la romanística crítica—, distinta a la de D. 43,4,1 pr., fue objeto de nuestro estudio pormenorizado en *Recursos supletorios de la 'cautio damni infecti' en el derecho romano clásico*, en *AHDE* 45 (1975) p. 7 ss.

11. El empleo de este giro que designa el acto propio del *missus in possessionem* aparece avalado sistemáticamente en las fuentes para nuestros cuatro tipos de *missiones in possessionem*. Así, para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*: D. 3,3,35,3; D. 29,4,1,9; D. 36,3,1,2; D. 36,4,5,2; D. 36,4,5,5, y D. 43,4,1,3 para la *missio in possessionem ventris nomine* D. 25,6,1,2, D. 25,6,1,5; D. 25,6,1,7; D. 43,4,1,3, y D. 43,4,3,3; para la *missio in possessionem damni infecti nomine*: D. 3,3,35,3; D. 39,2,15,32; D. 39,2,15,35; D. 39,2,44 pr., y D. 39,2,44,1, y para la *missio in possessionem rei servandae causa*: D. 29,4,1,9; D. 43,4,1,1 y D. 43,4,1,3.

12. Cfr. A. d'ORS, *DPR*³ p. 125. «El Pretor ofrece al *missus* un interdicto para que no se le impida violentamente tener la cosa en su poder (D. 43,4), y en

Entonces nos preguntamos ¿acaso únicamente en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* se dan *vis* y *dolus*, sancionados por el interdicto y la *actio in factum*, respectivamente, mientras que en la *missio in possessionem rei servandae causa* sólo se daría el *dolus*, sancionado por la *actio in factum*? Continuando en esta línea de pensamiento, cabe hacer más preguntas; primera: en aquellos dos tipos de *missiones in possessionem*, protegidas por interdicto y *actio in factum*, ¿en que consiste el impedimento «violento» al *venire in possessionem* (sancionado por el interdicto), y en qué consiste el impedimento «doloso» al *venire in possessionem* (sancionado por la *actio in factum*)?; segunda: ¿por qué esta diferencia de tratamiento respecto a las otras dos *missiones in possessionem: rei servandae causa* y *damni infecti nomine*?; tercera: ¿acaso en la *missio in possessionem rei servandae causa* no hay impedimento «violento» al *venire in possessionem*, puesto que no se trata en las fuentes de un correlativo interdicto *ne vis fiat ei qui rei servandae causa in possessionem missus erit*?; cuarta: ¿cómo es que en el comentario de Ulpiano al *edictum* de esta *actio in factum* (D. 43,4,1,2), concebida para la *missio in possessionem rei servandae causa*, se hace extensiva aquélla a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, mientras que se excluye la *missio in possessionem damni infecti nomine*?; quinta: ¿cómo opera la concurrencia alternativa o conjuntiva —ello está por ver— del interdicto con la *actio in factum*, en cada caso, en defensa del *missus in possessionem*? Se ha llegado a decir que la *actio in factum* desplazó al interdicto en la *missio in possessionem rei servandae causa*¹³, pero entonces ¿por qué no desplazó al interdicto en los otros dos tipos de *missiones in possessionem*, pues las fuentes nos presentan ambos recursos como actuales, y no, al pretendido recurso desplazado (interdicto), como un mero recuerdo histórico?; por último: ¿en qué se diferencia la *actio in factum* de la *missio*

algunos casos determinados le da también una acción *in factum* contra él que lo impide dolosamente (así, por lo menos, a los acreedores en concurso)»; pero vid infra n. 210.

13 Cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* (Roma-Madrid, 1974) p. 104 b. Este autor, entonces, presupone la aplicación del interdicto en las *missiones in possessionem rei servandae causa* sin estar expresamente atestiguado en las fuentes, pero vid. infra V 4 y nn. 207 y 208

in possessionem damni infecti nomine de la *actio in factum* de los otros tres tipos de *missiones in possessionem*?

Sabemos que la romanística crítica ha dado respuesta a casi todas estas preguntas; sin embargo, las fisuras que dichas respuestas han dejado, y las ambigüedades latentes en ellas, nos han llevado a un replanteamiento del tema, y éste viene a constituir como continuación de nuestro estudio sobre la *cautio damni infecti nomine* y sus recursos supletorios, pero ahora en su marco procesal específico, en relación con las otras *missiones in possessionem*, cosa que nos permitirá —manteniendo nuestras tesis de fondo de aquel otro estudio— un perfil más acabado del mismo en lo que se refiere al interdicto y a la *actio in factum* propia de la *missio in possessionem damni infecti nomine*. Por tanto, objetivo del presente trabajo será el intentar una respuesta a cada una de aquellas preguntas; respuesta que se traducirá —así esperamos— en una visión de conjunto que obedezca a la profunda lógica jurídica del Derecho romano clásico sobre la defensa pretoria del *missus in possessionem*.

Prolegómenos de esta investigación serán dos: primero, el tratar de esclarecer la ambigüedad terminológica con que ha venido trabajando la romanística respecto a los distintos tipos de *missiones in possessionem*, y principalmente en relación con la *missio in possessionem rei servandae causa*; e igualmente el análisis de los criterios procesales clásicos que se deben tener en cuenta a la hora de abordar el complejo tema de la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem*; criterios que, en nuestra opinión, no han sido debidamente analizados por la doctrina, quizá por no haberle concedido la misma la importancia que realmente tienen, y, en segundo término, el estudio exhaustivo de la estructura formal de nuestro título interdictal (D. 43,4)¹⁴, para fijar el orden que ocupa en el Edicto Perpetuo el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. En cambio, dejaremos para momento

14. La versión griega de este título interdictal que nos ofrece Bas. 51,5 es, prácticamente, una traducción literal de la compilación justiniana que no nos aporta ningún dato nuevo, excepto en Bas. 51,5,2/3 (cfr. infra n. 214). Por tanto, no consideramos necesario, en el transcurso de esta investigación, la transcripción paralela y sistemática de dicha fuente

posterior, por conveniencia metodológica, el análisis del orden que ocupa en el mismo Edicto Perpetuo la *actio in factum* irregularmente contenida en aquel título interdictal¹⁵.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. *Clasificación de las «missiones in possessionem: legatorum servandorum causa, ventris nomine, damni infecti nomine, rei servandae causa».*

Se dice, y no sin razón, que una adecuada clasificación está siempre en la base de una lúcida comprensión. Ello explica que hayamos tomado como punto de partida para nuestro estudio la única clasificación que nos ofrecen las fuentes de las *missiones in possessionem*. Clasificación que no es omnicomprendensiva de todos los tipos de *missiones in possessionem*, pero que tiene un fundamento, no sólo desde un punto de vista sustantivo, sino también procesal, es decir, clásico, como veremos en el transcurso de esta investigación. Con dicho catálogo de *missiones in possessionem* nos encontramos en tres pasajes de la compilación jurisprudencial de forma completa, excepto en aquél en que se excluye la *missio in possessionem damni infecti nomine* por una razón procesal y cuya omisión ha motivado, en parte, el presente estudio; los tres textos pertenecen a un mismo jurista, Ulpiano, y provienen de la misma obra: i) a propósito de los días feriados, en D. 2,12,2, correspondiente al libro 5 *ad edictum*¹⁶; ii) en relación con las causas por las que se es puesto en posesión, en D. 42,4,1, perteneciente al libro 12 *ad edictum*¹⁷, y iii) con referencia al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, en D. 43,4,1,2, del libro 72 *ad edictum*, según la *inscriptio* actual¹⁸. Consignaremos en esta sede los dos primeros textos y dejaremos para su momento oportuno el último, ya que pertenece precisamente a la *sedes materiae* del problema que tratamos de dilucidar. Veamos aquellos dos primeros pasajes:

15. Cfr. infra V 4.

16. LENEL, *Palng.* II col. 435.

17. LENEL, *Palng.* II col. 478 y n. 1.

18. LENEL, *Palng.* II col. 790 y n. 2 Cfr. infra V 4 y n. 199, y V 5 y n. 214

D. 2,12,2 (Ulp. 5 *ad ed.*).

Eadem oratione divus Marcus in senatu recitata effecit de aliis speciebus praetorem adiri etiam diebus feriaticis: ut puta ut tutores aut curatores dentur. ut officii admoneantur cessantes: excusationes allegentur: alimenta constituentur: aetates probentur: ventris nomine in possessionem mittatur, vel rei servandae causa, vel legatorum fidei commissorum, vel damni infecti¹⁹.

D. 42,4,1 (Ulp. 12 *ad ed.*)

Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine. Ydamni enim infecti nomine si non caveatur, non in universorum nomine fit missio, sed rei tantum, de qua damnum timetur²⁰

Dejando a un lado el primero de los pasajes transcritos, ya que simplemente nos ofrece dicha clasificación sin plantear ninguna problemática para la romanística, observamos cómo en el segundo, el jurista Ulpiano diferencia las tres primeras *missiones in possessionem* de

19. Las críticas al texto no afectan a nuestra clasificación. Cfr. *Index interp. sL*, y *Suppl. sL*.

20. Este pasaje ha sido fuertemente criticado a partir de S. SOLAZZI, *Dote e nascituru nella «missio in possessionem»*, en *RIL* 49 (1916) p. 312 ss., quien, en su artículo hace las siguientes objeciones al texto: la *missio in possessionem ventris nomine* no pertenece a los casos de *missiones in possessionem*, ya que, mientras las *missiones in possessionem rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *damni infecti nomine* son sólo *in possessionem*, es decir, únicamente implican la *custodia et observantia* del «proceso ejecutivo» (p. 314), en aquella el *venter* obtiene la *bonorum possessio*. Así, para Solazzi, la denominada *missio in possessionem ventris nomine* estaría indebidamente interpolada no sólo en nuestro pasaje, sino también en D. 1,21,4,1; D. 41,2,3,23 (cfr. infra en esta sede 2 iv y n. 74), D. 42,4,12 (cfr. infra en esta sede 2 iv y n. 75); D. 43,4,1,2 (cfr. infra V 5 n. 214); D. 43,4,3,2 (cfr. infra V 9 ii n. 245), y D. 10,3,7,9. Por otra parte, Solazzi (p. 320 s.) justifica la no mención en nuestro texto de la *missio dotis servandae causa* y la *missio in bona eius qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur* con la consideración de que ambas eran casos de *missio in possessionem rei servandae causa* (pero cfr. infra en esta sede n. 51) o quizá también, para la primera, porque no se dio ningún edicto sobre ella. Solazzi (p. 320) propone esta corrección al pasaje: *Tres (fere?) causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, legatorum servandorum gratia, et damni infecti nomine si non caveatur, quo casu fit missio in rem tantum, de qua damnum timetur*. La crítica de Solazzi respecto a la *missio in possessionem ventris nomine* y que para él sería una *bonorum possessio*, es completamente descabellada. En efecto, este autor no

la *missio in possessionem damni infecti nomine* con la circunstancia de que ésta, a diferencia de aquéllas, sólo recae sobre la cosa que amenaza daño y no sobre todo un patrimonio. En efecto, la jurisprudencia distinguía, por un lado, aquellos casos de *missio in possessionem* en los cuales ésta recaía: i) sobre una herencia exclusivamente (que es un patrimonio), para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*²¹; ii) sobre una herencia exclusivamente (que es un patrimonio)

distingue la *missio in possessionem ventris nomine* que se le concede a la mujer viuda encinta (o, en general, a la pariente agnada del *de cuius*, en la misma situación de gravidez), según la terminología de la última jurisprudencia clásica (cfr. infra n. 131), o directamente al *nasciturus* o *venter*, según la terminología de la primera jurisprudencia clásica (cfr. infra n. 132), en primer lugar, para que el *nasciturus* llegue a nacer (D. 37,9,1,15: *...partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familia inducatur*; de allí que se le conceda a la mujer viuda embarazada o al *venter* o *nasciturus* —que no puede ser heredero porque es una *portio mulieris*— esta *missio in possessionem* incluso contra la voluntad expresa del testador en el caso de que éste hubiese desheredado al *nasciturus*; cfr. D. 37,9,1,2/3/4/5), y, en segundo término, para proteger la expectativa hereditaria del *nasciturus*, de la *bonorum possessio sine tabulis* o *contra tabulas* que se le otorga únicamente al ya nacido, como muy bien distinguen D. 5,2,6 pr.; D. 25,4,1,10; D. 26,5,20 pr.; D. 26,7,48; D. 37,9,1,11 y D. 38,17,2,11. En otros términos, la *missio in possessionem ventris nomine* que se le concede a la mujer viuda encinta es la protección pretoria al *nasciturus*, si el feto llega a nacer y es viable, entonces se procede a la *bonorum possessio*, ora *sine tabulis* ora *contra tabulas*, y con más razón *secundum tabulas* si el *de cuius* instituyó al *nasciturus* (D. 5,2,6 pr.) a favor del nacido, no de la madre, o se procede a la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* a favor del nacido si se le entabla controversia sobre su filiación. *Bonorum possessio* esta que perdurará hasta la pubertad del *suus* nacido, momento hasta el que se aplaza dicho juicio de filiación y, naturalmente, el hereditario (cfr. infra n. 60 sobre la confusión de esta *bonorum possessio ex edicto Carboniano* con una *missio in possessionem*). Por esta razón, los Compiladores sitúan el título 9 del libro 37 del Digesto: *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, como un apéndice, entre otros, de la *bonorum possessio contra tabulas*. La duda de Solazzi respecto al adverbio *fere* de nuestro pasaje no tiene razón de ser, pues con dicho término Ulpiano nos indica prudentemente que no pretende darnos una clasificación taxativa de las *missiones in possessionem*, sino meramente enunciativa de las mismas. Vid. la reseña de KUEBLER, *Uebersicht über die italienische Rechtsliteratur*, en SZ 45 (1925) p. 584, quien no se pronuncia sobre las distintas afirmaciones de Solazzi. Sobre la aceptación, por la doctrina, de la tesis de Solazzi cfr. infra n. 60

21. Que esta *missio in possessionem* sólo recae sobre la *hereditas* nos lo dicen expresamente algunos textos: D. 36,3,1,2. *bonis defuncti.* ; D. 36,3,5,1:

y no sobre el patrimonio propio del coheredero, para la *missio in possessionem ventris nomine*²²; iii) sobre todo un patrimonio o una herencia (que es un patrimonio) para la *missio in possessionem rei servandae causa*²³; por otro lado, aquella *missio in possessionem* que recae tan sólo sobre un inmueble que amenaza daño por *vitium aedium* o *vitium loci*: la *missio in possessionem damni infecti nomine*²⁴. Como es sabido, la doctrina, hasta el presente, ha pretendido reservar la denominación de *missio in bona* para aquellos casos en que el embargo recae sobre todo un patrimonio y el de *missio in possessionem* cuando recae sobre un bien determinado. Sin embargo, como hemos visto, las

... in omnium rerum possessione, quae in causa hereditaria permanent...; D. 36,4,5,5: *... rerum hereditariarum omnimodo veniet...*; D. 36,4,5,22: *... rebus hereditariis missi in possessionem...*; D. 36,4,8: *... restituta hereditate in earum quoque rerum possessionem...*; D. 36,4,10: *Si nullae sint res hereditaria in quas ... mittantur*, y D. 36,4,13: *... omnium bonorum quae ex ea hereditate sunt* . . En el caso de la sustitución hereditaria pupilar (D. 36,4,5,12), cuando el impúber muere antes de llegar a la pubertad y se decreta la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* contra el sustituto heredero a cuyo cargo corren los legados, dicha *missio in possessionem* recae, no sobre la herencia del *paterfamilias* del impúbero, sino sobre todo el patrimonio del impúber, pero aquí, y respecto al sustituto pupilar, también es una *hereditas*, y sobre ella será la *missio in possessionem*, no sobre el patrimonio propio del sustituto pupilar. En cambio, la *missio Antonianiana* sí recae sobre todo el patrimonio del heredero además de la herencia (D. 36,4,5,16 y PS. 4,1,17). Se suele hablar así de *missio in bona hereditatis legatorum servandorum causa*, sin embargo no conviene usar este giro de *missio in bona hereditatis*, porque, por un lado, no es exclusivo de la *missio in possessionem* de los legados el hecho de que dicha *missio in possessionem* recaiga sobre una herencia y, por otro lado, el giro *missio in bona* no se puede aplicar a este tipo de *missio in possessionem*, como veremos más adelante.

22. Así se deduce de D. 25,6,1,6: *... vel coheredi ... ab intestato*; D. 25,6,1,8: *... exclusus sit hereditate ... adeundo hereditatem institutus heredi suo locupletio-rem hereditatem suam relinqueret .. in hereditate*; D. 25,6,1,9: *heres eius .. pretium hereditatis*; D. 37,9,7,1: *... qui cum liberis admittitur. ceterum si mittatur unde legitimi ...* Cfr. infra n. 60.

23. Cfr. textos supra n. 4. Sin embargo, como veremos más adelante, no es éste el criterio diferenciador definitivo.

24. Cfr. D. 7,1,7,1; D. 11,1,20,2; D. 23,5,1 pr.; D. 39,2,4,1; D. 39,2,9,4; D. 39,2,10; D. 39,2,13,2; D. 39,2,13,6; D. 39,2,13,7; D. 39,2,13,11; D. 39,2,15,11; D. 39,2,15,12; D. 39,2,15,13; D. 39,2,15,14; D. 39,2,15,18; D. 39,2,15,34; D. 39,2,18,2; D. 39,2,18,4; D. 39,2,18,5; D. 39,2,18,6; D. 39,2,18,7; D. 39,2,18,12; D. 39,2,19,1; D. 39,2,20; D. 39,2,22 pr.; D. 39,2,23; D. 39,2,24,2; D. 39,2,24,10; D. 39,2,38,1; D. 39,2,40,4; D. 39,2,44 pr., y D. 41,2,30,2.

missiones in possessionem legatorum servandorum causa y ventris nomine recaen ambas sobre un patrimonio (herencia) sin que por ello reciban, en las fuentes, la denominación de *missiones in bona*. Por tanto, dicho criterio de diferenciación no es correcto. Por otra parte, así como la denominación técnica de las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine* no ha presentado ambigüedad para la romanística, el contenido y efecto de la *missio in possessionem rei servandae causa*, en cambio, si ha sido bastante controvertido en la doctrina contemporánea. Todavía M. Kaser²⁵, que recoge toda la literatura sobre el tema de las *missiones in possessionem*, afirma que el término *missio in possessionem rei servandae causa* designaba sólo la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores aunque, según este autor, aquélla expresión no era consistente en el uso del lenguaje jurídico. Kaser sigue la opinión del gran estudioso del tema del concurso de acreedores, S. Solazzi²⁶, quien se pronuncia de esa forma dubitativa: la expresión designa a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores aunque, según él, en D. 41,2, 3,23 el jurista Q. Mucio Escévola también nombraba con nuestro término otras *missiones in possessionem*²⁷. En general, la romanística, a partir de Solazzi, viene arrastrando esta indecisión sobre la expresión²⁸.

25. M. KASER, ZPR. p. 302 y n. 18, y p. 334 y n. 9.

26. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano I-IV* (Napoli, 1937, 1938, 1940 y 1943) I p. 33 s.

27. Sobre este texto y las discusiones en torno al mismo, vid. infra en esta sede 2 iv y n. 74.

28. Así, G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso, en *Studi in onore di S. Solazzi* (Napoli, 1948) p. 485, llega a decir que «... le parole *rei servandae causa*..., se potevano e possono riferirse genericamente alla immissione *legator, serv. causa*...», pero «... non potevano alludere alla *missio d. inf.*, che invece ha caratterè penale...». Para la primera afirmación, el autor argumenta con base en D. 42,4,12 y D. 33,1,9 de Pomponio y Papiniano, respectivamente, pero, sobre el primer texto cfr. infra en esta sede 2 iv y n. 75, y sobre el segundo cfr. infra n. 35; W. W. BUCKLAND, *A text-Book of Roman Law* 3.^o ed. (Cambridge, 1963) p. 724: «In a certain sense, all *missio* is *rei servandae causa*; but the name is specially applied to cases in this group, that of *iudicatus* or *condemnatus*, *latitans*, *indefensus*, deceased insolvent without a *heres*, one who has made *cessio bonorum*, and *qui capitali crimine damnatus est*. The ultimate effects of this *missio* have been considered; it might result in *bonorum venditio*, but in some cases the decree led to the appointment of a *curator* and to a limit right of sale or no such right at all, as in the case of persons of senatorian rank or *pupilli*».

Por nuestra parte, con base en las fuentes y aplicando un criterio palingenésico, hemos establecido lo siguiente: para designar aquellos casos de *missio in possessionem* en los cuales se trata del embargo de un patrimonio e incluso de una herencia que también es un patrimonio, pero en ambos casos con un efecto especial y único de este

indefensu» y, en el mismo sentido del anterior autor, H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (Cambridge, 1954) p. 237 n. 7. En cambio, URSICINO ALVAREZ-SUÁREZ, *Curso de Derecho Romano I* (Madrid, 1955) p. 497, parece identificar las *missiones in possessionem rei servandae causa* como aquellas que tienen por finalidad servir de garantía al *missus in possessionem* y al mismo tiempo constituyen un medio coactivo para vencer la resistencia de otra persona a realizar algún acto. Para P. F. GIRAD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. de C. Longo de la 4ª ed. franc. (Torino, 1909), p. 1060 s. y n. 1 «*Missio in bona* La *missio in bona rei servandae causa* è pronunciata dal pretore per provocare il pagamento o l'assunzione del giudizio in casi avariatissimi, non solo quando l'esecuzione personale è possibile (debitore giudicato, *confesus certa pecuniae*, etc.), ma anche quando essa è impossibile (debitore assente che non ha potuto essere condannato, debitore morto senza eredi, debitore colpito da una condanna capitale, forse debitore che ha fatto la cesione dei beni, etc.)». Parecen limitar la *missio in possessionem rei servandae causa* a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*³ (Milano, 1954) p. 654: «L'esecuzione patrimoniale si apre con un provvedimento del magistrato, che immette il creditore nel possesso di tutti i beni del debitore, a scopo di vigilanza e di garanzia (*missio in bona rei servandae causa*)», y p. 658: «a) *missio in bona rei servandae causa*, che inizia il procedimento esecutivo contro l'*indefensus* o chi, riconosciuto debitore da una sentenza di condanna, non adempia il giudicato», y J. IGLESIAS, *Derecho Romano Instituciones de derecho privado*⁶ (Barcelona, 1972) p. 214 s., «En el caso de ser varios los acreedores, podían sumarse todos a la posesión de los bienes —*missio in rem*—, cuyo efecto no era otro que el de la conservación o guarda de aquéllos —*missio in bona rei servandae causa*—» Nuevamente generalizan el significado del término, J. ARIAS-RAMOS, *Derecho Romano*⁴ (Madrid, s/f) p. 190. «... algunas —dice el autor refiriéndose a las *missiones in possessionem*— se otorgaban solamente *rei servandae causa*; pero otras daban al *missus* facultades más amplias que las de la mera custodia de la cosa»; F. BOZZA, *D 41,2,3,23 e la classificazione dei «genera possessionum»*, en *Syntelexis Arangio-Ruiz II* (Napoli, 1964) p. 620. «... sotto il genus 'si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus' Mucio poneva non solo quella dei creditori, che in seguito ebbe quasi esclusivamente per sé la qualifica di '*rei servandae causa*', ma tutti i casi in cui il pretore assegnava a qualcuno il possesso di una cosa o di un patrimonio per salvaguardare gli interessi di colui al quale era concesso». En cambio, P. FUENTESECA, *Derecho Privado Romano* (Madrid, 1978) p. 75, se refiere a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores con la expresión *missio in bona rei*

tipo de *missio in possessionem*, tanto el Pretor en su Edicto²⁹, como la jurisprudencia en sus comentarios³⁰, e igualmente los magistrados en sus actos legislativos³¹ y, como no podía dejar de ser, tam-

servandae causa, y parece reservar el término *missio in possessionem rei servandae causa* para designar el efecto de mera detentación que concederían todas las *missiones in possessionem* a partir del siglo II d. C. (p. 82). Por su parte, M. J. GARCÍA-GARRIDO, *Derecho Privado Romano I. Instituciones* (Madrid, 1979) p. 147, identifica la *missio in possessionem rei servandae causa* como una especie del género *missio in possessionem decretalis* que «concedía una mera detentación de los bienes para su conservación y administración»; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, 1953) p. 585, s.v. *missio in possessionem (bona) rei servandae causa*. «Decreed by the praetor in various circumstances during a trial: when the defendant was absent...», y, últimamente, X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 99, 101, 102, 104 y passim, quien habla, en general, al lado de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores de «los otros supuestos de *missio rei servandae causa*». Cfr. infra n. 33 sobre la ambigüedad en el empleo de este término en Lenél.

29 Las cláusulas edictales que se nos conservan son las siguientes: D. 42, 4,2 pr. (Ulp. 5 *ad ed*): «*Praetor ait: in bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui facie neque defenderetur, iri iubebo*»; D. 42,4,5,2 (Ulp. 59 *ad ed*): «*Ait Praetor: Si is pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit et recte defendetur: eos, qui bona possident, de possessione decedere iubebo*»; D. 42,4,6,1 (Paul. 57 *ad ed*): «*Cum dicitur: «et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo a fuerit*»; D. 42,4,7,1 (Ulp. 59 *ad ed*): «*Praetor ait: qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo*», y D. 42,5,9 pr. (Ulp. 62 *ad ed*): «*Praetor ait: Si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit...*». Obsérvese que de las anteriores cláusulas, sólo la tercera (D. 42,4,6,1) corresponde a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Igualmente, obsérvese también como cada caso concreto de *missio in bona* aparece explicado con verbos de acción, característica de la jurisprudencia clásica en su estilo de expresar su pensamiento, a diferencia del derecho romano tardío que preferirá los sustantivos formados sobre el verbo (deverbativos) para designar la institución abstracta. Dentro de este marco lingüístico se inserta nuestro término *missio in possessionem rei servandae causa*

30. Cfr. D. 8,5,18; D. 9,4,26,6; D. 29,2,70,2; D. 39,2,45 (?) (en relación con D. 8,5,18 según A. d'ORS, *DPR*⁴ p. 137 n. 5; pero cfr. infra n. 60); D. 42,4,2,1; D. 42,4,3,3; D. 42,4,7,2; D. 42,4,7,3; D. 42,4,7,5; D. 42,4,7,10; D. 42,4,7,15; D. 42,4,7,16; D. 42,4,7,17; D. 42,4,7,18; D. 42,4,8; D. 42,5,8,1; D. 42,5,8,4; D. 42,5,12 pr.; D. 42,5,13; D. 42,5,31,3; D. 42,5,33,1; D. 43,29,4,3, y Gai. 3,79; 4,102

31. Cfr. *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, c. 22 líneas 45-54: *praetorque isve*

bién las fuentes literarias ³², emplean exclusivamente la expresión *missio in bona* matizando cada caso concreto. Sólo a mediados del siglo II d. C. aparece este que podemos calificar como neologismo jurídico de *missio in possessionem rei servandae causa* en boca del jurista C. Venuleyo en su obra *de interdictis*. Dice este jurista en D. 44,3,15,4 (*lib.* 5):

*quei de eis rebus Romae iure deicundo praerit in eum et in heredem eius de eis rebus omnibus ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscribere veneireque iubeto ac sei is heresve eius de ea re in iure apud eum praetorem eumve quei Romae iure deicundo praesset, confessus esset aut de ea re nihil respondisset neque se iudicio utei oportuisset defendisset; dum ne quis de ea re nisi praetor isve quei Romae iure deicundo praerit eorum quovis bona proscribere veneire duceique eum iubeat; lex Iulia [tabulae Heraclensis, dicta] Municipalis, líneas 116-117: quovisve bona ex edicto eius, quei iure deicundo praefuit praefuerit, praeterquam sei quovis, quem pupillus esset reive publicae causa abesset neque dolo malo fecit fecerit quo magis rei publicae causa abesset, lex Acilia repetundarum, línea 57: iudex quei eam rem quaesierit earum rerum, quei ex h. l. condemnatus erit, quaestori praedes facito det de consili maioris partis sententia, quantei eis censuerint; sei ita praedes datei non erunt, bona eius facito publice possideantur conquaerantur veneant, y lex Latina tabulae Bantinae, 2, 11-12: Sei condemnatus erit, quanti condemnatus erit, praedes ad quaestorem urbanum det, aut bona eius publice possideantur facito ... Cfr. para estas leyes BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui* (reimp. Aalen, 1969). Sobre el tema de la jurisdicción municipal en relación con las anteriores leyes, vid. G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano* (Torino, 1970) p. 105; L. DI SARLO, *Missio in possessionem e proscriptio*, en *Studi in memoria di E. Albertario I* (Milano, 1953) p. 477 ss. y, últimamente, W. SIMSHEUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien* (München, 1973) p. 168 n. 75; p. 171 n. 81 y p. 221.*

32. Cfr. Cic. *pro Quinct.* 25 ss.: *Postulat a Burrieno praetore Maevius ut ex edicto bona possidere liceat: iussit bona proscribi eius quicum familiaritas fuerat...*; 30 ss.: *Quod ab eo petat ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint Non recusabat Quinctius quin ita satis dare iubetur, si bona possessa essent ex edicto...*; *Si bona sua ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non essent...*; *bona sua ex edicto possessa esse...*; 45: *Quincti bona, inquit, ex edicto praetoris possessa sunt*; 60 ss.: *Attende nunc ex edicto praetoris bona P. Quincti possideri nullo modo potuisse Recita edictum Qui fraudationis causa latitant. .; Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi aut quo modo? tunc cum postulabas ut bona possideres?...*; 73: *... ex edicto te bona P. Quincti non possedisse concedas. Etenim si ex edicto possedisti, quaero cur bona non venierint, cur ceteri sponsores et creditores non convenerint: nemone fuit cui deberet Quinctius?*; 84: *Si ex edicto praetoris bona P. Quinctius possessa non sunt*; Id. *ad Att.* 6,1,15: *... alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest. de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, vendendis, magistris faciendis,*

Item danda est accessio cum eo, quod apud pupillum fuit, a cuius tutore, cum is tutelam eius administraret, emisti. idemque in eo, qui a curatore pupilli furiosive emerit, servandum est: et si ventris nomine aut eius, *quae rei servandae causa in possessionem esset dotis suae nomine*, deminutio facta sit. nam id quoque temporis accedit³³.

Que Venuleyo emplea el término como sinónimo de *missio in bona (mariti propter dotem)*, lo prueba el hecho de que el jurista Marcelo, contemporáneo del autor de nuestro neologismo, continúa designando el mismo supuesto de *missio in bona* con la expresión tradicional. En efecto, se dice en D. 46,3,48 (Marcell resp):

quae ex edicto et postulari et fieri solent: Id Verr 2,59: Insimulant hominem fraudandi causa discessisse; postulant ut bona possidere iubeat; Liv 38,60,8. In bona deinde L Scipionis possessum publice quaestores praetor misit Incluso el gramático Valerio Probo, *De iure notarum*, nos da esta sigla B.E.P.P.V.Q.I. = *bona ex edicto possideri proscribi veniriue iudebo*; sobre la misma cfr LENEI, *FP.*³ p 413 y n 2

33 Curiosamente el mismo Venuleyo, en el libro 4 de su obra *de interdictis*, todavía emplea la expresión tradicional *missio in bona* para referirse al caso de la *missio in bona eius qui fraudationis causa latitabit*. Dice así este jurista en D. 43,29,4,3. *Creditori non competit interdictum, ut debitor exhiberetur. nec enim debitorem latitantem exhibere quisquam cogitur, sed in bona eius ex edicto praetoris i t u r* Por tanto, debió de haber sido en el tránsito del libro 4 al 5 el momento en que Venuleyo acuñó el término. Naturalmente, nuestro pasaje (D 44,3,15,4) no ha sido criticado en lo que respecta a nuestro neologismo. Por su parte, LENEI, *EP.*³ tít. XX. *de re uxoriae*, p. 302 s., no incluye esta *missio in bona mariti propter dotem* de D. 44,3,15,4 en el Edicto ya que «von der öfter erwähnten *missio dotis servanda causa* finde ich in den Kommentaren zu unsern keine Spur» y agrega que «sie war wahrscheinlich nur in ein Anwendungsfall der allgemeinen *missio rei servandae causa* der Gläubiger», y en el mismo sentido A BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit. p. 584 s v *missio in possessionem dotis servandae causa*. «One of the cases of the *missio in possessionem rei servandae causa* It was granted a divorced wife or a widow in order to secure her claim for the restitution of the dowry». Quizá el jurista Ulpiano, en algún momento, pretendió matizar nuestro neologismo *missio in possessionem rei servandae causa*, mirando sus distintos casos bajo otro criterio casi general y unificador de los mismos: el que casi todos ellos respaldaban un derecho de crédito y por ello habla en D 29,4,1,9 (50 ad ed.) de *missio in possessionem crediti servandae causa*; aunque el giro exacto que allí aparece es éste: .. *vel si proponas eum crediti servandis causa venisse in possessionem* .. que, en nuestra opinión, no debemos circunscribir al caso de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores.

Titia cum propter dotem bona mariti possideret, omnia pro domina egit, reditus exegit et moventia distraxit: quaero, an ea, quae ex re mariti percepti, in dote ei reputari debeant... ³⁴.

En cambio, el neologismo va a recibir el espaldarazo por parte del jurista Papiniano, quien lo asume en su vocabulario jurídico también como sinónimo de *missio in bona*, pero en su caso para referirse, en sentido negativo, a la *missio in bona eius qui fraudationis causa latitabit*. D. 15,1,50 pr. (Pap. 9 quaest).:

Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat: in bonorum possessionem eius rei servandae causa mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum, quia non fraudationis causa latitat qui, si iudicium acciperet, absolvi deberet .. ³⁵.

A principios del siglo III d. C. nuestro neologismo ya tendrá una

34. Fuera de los dos fragmentos anteriores, sólo D. 6,1,9; D. 50,1,26,1 y CJ. 7,72,8, tratan de este tipo de *missio in bona* y de ellos, los dos últimos emplean nuestro neologismo. Nuestro fenómeno lingüístico, aparte de desorientar a Lenel (cfr. supra n. 33), también confundió a S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 320 s., quien con base en este tipo de *missio in bona* y por la bifurcación terminológica con que se nos presenta en las fuentes una misma institución, pretendió establecer diferencias entre las *missiones in bona* y la *missio dotis servandae causa*. Más desorientado queda E. RABEL, en SZ 46 (1926) p. 481, quien al no encontrar citada esta *missio in bona* en el catálogo de D. 42,4,1 llega a dudar de su existencia o «... freilich auch, dass sie unter eine *m. rei s. c.* in einem weiteren Sinn gerechnet wurde». Sobre esta *missio in bona*, cfr. infra n. 51.

35 No se piense que el mismo Papiniano da un sentido diferente al neologismo en D. 33,1,9 (*resp.*): *Fundus, quem pater familias libertis legatorum nomine, quae in annos singulos relinquit, pignus esse voluit ex causa fideicommissi r e i s e r v a n d a e g r a t i a recte petetur. Paulus notat: hoc admittendum est et in aliis rebus hereditariis, ut et in eas legatarius mittatur*, porque aquí Papiniano no habla de la *missio in possessionem legatorum [vel fideicommissorum] servandorum causa*, sino de la acción real para reclamar el legado Así como tampoco, el mismo Papiniano, en D. 36,3,5,1 (28 quaest.): *... fideicommissi servandi gratia...*; D. 36,3,5,3: *... fideicommissi servandi causa caveri...*, y D. 36,3,5,4: *... fideicommissi servandi causa*, pues en estos pasajes Papiniano está hablando de la *cautio legatorum [vel fideicommissorum] servandorum gratia* y no de la *missio in possessionem legatorum [vel fideicommissorum] servandorum causa*. Sobre *servandorum causa* y *servandorum gratia* (ó *nomine*) en las *missiones in possessionem* y en las *cautiones*, cfr. infra en esta misma sede 4.

aceptación generalizada a través de Paulo³⁶ y Ulpiano³⁷, discípulos de Papiniano. Por las fuentes disponibles, de aquellos dos juristas quien hace un manejo más prolífico, seguro y sistemático de dicho neologismo es Ulpiano, aunque ninguno de los dos juristas abandona definitivamente la tradicional expresión de *missio in bona*³⁸. Todavía en el postclásico Hermogeniano nos encontramos empleado el término en su significado correcto, para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. D. 36,4,11,1 (Hermog. 4 iur. epit.):

*Si rei servandae causa in possessionem missus esset proprius creditor heredis et rei per fideicommissum mihi relictae adeptus fuerit, nihil me per eum laedi oportere convenit, non magis quam si ab ipso herede eam rem pignori accepisset*³⁹.

Por tanto, creemos haber demostrado suficientemente cómo los términos *missio in bona* (acompañado del giro verbal correspondiente) y *missio in possessionem rei servandae causa* (deverbativo) tienen un valor exactamente equivalente, es decir, ambos designan el embargo de todo un patrimonio y en donde, en el neologismo, la palabra *res* no significa «cosa» sino «patrimonio»⁴⁰, aunque no es aquél el criterio diferenciador definitivo respecto a las otras *missiones in possessionem*.

36 Cfr. D. 41,2,3,23; D. 42,1,51,1, y D. 50,1,26,1.

37 Cfr. D. 10,4,5,1; D. 26,10,7,2; D. 29,4,1,9; D. 36,4,5,2; D. 36,4,5,4; D. 41,2,10,1; D. 42,4,3 pr.; D. 42,4,5 pr.; D. 42,4,7 pr.; D. 43,4,1,1; D. 43,4,1,2, y D. 43,17,3,8

38. Así, para Paulo: D. 9,4,26,6 y D. 42,5,12 pr., y para Ulpiano: D. 29,2,70,2; D. 42,4,2,1; D. 42,4,3,3; D. 42,4,7,2; D. 42,4,7,3; D. 42,4,7,5; D. 42,4,7,10; D. 42,4,7,15; D. 42,4,7,16; D. 42,4,7,17; D. 42,4,7,18; D. 42,4,8; D. 42,5,31,2, y D. 42,5,33,1.

39. Tampoco en este texto ha sido objeto de crítica nuestro neologismo, cfr. *Index Interp. s.l.* En este pasaje, como en otros de la compilación jurisprudencial, se plantea el tema de la concurrencia de las *missiones in possessionem*; tema que por su entidad propia estudiamos en trabajo aparte; cfr. F. BETANCOURT, *Problemas de concurrencia de «missiones in possessionem»* (en prensa).

40. Cfr. D. 50,16,5 pr. Curiosamente, tanto Paulo como Ulpiano, una sola vez cada uno, caen en la tautología de hablar de «bona» y «res» conjuntamente: D. 42,4,8 (Ulp. 60 ad ed.). *bona rei servandae causa possidere*, D. 50,1,26,1 (Paul. 1 ad ed.): .. *bona rei servandae causa iubere possidere...*, en donde *bona* es complemento de *possidere*, pero con ello no hacen más que alterar el neologismo: *missio in possessionem rei servandae causa*. En la misma tautología suelen

Consecuentemente, dado que el término *missio in possessionem rei servandae causa* es un neologismo que aparece no antes de la redacción definitiva del Edicto por Salvio Juliano, dicha expresión debe eliminarse de todo intento de reconstrucción del mismo ⁴¹.

Una vez establecido el origen del término *missio in possessionem rei servandae causa*, que hemos identificado, hasta ahora, con aquellos casos de *missio in possessionem* que recaen sobre todo un patrimonio, es decir, conservando el mismo contenido que su antecesora *missio in bona*, sin embargo, dicha peculiaridad no resulta definitiva, porque se nos presentan casos de *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, como veremos más adelante, en los cuales el embargo sólo recae sobre una herencia y no sobre todo el patrimonio del embargado, al igual que ocurre en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. Ahora bien, en nuestra opinión, el criterio diferenciador definitivo entre las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa* de las otras *missiones in possessionem* es el de que todas aquéllas conducen a una *venditio bonorum*, ya sea inmediata o diferida ⁴². De allí precisamente el que las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, a pesar de recaer sobre un patrimonio (herencia) nunca recibían en las fuentes la denominación de *missiones in bona*, sino la de *missiones in possessionem*, ya que nunca conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida. Para presentar un cuadro lo más exhaustivo posible de las *missiones in possessionem* y en el cual veamos dicho

caer algunos autores contemporáneos: S. SOLAZZI, *Questioni sulla «missio in bona rei servandae causa»*, en *Scritti dedicati ed offerti a G. P. Chironi* I (1915) p. 581 y p. 597; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano* ³ cit. p. 655 y p. 658, y M. KASER, *ZPR* p. 164. Sobre el concepto de *bona* vid. D. 50,16,49 y D. 50,16,208.

41 Así, cuando LENEL, *EP.* ³ p. 415 reconstruye la cláusula edictal de la *missio in bona quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur*: «*Quod cum pupillo contractum fuerit, si eo nomine non defendetur, in bona eius possideri iubebo*», en vez de: *eius rei servandae causa bona eius possideri iubebo*

42. Sobre la *bonorum venditio*, vid. la amplia bibliografía existente, aunque desafortunadamente, demasiado circunscrita a la de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Así, V. ARANGIO-RUIZ, *Sul fr. 5 D. «De curatore bonis dando»* [42,7], en *Studi Giuridici in onore di C. Fadda* I (Napoli, 1906) p. 311 ss.; ROTONDI, *Una nuova ipotesi in materia di «bonorum venditio»*, en *Scritti Giuridici III* (Milano, 1922) p. 1 ss. [= *Filangieri* 36 (1911) p. 164 ss.]; CARRELLI, *Per*

efecto de las *missiones in bona*, tomamos como base el artículo de E. Weiss⁴³; estudio que, a pesar de haber pasado inadvertido en la doctrina, y en el cual el autor tampoco identifica plenamente el significado de nuestro neologismo *missio in possessionem rei servandae causa*, ya que también él, dubitativamente, lo circunscribe a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, nos presenta un visión

*una ipotesi sull'origine della «bonorum venditio», en SDHI. 4 (1938) p. 429 ss.; Id., Ancora sull'origine della «bonorum venditio», en SDHI. 10 (1944) p. 302 ss.; COSENTINI, Sui limiti d'applicabilità della «bonorum distractio ex edicto», en SDHI. 11 (1945) p. 1 ss.; M. F. LEPRI, I §§ 9-12 del D 42,4,7 (Appunti in tema di bonorum distractio), en Scritti in onore di C. Ferrini II (Milano, 1947) p. 99 ss.; SCHERILLO, La «bonorum venditio» come figura di «successio», en IURA 4 (1953) p. 205 ss.; L. DI SARLO, «Missio in possessionem» e «proscriptio» cit. p. 477 ss.; S. SOLAZZI, In tema di «bonorum venditio», en IURA. 6 (1955) p. 78 ss. [= Scritti di diritto romano V (Napoli, 1972) p. 609 ss], y, M. TALAMANCA, La vendita all'incanto nel processo esecutivo romano, en Studi in onore di P. De Francisci II (Milano, 1956) p. 239 ss. La doctrina romanística del siglo pasado parece preocuparse más del efecto adquisitivo que determina la *bonorum venditio*, es decir, de la *bonorum emptio*. De allí que todavía LEONHARD, RE III 1 (1897), s.v. *bonorum emptio* col. 705 ss., hable desde esa perspectiva, a pesar de que en las fuentes aparece avalada sistemáticamente la expresión *bonorum venditio*, de la que el mismo Leonhard no puede escapar. Vid. bibliografía de esa época en este autor col. 708. Cfr RE VIII A, 1, s.v. *Venditio bonorum* col. 697, donde se remite a la expresión *bonorum emptio*. Aquella perspectiva no es más que la justiniana que sitúa la *bonorum emptio* como uno de los antiguos modos de adquirir una universalidad patrimonial *inter vivos*. Indudablemente, en la época postclásica y con la *cognitio extra ordinem*, el efecto propio de todas las *missiones in bona*, cual es el de la *venditio bonorum*, ya sea inmediata o diferida, parece haber caído en desuso, y de allí que los compiladores justinianos hayan dejado bastante desdibujado este efecto que es el que realmente caracteriza a las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa* y las diferencia de las *missiones in possessionem* propiamente dichas. Lo anterior se puede deducir de Inst 3,12 pr. *Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones qualis fuerat bonorum emptio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta et tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt. sed cum extraordinarius iudicis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere et prout eis utile visum fuerit ea disponere, quod ex latioribus digestorum libris perfectius apparebit**

43. E. WEISS, RE XV 2, s.v. *missio in possessionem*, col. 2053 ss.

sistemática y completa de las *missiones in possessionem*, tanto edictales como no-edictales, y que la doctrina denomina *decretales*⁴⁴.

A) *Missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa* que conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida:

1) *Missio in bona debitoris* del concurso de acreedores⁴⁵.

2) *Missio in bona quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur*⁴⁶.

44. También resultan provechosas las exposiciones de M. KASER, *ZPR* p 302 s. y n. 18 (bibliografía *ibid.*), y W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law* cit p. 724 ss. En cambio, poco útil es el artículo de G. LONGO, *Missio in bona (in possessionem, in rem)*, en *NNDI X*, s.v. p. 767, donde el autor perturba la terminología con la expresión *missio in bona legatorum servandorum causa*, completamente extraña a las fuentes

45. Téngase en cuenta que esta *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores sólo procede cuando hay una sentencia firme; sentencia que se ejecuta precisamente con este expediente pretorio. En LENEL, *EP*³ p. 413, la identificamos bajo la rúbrica *Qui iudicatus prove iudicatus erit, quive ita ut oportet detensus non erit*. E. WEISS, *RE. XV 2*, s.v. cit. col. 2055, quien erróneamente la identifica exclusivamente con la «*missio in bona rei servandae causa*», donde el giro *bona rei*, como decíamos anteriormente, resulta tautológico; cfr. supra n. 40. Se habla de *bonorum venditio* en general, es decir, sin concretar casos de *missiones in bona*, en Gai. 2,98; 3,80, y 3,81. En cada una de las *missiones in bona* daremos las fuentes que apoyan nuestra opinión de que aquéllas son las que conducen a una *bonorum venditio* inmediata o diferida. Cfr. *VIR.* s.v. *bona* col 577 L. 30 ss; *veneunt*, col. 578 L. 20 ss.; *vendere*, col. 581 L. 11, y, *venum dare*, col. 581 L. 18 ss. Para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, D. 12,2,9,5; D. 16,3,7,2; D. 26,7,55,4; D. 27,10,9; D. 28,8,8; D. 30,114,14; D. 31,69,1; D. 42,1,51 pr. (cfr. infra V 2); D. 42,3,3; D. 42,3,5; D. 42,3,6; D. 42,4,14,2; D. 42,5,9,3; D. 42,5,16; D. 42,5,24,2; D. 42,6,1,9; D. 42,6,3 pr; D. 42,6,5; D. 42,6,38; D. 42,7,2,1; D. 42,8,6,13; D. 42,8,10,9; D. 46,5,5; Gai 3,77; 3,78; 3,79; 3,84; 3,154, y 4,35.

46. LENEL, *EP.*³ p. 415. E. WEISS, *RE. XV 2*, s.v. cit. col. 2057, con base en D. 42,4,3 pr., parece limitarla a una mera *possessio* (en el sentido de *custodia et observantia*): «Diese M. führt nur zur Besitz der Sachen des *pupillus* bis zum seiner Mündigkeit» y, en el mismo sentido, W. W. BUCKLAND, *A. Text-Book of Roman Law* cit. p. 645, quien con base en D. 42,4,3 pr y D. 42,4,6 señala que: «... where a debtor was a *pupillus* or was absent *rei publicae causa, sine dolo malo*, although there might be seizure, the Praetor would not authorise *venditio*». En D. 42,4,3 pr. y D. 42,4,6,1 aparentemente se excluye la *venditio bonorum* en el caso del *pupillus* y del *absens rei publicae causa*. Sin embargo, D. 42,4,6,2 nos aclara el sentido de dicha exclusión porque en este último pasaje se especifica muy claramente que no procede la *venditio bonorum «statim»*, es decir, inmediatamente,

- 3) *Missio in bona eius quò absens iudicio defensus non erit*⁴⁷.
- 4) *Missio in bona eius qui negat se defendere aut non vult suscipere actionem*⁴⁸.
- 5) *Missio in bona eius qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur*⁴⁹.
- 6) *Missio in bona eius qui fraudationis causa latitabit*⁵⁰.
- 7) *Missio in bona mariti propter dotem*⁵¹.

lo cual es lógico, sino que *interim bonis curator detur*, y respecto a la *venditio bonorum*, al menos para el caso del *absens rei publicae causa sine dolo malo*, habla expresamente CJ. 2,50 [51], 4 (de Gordiano del año 239). *Ignorare non debes eorum, qui rei publicae causa sine dolo malo absunt, si absentes bonis viri arbitrato non defenduntur, bona tantum possideri, venditionem autem in id tempus differri, quo rei publicae causa abesse desierint* No vemos la razón por la que no haya de aplicarse el mismo principio al caso del *pupillus*. Por tanto, creemos que para estos dos supuestos estamos no ante una venta inmediata, sino diferida hasta el momento de la pubertad del pupilo o hasta que el *absens rei publicae causa* regrese. En contra de nuestra interpretación está la opinión de S. SOLAZZI, *In tema di «bonorum venditio»* cit. p. 618 s., quien niega la *venditio bonorum* para estos dos supuestos. Por otra parte, en D. 42,4,7,10 aparece una especie de *distractio bonorum* para la *missio in bona* sobre el patrimonio del *furiosus* (no confundirla con la *bonorum possessio furiosi nomine*; cfr. infra n. 60)

47. LENEL, *EP*³ p. 415. E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2058 s. Cfr. D. 42,5,5; D. 42,4,6,1 y Gai. 3,78. CJ. 3,1,13,3 y 3,19,2,1.

48. E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2058. Cfr. Gai. 3,78.

49. LENEL, *EP*³ p. 72. Cfr. D. 42,4,2 pr. y D. 8,5,18.

50. LENEL, *EP*³ p. 415. Cfr. D. 42,4,7 pr./1/2/6/13/14/16/18; D. 5,1,63, y Gai. 3,78. E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2059.

51. Como ya hemos indicado, LENEL, *EP*³ p. 302 s., no incluye este tipo de *missio in possessionem* en el Edicto Perpetuo (cfr. supra nn. 33 y 34) y, en el mismo sentido, E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2059, para quien esta *missio in bona* se daba en lugar del plazo concedido al marido para la restitución de la dote y como medio coactivo para lograr dicha finalidad. Por otra parte, y para este mismo autor, dicho tipo de *missio in possessionem* sólo otorgaría a la mujer la posesión y disfrute del patrimonio del marido. De los pocos textos que se nos conservan sobre esta *missio in bona mariti propter dotem*, ninguno de ellos nos da testimonio sobre la posibilidad de una venta para el caso de la no-restitución de la dote por parte del marido. Sin embargo, quizá con base en D. 40,1,21 (Pap. 10 resp.): *Servum dotalem vir qui solvendo est constante matrimonio manumittere potest: si autem solvendo non est, licet alios creditores non habeat, libertas servi impediatur, ut constante matrimonio deberi dos intellegatur*, se pueda deducir dicho efecto cuando, como en este caso, la única «deuda» es la de restituir

Dentro de este mismo grupo se dan unos casos que E. Weis⁵², reúne bajo la denominación genérica de *missio in bona mortuorum* y que también equivalen a una *missio in bona hereditatis*:

8) *Missio in bona eius cui heres non extabit*⁵³.

la dote y en donde la jurisprudencia clásica parece asimilar a la mujer a un acreedor. Sobre este texto vid. X d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 134, en donde el autor analiza el *eventus damni* en relación con la insolvencia patrimonial en el momento de realizarse un acto fraudulento. Sobre la misma equiparación de la mujer a los acreedores con relación a la dote, vid. CJ. 7,72,8 (de Diocleciano del año 294): *In possessionem rei servandae uxor defuncti vel alii creditores missi dominium ex hac causa tenentes adipisci minime possunt*. Sobre este texto, vid. S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 320 s., donde el autor pretende reservar el término *missio in possessionem rei servandae causa* exclusivamente para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores: «*rei servandae* è precisamente il nome che le nostre fonti danno all'*in possessione esse* dei creditori». Sin embargo, el mismo autor, en sede de conclusiones (p. 323) dice que «.. la causa della dote e quella del vindice. ., potevano essere riasunte (e per la dote abbiamo effettivamente visto che così avveniva) sotto la categoria della '*rei servandae causa*'»

52 E. WEISS, RE. XV 2, s.v. cit. col. 2059 s.

53. LENEL, EP.³ p. 416. Cfr. Gai. 2,67 y 3,78; D. 49,14,1,1 y CJ. 2,12 [13], 3,1. Se produce cuando se trata de un heredero voluntario que al término del *spatium deliberandi* repudia la herencia; en este caso se concede la *missio in bona* a los acreedores de la herencia para proceder a la venta (D. 28,8,1,1 y CJ. 6,30,9,2), cfr. E. WEISS, RE. XV 2, s.v. cit. col. 2059. Pero también tiene ocurrencia cuando se trata de un heredero necesario, ya que, aunque éste no puede repudiar la herencia, sí puede ejercitar el *ius abstinendi*. LENEL, EP.³ §§ 209, 210. *Si suus heres erit*, p. 418 s. Téngase en cuenta que en el caso del *servus* manumitido e instituido en el testamento, aquél se equipara a un heredero necesario, pero no puede abstenerse de la herencia. Prácticamente, en el mismo supuesto y con el mismo efecto de la *venditio bonorum* se hallan el *pupillus* (cfr. LENEL, EP.³ p. 419. *Si pupillus heres erit*) y el *pubes* (cfr. LENEL, EP.³ 420: *Si pubes heres erit*). Como vemos, también en estos supuestos estamos ante casos de *missiones in bona hereditatis* y de allí que no sea conveniente el empleo genérico del giro *missio in bona hereditatis*, pues también en los casos de *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* estamos ante *missiones in possessionem* que recaen sobre una herencia sin ser técnicamente *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, ya que no conducen al efecto propio de las *missiones in bona*: la *bonorum venditio*; cfr. supra nn. 60 y 61. Cfr. D. 14,3,20; D. 27,3,18; D. 36,1,46 [44] pr.; D. 42,5,4 pr.; D. 42,5,6 pr.; D. 42,5,6,2; D. 42,5,28; D. 42,6,1,7; D. 42,7,1 pr /1; D. 42,8,10,11; D. 42,8,24; Gai. 2,167 y 3,178.

9) *Missio in bona si heres suspectus non satlsdabit*⁵⁴.

Por último, dentro de este mismo grupo se dan unos casos que tanto Lenel⁵⁵, como E. Weis⁵⁶ reúnen bajo el epígrafe de *missiones in bona capite deminutorum*:

10) *Missio in bona eius qui exsilii causa solum verterit*⁵⁷.

11) *Missio in bona eius qui quaeve capite deminuti deminutae esse dicentur*⁵⁸.

B) *Missiones in possessionem* que en ningún caso conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida:

12) *Missio in possessionem damni infecti nomine*⁵⁹.

54. LENEL, EP³ p. 421. Cfr. E. WEISS, RE XV 2, s. v. cit. col. 2060. Cfr. D. 42,5,31 pr. y 3; D 42,6,1,6, y Gai. 2, 154/155/158.

55. LENEL, EP³ p. 421.

56. E. WEISS, RE XV 2, s. v. cit. col. 2060.

57. LENEL, EP³ p. 421, y E. WEISS, RE. XV 2, s. v. cit. col 2060, v Cic. *pro Quinct* 60. D. 42,4,13

58. LENEL, EP³ p. 117 y n. 7, donde Lenel remite a la denominación de *missio in possessionem rei servandae causa*. D. 42,4,6,2 y D. 42,6,39,1.

59. LENEL, EP³ p. 372, y E. WEISS, RE. XV 2, s. v. cit. col. 2060. Presenta la característica de que sólo recae sobre la cosa inmueble que amenaza daño por *vitium aedium* o *vitium loci* y produce, como efecto último, el que la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto* tiene categoría de *iusta causa* para adquirir la propiedad por usucapión. Cuando se trata de indefensión ante una acción de propiedad sobre un inmueble, el Pretor decreta una *missio in possessionem* únicamente sobre el inmueble, D. 11,1,20,1 (Paul. 2 *quaest.*): *In iure interrogatus, an fundum possideat, quaero an respondere cogendus sit et quota ex parte fundum possideat respondi. Iavolenus scribit possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat, ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur.* En las fuentes sólo identificamos estos dos casos de *missiones in possessionem* que recaen sobre un objeto determinado y que la doctrina suele denominar como *missio in possessionem rei* Parece ocurrir lo mismo en D. 39,2,45 (Scaev. 12 *Quaest*, tít. «*a quo fundus petetur si rem nolit defendere*»: *Aedificatum habes ago tibi ius non esse habere: non defendis ad me possessio transferenda est, non quidem ut protinus destruat opus (iniquum enim est demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris ius tibi esse aedificatum habere.* Además de que el texto no habla expresamente de *missio in possessionem* y trata de indefensión ante una acción negatoria al derecho del superficiario, no se comprende cómo se relaciona con D. 8,5,18 (cfr supra n 30) que trata de una indefensión ante una *vindicatio servitutis* que conduciría a una *missio in bona eius qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur*, pero con una finalidad meramente provisional. Según la doctrina actual, cuando se trata

- 13) *Missio in possessionem ventris nomine*⁶⁰.
- 14) *Missio in possessionem legatorum servandorum causa*⁶¹.
- 15) *Missio in possessionem ex edicto Hadriani*⁶².
- 16) *Missio Antoniniana*⁶³.

de una acción real sobre un mueble, la indefensión conduce a un decreto de entrega del mismo a favor del demandante (*iussum de duci vel ferri*), pero si la cosa mueble no está presente para que el demandante la pueda llevar, debe éste ejercitar una acción exhibitoria (*actio ad exhibendum*), que, al ser personal, lleva a la *missio in bona* si no es aceptada por el demandado que posee la cosa o dejó maliciosamente de poseerla; cfr. A. d'ORS, DPR.⁴ p. 137.

60. LENEL, EP³ p. 347, y E. WEISS, RE. XV 2, s.v. cit. col. 2061. Esta *missio in possessionem* sólo recae sobre la herencia del *de cuius* (cfr. supra n 22) y tiene solamente un carácter provisional; provisionalidad que no se prolongará más allá de los nueve meses contados a partir del fallecimiento del *de cuius*. Su confusión con una *bonorum possessio ventris nomine* iniciada por S. SOLAZZI (cfr. supra p 20). (Aunque ya MOMMSEN, ad D. 37,10,10 [Marcell. 7 dig.], al pretender corregir este pasaje, cae en el mismo error o confusión que Solazzi. La versión que propone Mommsen es la siguiente: *Cum mulier deferente herede iuraverit se praegnatem esse, bonorum possessio ventris nomine dari debet, vel denegari, si illa heredi detulit iusturandum partui tamen propterea nec dabitur nec denegabitur ex edicto Carboniano, cum causa cognita detur, possessio*. Mommsen pretende basar su corrección en D 12,2,3,3 y el fundamento de dicha corrección es correcto pero, en este último pasaje, se habla expresamente de *missio in possessionem ventris nomine* y no de *bonorum possessio ventris nomine*. Que ello es así nos lo confirma D 25,6,1 pr, texto que Mommsen no tuvo en cuenta. Por tanto, proponemos esta versión de D 37,10,10: *Cum mulier deferente herede iuraverit se praegnatem esse [bonorum possessio ex edicto Carboniano] <missio in possessionem ventris nomine>, dari debet, vel denegari, si illa heredi detulit iusturandum, cum causa cognita detur [possessio] <missio in possessionem ventris nomine>, ne aut heredi [bonorum possessio] <missio in possessionem ventris nomine> data faciat praeiudicium aut denegata ius ordinarium eripiat pupillo*) ha sido recibida por la doctrina frecuentemente. Así, el VIR s.v. *bonorum possessio*, col 589 L. 34 ss, refiere a ellos los siguientes textos: D 2,1,1; D. 2,1,3; D. 5,5,1, y D. 25,6,1,1. También hablan de *bonorum possessio ventris nomine*, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* II² (Roma, 1928) p. 497 n. 2; E. JOBBE-DUVAL, *Les «decreta» des magistrats pourvus de la «iurisdictio contenciosa inter privatos»*, en *Studi in onore di P. Bonfante* III (Milano, 1930) p 209 y n 217; M. LAURIA, *Note sul possesso*, en *Studi in onore di S. Solazzi* cit p. 793; P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I (Milano, 1960) p. 183; dubitativamente, R. MARTINI, *Il problema della «causae cognitio» pretoria* (Milano, 1960) p 150 n 64 y p. 153 y n 71, y A. METRO, *La datazione dell'editto «de inspiciendo ventre custodiendo que partu»*, en *Syntelesia Arangio-Ruiz* II cit., p 946 y passim S Perozzi (loc. cit.) y A Metro (loc. cit.) pretenden fundamentarla en el edicto de «*inspiciendo ventre*

Así, pues, podemos caracterizar las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, por las siguientes notas: en primer

custodiendoque partu» (D. 25,4) y, por su parte, M. Lauria (loc. cit.) pretende basar dicha *bonorum possessio ventris nomine* en LENEL, EP.³ § 147: *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, p. 347, en donde Lenel no habla de *bonorum possessio ventris nomine* sino de *missio in possessionem ventris nomine*. La cláusula de D. 40,4,13,3: «*ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo*» se debe entender en el sentido de concurrencia de la *bonorum possessio* de los hijos (*liberi*), y estos no pueden ser sino los ya nacidos, con la *missio in possessionem ventris nomine* que se concede a la mujer viuda encinta (*venter*) como protección física y jurídica al *nascituur*. Insisten en la misma idea de una *bonorum possessio ventris nomine*, P. F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, cit., p. 884 n. 5: «I principali casi di B. P. decretalis sono: 1. B. P. accordata provvisoriamente alla madre di un erede presunto soltanto concepito, D. 37,9, *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, già nota a Serv. Sulpicio ed a Labeone, D. 37,9,1,24»; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit. p. 376, s.v. *bonorum possessio ventris nomine*: «A *bonorum possessio* granted to a pregnant woman whose child is presumed to be the successor of the deceased father. This is provisory until the legitimacy of the child born and his rights of succession are established, D. 37,9» y p. 585, s.v. *missio in possessionem ventris nomine*: «A *missio* for the protection of the rights of a unborn heir. Its function was similar to the *bonorum possessio ventris nomine* when the father of the child was dead. D. 25,5; D. 25,6; D. 37,9»; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, repr. 10.^a ed. (Torino, 1966). p. 574: «In alcuni casi la *bonorum possessio* è conferita solo in via provvisoria. Tali sono: 1. la *bonorum possessio ventris nomine* concessa alla madre, che si ritiene incinta, a favore del nascituro: la quale cessa quando il nascituro non venga alla luce», y H. SIBER, *Romisches Recht II* (Darmstad, 1968) p. 337 n. 6, p. 338 y nn. 7 y 8, p. 367 y n. 7. En relación con la *missio in possessionem ventris nomine*, confundida con una *bonorum possessio ventris nomine*, tenemos la misma confusión, a la inversa, respecto a la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, que algunos autores identifican con una *missio in possessionem ex edicto Carboniano*. Así, URSICINO ALVAREZ-SUÁREZ, *Curso de derecho romano I* cit p. 499 y n. 547; F. SAMPER, *Derecho Romano* (Pamplona, 1974) p. 90; PABLO FUENTESECA, *Derecho Privado Romano* cit. p. 82, y J. L. MURGA, *Derecho Romano Clásico II El Proceso* (Zaragoza, 1980) p. 354 y n. 507. Estos mismos autores (LL cc.) confunden también la *bonorum possessio furiosi nomine* con la nombrada por ellos como *missio in possessionem furiosi nomine* y, el segundo autor llega a hablar de una *missio in possessionem* del *infans* «que hereda a un extraño (no a su padre) y no puede, por su edad, aceptar la herencia. Se le concede provisionalmente, para que acepte al llegar a la edad conveniente, y si muere dentro de la infancia, se entiende que nunca fue heredero». Sobre la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, vid. H. NIEDERMEYER, *Studien zum Edictum Carbonianum*, en SZ 50 (1930) p. 78 ss., y, sobre la *bonorum possessio furiosi nomine*, vid. KRUE-

lugar, generalmente recaen sobre todo un patrimonio y, en algunos casos, también recaen sobre una herencia; en segundo término, en todas ellas nos encontramos con que el *missus in bona* es acreedor directo del embargado o de la herencia; incluso en el caso de la *missio in bona mariti propter dotem* la jurisprudencia asimila a la mujer *missa in bona mariti* a un acreedor; en tercer lugar, todas ellas conducen a una licitación a través de una venta pública, ya sea inmediata o diferida y por ello se habla de *missiones in possessionem cum venditione* y, por último, como ocurre en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, aunque no exclusivamente, se separaba al deudor titular de su patrimonio embargado de la administración del mismo, y se procedía al nombramiento de un *curator bonorum*⁶⁴. Por consi-

GER, *Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft und der bonorum possessio durch das Hauskind, den pupillus und den furiosus*, en SZ. 64 (1944) p. 408 ss.

61. LENEL, EP³ p. 347, y E. WEISS, RE. XV 2, s.v. cit. col 2061. También recae exclusivamente sobre la herencia gravada con el legado (cfr. supra n 21).

62. LENEL, EP³ p. 363, no cree que sea edictal, teniendo en cuenta su época de aparición Cfr E. WEISS, RE. XV 2, s.v. cit. col 2061 En virtud de un edicto del emperador Adriano, con el fin de asegurar el pago del impuesto hereditario o *VICESIMA HEREDITATIS*, se concede una *missio in possessionem* sobre los bienes hereditarios poseídos por el difunto en el momento de su muerte al heredero instituido en un testamento válido en su forma exterior con tal de que lo solicite dentro de un año desde el momento de la apertura del testamento y pague el impuesto. Cfr. CJ. 6,33

63. E. WEISS, RE XV 2, s v cit. col 2062 No es más que una ampliación del régimen de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* por el emperador Antonino Caracalla, en el sentido de extender el embargo incluso a los bienes propios del heredero gravado con el legado condicional o a término y no sólo al patrimonio hereditario del heredero, cuando se ejercitaba la *actio ex testamento* del legado damnatario y no se conseguía la satisfacción del legado en el plazo de seis meses. No se crea que por esta ampliación la *missio Antoniniana* se puede calificar entonces de *missio in bona* o *missio in possessionem rei servandae causa*, pues, si bien es cierto recae sobre todo un patrimonio, tanto el propio del heredero como el hereditario, en ningún caso conducía a la venta del mismo, característica que define a las *missiones in bona* propiamente dichas o *missiones in possessionem rei servandae causa*

64. Para X d'ORS, *El interdicto fradatorio* cit. p. 90 s. «Hay otros supuestos en los que aparece como necesario el nombramiento de un *curator*, por causas diferentes de la anterior (*missio in bona debitoris* del concurso de acreedores). Nos referimos a las *missiones* que se prolongan más allá de los treinta días mencionados por Gayo, como sucede en el caso del *captus ab hostibus* sobre cuyo pa-

guiente, como las características anteriores son indubitables en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, en adelante tomaremos como caso paradigmático de la *missio in possessionem rei servandae causa* este tipo de *missio in bona*.

2. Criterio procesal en la determinación de la naturaleza jurídica de las «misiones in possessionem».

Como es sabido, de los dos juristas epigonales de la última jurisprudencia clásica, Paulo y Ulpiano, ambos tienen temperamentos muy diferentes; así, mientras Ulpiano habla, en bastantes ocasiones, de la *elegantia iuris* de otros jurisprudentes, Paulo es menos generoso en el elogio hacia otros jurisconsultos y no por activa sino por pasiva, es decir, habla de la «no-inelegancia», y eso únicamente en tres pasajes⁶⁵. Más aún, a veces se declara contra su mismo maestro Papiniano⁶⁶. Pero no sólo esto, sino que nuestro jurista, dando un salto mortal de tres siglos, hace al gran jurista Quinto Mucio Escévola, «El Pontífice», esta dura crítica: *Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus*

trimonio concede el Pretor a los acreedores la *missio in bona, ut non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur* (cfr supra n. 46 de nuestro trabajo; D. 42,6,2; D. 4,6,15 pr.; D. 27,3,7,1; D. 42,5,39,1; D. 42,5,22,1, y D. 50,4,4 *in fine*). «Igualmente, ha de nombrarse también un *curator* para el deudor ausente o personas equiparadas al ausente; en especial, al *pupillus indefensus* y al *absens rei publicae causa sine dolo malo*, cuyos patrimonios no pueden ser vendidos» (Para el ausente y personas equiparadas, vid. D. 42,4,7,10-2; D. 42,5,22,1 y D. 50,17,124,1. Para el pupilo y el ausente *rei publicae causa sine dolo malo*, vid. D. 42,4,6,1; *Tabula Heracleensis* lin 155 ss, y CJ 2,50 [51],4; cfr. D. 42,4,10; D. 42,5,35 y 39 pr.); «o bien cuando la incertidumbre acerca de la existencia de un heredero se prolonga mucho tiempo, de modo que el pretor *causa cognita*, permite a los acreedores la *missio* en los bienes hereditarios y, *si res urgeat vel condicio bonorum*, debe también nombrar un *curator*» (D. 27, 10,3 y D. 42,4,8 Cfr. D. 2,12,2; D. 42,5,22,1; el paréntesis es nuestro). «Las funciones que se atribuyen a este *curator bonorum* son la *custodia et rerum quae deteriores futurae sunt venditio*» (D. 26,7,48, el paréntesis es nuestro) «Por todo ello, creemos que el *curator bonorum* no puede considerarse, en el régimen de la *bonorum venditio*, un órgano concursal ordinario, sino, en todo caso, eventual».

⁶⁵ Cfr. D. 35,1,8 pr.; D. 46,3,8 y D. 50,16,25,1.

⁶⁶ Cfr. D. 23,3,60,4; ... *sed mihi hoc nequaquam placet...*

*ineptissimum est*⁶⁷. La doctrina romanística contemporánea, asumiendo dicho juicio de Paulo e implicando a otros juristas romanos, ha terminado, salvo casos excepcionales, por declararse a favor de éste en demérito de aquel jurista de la primera época clásica, quien tuvo el no modesto mérito de ser quien «*ius civile primum constituit generatim in libros decem et octo redigendo*» (D. 1,2,2,41). Así, pues, nos encontramos con dos estratos de controversia sobre la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem*: el que plantea Paulo y, segundo, el que desarrolla la doctrina romanística con base en el anterior. A pesar de que nuestro objetivo actual no es el de estudiar este tema en toda su complejidad, sí vamos a examinarlo desde la perspectiva procesal, puesto que estamos en el estudio de la defensa pretoria del *missus in possessionem*. Pero veamos antes la legitimación pasiva de algunos *missi in possessionem* a distintos recursos procesales.

i) *Legitimación pasiva del «missus in possessionem legatorum servandorum causa» al interdicto «quod legatorum»*

Si el gravado con un legado condicional o a término —*heres* o *bonorum possessor*— no prestaba la *cautio legatorum servandorum gratia*, el Pretor podía acordar a favor del legatario la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* de los bienes hereditarios hasta que el gravado con el legado o diera la *cautio* o, de lo contrario, hasta que se cumpliera la condición o hasta la llegada del término. Ahora bien, a propósito del interdicto *quod legatorum*, el jurista Ulpiano se plantea la cuestión de si puede el legitimado activamente —heredero o *bonorum possessor*— ejercitar el interdicto contra el que ha obtenido del Pretor la *missio in possessionem*. Dice D. 43,3,1,9 (Ulp. 67 *ad ed.*):

Quaesitum est, si quis legatorum servandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem, movet illud primum, quod non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit, deinde quod praetorem habet huius rei auctorem. tutius tamen erit dicendum hoc interdictum competere, maxime si satisdatum sit iam legatorum nomine nec recedat: tunc enim etiam possidere videtur⁶⁸.

67. D. 41,2,3,23. Sobre este texto vid. intra en esta misma sede 2 iv.

68. BESELER, *Beiträge* II (Tübingen, 1911) p 87, denuncia el *maxime si* como un giro típicamente postclásico, y, para este mismo autor en *Beiträge* III (Tü-

Como es sabido, el *missus in possessionem legatorum servandorum causa* no podía ser privado de su embargo, concedido en garantía del legado por el Pretor, más que en dos casos: si el heredero o *bonorum possessor* hacían efectivo el legado sin esperar al cumplimiento de la condición o la llegada del término y, en segundo lugar, si los mismos le daban la caución. Según la redacción actual del texto, Ulpiano parece dudar sobre la solución a adoptar, porque, en primer lugar, no se trata de una verdadera posesión (*non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa*) sino de una mera *custodia* y, en segundo término, porque la atribución provisional de la *missio in possessionem* procede del mismo Pretor que, a su vez, es quien concedería el interdicto *quod legatorum*, lo que no dejaría de ser una contradicción. Sin embargo, el jurista decide que se puede ejercitar el interdicto sobre todo si se hubiese prestado la *cautio legatorum servandorum gratia*, ya que *tunc enim possidere videtur*. De acuerdo con lo último, la solución de Ulpiano es lógica, pues, efectivamente, cuando ya le han garantizado los legados condicionales o a término al legatario, entonces la *missio in possessionem* no se justifica, puesto que ha cumplido su función coactiva sobre el heredero o el *bonorum possessor*. Por tanto, la motivación de Ulpiano *tunc enim possidere videtur* debemos entenderla referida, no a la *possessio* de la *missio in possessionem* decretada por el Pretor, sino referida a la *possessio naturalis* de quien ya no tiene fundamento pretorio para estar en detentación de lo embargado. Por ello Ulpiano, para evitar confusiones, había señalado previamente que *non possidet is qui missus est in possessionem legatorum causa*, y que contra él no procede el interdicto *quod legatorum* mientras no se le garanticen los legados; viceversa, si ya se le han garantizado, gracias a la coacción de

bingen, 1913) p. 148, la parte final desde *tutius*-fin sería un bizantinismo. Acepta la primera crítica de Beseler. C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, en *BIDR.* 14 (1901-1902) p. 182 s., quien critica además la última frase del texto... *tunc etiam possidere videtur*. Sin embargo, en contra de esa primera crítica de Beseler y la propia de Longo, P. LOTMAR, *Zur Geschichte des Interdictum «Quod legatorum»*, en *SZ.* 31 (1910) p. 111 n. 1. Sigue la segunda crítica de Beseler, G. SEGRE, *La clausola restitutiva nelle azioni «de servitutibus» e le formule delle azioni relative alla «servitus oneris ferendi»*, en *BIDR.* 41 (1933) p. n. 1; pero, en contra de la misma, LENEL, *Die Aktivlegitimation beim «Interdictum Quod legatorum»*, en *Mèlanges Girard II* (reim. Aalen, 1979) p. 82.

la *missio in possessionem*, entonces el interdicto *quod legatorum* sí procede contra el legatario⁶⁹.

ii) *Legitimación pasiva de los «missi rei servandae causa» y «legatorum servandorum causa» a la «actio ad exhibendum».*

Según Ulpiano, el jurista Juliano reconoce la legitimación pasiva de los *missi in possessionem rei servandae causa*⁷⁰ y *legatorum servandorum causa* a la *actio ad exhibendum*, de tal manera que el demandante pueda conseguir la posesión de la cosa y el demandado (*missus in possessionem*) continúe como tal; esto, aunque los *missi in possessionem* no son poseedores. Se dice en D. 10,4,5,1 (Ulp. 24 *ad ed.*), donde se compara al *missus in possessionem* con el usufructuario, que tampoco posee:

Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui usus fructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat inde Iulianus quaerit, quatenus hos oporteat exhibere: et ait priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat, is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione: eum vero qui usum fructum habeat sic, ut actor rem possideat, is cum quo agetur utatur fruatur⁷¹.

69. En el mismo sentido de nuestra interpretación actual del texto, M. J. GARCÍA-GARRIDO, *Posesión civilísima y legado*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Ursicino Alvarez-Suárez* (Madrid, 1978) p. 167 y n. 24, en donde el autor conserva toda la parte final del pasaje, excepto el *maxime*: «el interdicto compete si *satisdatum sit iam legatorum nomine nec (legatarius) recedat tunc enim possidere videtur*». Sobre otros supuestos de legitimación pasiva del legatario o presunto legatario al interdicto *quod legatorum*, vid. en este autor *ibid* p. 170 y nn. 36,37 y 38.

70. Téngase en cuenta que la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* la emplea Ulpiano para consignar el pensamiento de Juliano, quien no conoció aquella categoría nominal y, por tanto, debemos entender que Juliano se refería a los casos de *missiones in bona*, y lo que es incuestionable es que debía pensar, por lo menos, en el caso paradigmático de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores.

71. Excepto BESELER, *Beiträge I* (Tübingen, 1910) p. 21: «Das klassische Recht gibt gegen den *missus* keine *ru*, folglich auch keine *ae* Folglich haben Julian und Ulpian in D. 10,4,5,1 über den *missus* und wahrscheinlich auch über den *usus fructus nomine detinens* das Gegenteil von dem gesagt, was jetzt dasteht», seguido por M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle «missiones in possessionem»* (Fi-

iii) *Legitimación pasiva de los «missi in possessionem» a la acción reivindicatoria.*

Nuevamente, según Ulpiano, el jurista Pegaso negaba la legitimación pasiva a la acción reivindicatoria, entre otros, de los *missi in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, porque, según Pegaso, no disponían activamente del interdicto *uti possidetis* ni del interdicto *utrubi*. Sin embargo, para Ulpiano estos *missi in possessionem* también estarían legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria pues, aunque no son poseedores, *tenent et habent restituendi facultatem*.

D 6,1,9 (Ulp 16 ad ed).

Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat:

renze, 1939) p 17 n. 1, la doctrina acepta dicha legitimación pasiva a la *actio ad exhibendum* de los *missi in possessionem rei servandae causa* y *legatorum servandorum causa*, principalmente aquel sector que parte del criterio de la autonomía procesal de la *actio ad exhibendum*. En este sentido, M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, en *Annali Palermo* 26 (1957) p. 354 s. y p. 485 ss, y J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum'*, en *SDHI* 26 (1960) p. 225 ss., en cuyos estudios se recogen todas las críticas y múltiples interpretaciones de que ha sido objeto nuestro pasaje. Sí queremos destacar aquí un aspecto que nos afecta directamente y que no ha sido puesto de relieve suficientemente por la doctrina. En la primera parte del texto se nos dice: *eum qui rerum vel legatorum servandorum causa*, giro con el cual Ulpiano nos indica que se trata de la legitimación pasiva a la *actio ad exhibendum* de los *missi in possessionem rei servandae causa* y de los *missi in possessionem legatorum servandorum causa*, pero en la parte final, el mismo Ulpiano sólo se refiere a la *missio in possessionem rei servandae causa* (. *priorem...*, *is autem cum quo agetur rei servandae causa sit in possessione* .), con lo cual se nos presentaría la dificultad de que Ulpiano parece incluir la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* entre las *missiones in possessionem rei servandae causa*. Esta particularidad del pasaje debe explicarse como una despreocupación de Ulpiano de referirse a dos casos con un solo supuesto y luego no distinguirlos. Ulpiano procede así precisamente por el *servare* singular y *servandorum* en plural de uno y otro tipo de *missio in possessionem*, y los cuales reúne aquí con el plural *servandorum* para uno y otro, o quizá Ulpiano, por simplificar, no dijo en la parte final del texto: *rerum vel legatorum servandorum causa*, en concordancia con lo dicho por él al principio del texto, sino que se limitó a la *missio in possessionem rei servandae causa*.

ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel [dotis] ventris[ve] nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse, puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse⁷².

Cabe destacar de este pasaje dos cosas: la primera, que Ulpiano, consignando el pensamiento de Pegaso, no incluye en su lista de no legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria los casos de *missiones in possessionem rei servandae causa* o, en la que debió ser la terminología de Pegaso, las *missiones in bona*. Si Pegaso no las incluye, es porque al menos los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores sí estaban legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria según él y, por tanto, quizá todavía en época de este jurista los *missi*

72. Este pasaje ha sido intensamente criticado por la romanística, cfr *Index Interp s.l. y Suppl. s.l.*, pero destaquemos, en esta ocasión, aquellos indicios de interpolación que nos afectan actualmente. Así, en primer lugar, según R. DE RUGGIERO, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazione*, en *BIDR.* 19 (1907) p. 53 s., se debe excluir de la enumeración que da el pasaje la mención del *commodatum* y, en segundo término, según S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 320 s., a quien sigue LENEL, *EP.*³ p. 303 y n. 2, también debe de estar interpolada la *missio dotis servandae causa* que se nombra en el texto y que, para el segundo autor, quizá no era más que un caso de la general *missio in possessionem rei servandae causa* (cfr. supra n. 33) y en la cual la mujer *missa in possessionem* sí está pasivamente legitimada a la acción reivindicatoria; se entiende en un litigio de propiedad sobre algún bien objeto de la *missio in possessionem*. Por último, según S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* p. 322 n. 3, y HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹¹ (Graz, 1971) s.v. *possidere*, p. 439, y s.v. *vindicare*, p. 626, también estaría interpolada aquí, y en ello tienen razón los autores, la *missio in possessionem ventris nomine*. Cfr., en este último sentido, M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle «missiones in possessionem»* cit. p. 18 s., CHLOROS, *Unus casus und die Digesten*, en *SZ.* 74 (1957) p. 376 y n. 23; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit. p. 577 n. 412, y últimamente A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano* (Milano, 1966) p. 79 y n. 180. Algunos autores llegaron a ver en nuestro pasaje un caso de *retentio*; cfr. E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano I* (Milano, 1947) p. 27, aunque para este autor el pasaje sólo tiene como objeto la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria.

in bona debitoris del concurso de acreedores estaban legitimados activamente al interdicto *uti possidetis* en un litigio posesorio de un inmueble. En segundo término, llama la atención el hecho de que Ulpiano no hubiese incluido, al aplicar un criterio sustantivo para determinar los legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria, como es el de que lo están todos aquéllos que tienen la facultad de restituir la cosa inmueble, a los *missi in possessionem rei servandae causa* o, al menos, a los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores, quienes, indudablemente, tienen dicha facultad, y, en todo caso, también es indudable que no la tendrá el deudor embargado que ha sido separado de la administración de su patrimonio.

Volvamos ahora a nuestro punto de partida, es decir, a la crítica de Paulo a Quinto Mucio Escévola.

- iv) *Legitimación pasiva, de los «missi in bona debitoris» del concurso de acreedores, a la acción reivindicatoria, y legitimación activa de los mismos al interdicto «uti possidetis» hasta la introducción, en el Edicto pretorio, de un recurso propio.*

Excluida la legitimación pasiva a la acción reivindicatoria de los *missi in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine* y *damni infecti nomine*, para la época del jurista Pegaso, porque aquéllos no estaban legitimados activamente al interdicto *uti possidetis*⁷³, nos encontramos con que, al menos en el caso paradigmático de la *missio in possessionem rei servandae causa*, es decir, en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, el deudor embargado, al ser separado jurídica y materialmente de la administración total de su patrimonio, no estará legitimado ni activa ni pasivamente a ningún recurso procesal, pero sí lo estarán tanto activa como pasivamente, los acreedores *missi in bona debitoris*, a través del *curator bonorum*. Ahora bien, respecto a la legitimación activa para el interdicto *uti possidetis*, nos encontramos, indirectamente, con dos textos básicos a este respec-

73. Consecuentemente, legitimados activamente al interdicto *uti possidetis* serían, en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, el heredero o el *bonorum possessor*; en la *missio in possessionem ventris nomine* el heredero o el *honorum possessor*, y, en la *missio in possessionem damni infecti nomine* el propietario de la cosa que amenaza daño. Viceversa, éstos mismos serían los legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria.

to y, consecuentemente, de una forma directa con relación a la opinión de Quinto Mucio Escévola:

D. 41,2,3,23 (Paul. 54 *ad ed*)

Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa [(vel quia damni infecti non caveatur mitti)] 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 permittit⁷⁴

D. 42,4,12 (Pom. 23 *ad Q Muc.*)

Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit⁷⁵

74 La romanística crítica excluye del pasaje la lectura de la Florentina en la primera parte del fragmento [(vel quia damni infecti non caveatur mitti)]; cfr en este sentido G BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano* (Padova, 1937) p. 178; P BONFANTE, *Corso di diritto romano II 1* (Milano, 1966) p. 393; KUEBLER, *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der Republikanische Zeit*, en *Att Congr. Roma I* (Pavía 1934) p. 90; M F LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio nelle azioni 'in rem'*, en *Studi in onore di Emilio Albertario I* (Milano, 1953) p. 780 n. 2; R MARTINI, *Il problema della «causae cognitio» praetoria* cit. p. 83 y n. 26, MOZZILLO, *Contributi allo studio delle 'Stipulationes praetoriae'* (Napoli, 1960) p. 118 y p. 126 n. 135; BROGGINI, *Introduction au sequester*, en *Mèlanges Meylan I* (Lausanne, 1963) p. 44, y A METRO, *L'obbligazione di custodire* cit. p. 80 y n. 184. Por su parte, S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 317; Id. *Il concorso dei creditori I* cit. p. 23, a quien le sigue G BRANCA, *Danno temuto* cit. p. 178, excluye del texto, como interpolada, la *missio in possessionem ventris nomine*. Para otras críticas incidentales, cfr *Index Interp s1* Sobre la *iusta causa* de la *usucapio* del *missus in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, en relación con este pasaje, vid. F BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 53 s. Por último, respecto a la crítica de interpolación de Solazzi sobre la *missio in possessionem ventris nomine*, que este autor confunde con la denominada por él como *bonorum possessio ventris nomine*, remitimos a nuestra crítica de dicha confusión en la n. 20 de este trabajo.

75. Como hemos visto, este pasaje suele ser alegado por la doctrina para

Ahora bien, respecto a la interpretación del texto en el tema que nos afecta actualmente, es decir, la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem*, nos limitaremos a exponer, muy concisamente, el pensamiento de uno de los autores que ha reflexionado más extensamente sobre el mismo, G. Branca⁷⁶. En su estudio, Branca sale al paso de aquellos otros autores⁷⁷ que, en torno a la crítica de Paulo a Quinto Mucio Escévola, se ponen del lado de éste y reprochan a Paulo el haber interpretado mal el pensamiento de aquél: Quinto Mucio Escévola, según aquellos autores, al hablar de la *missio in possessionem rei servandae causa* se habría referido a la concesión de la posesión interina de las cosas hereditarias durante el litigio de *hereditatis petitio* a través de la *legis actio per sacramentum in rem*, aplicable en materia hereditaria incluso después de la *lex Aebutia*. Paulo, al basarse en D. 42,4,12 de Pomponio, habría interpretado mal el pensamiento de Q. Mucio Escévola, pues Pomponio le niega el carácter de *possessio* a las *missiones in possessionem rei servandae causa*. A dicha interpretación se opone Branca, por la razón de que, si bien es cierto acepta que la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* «... scritte dallo stesso Q. Mucio...»⁷⁸ se refiere a las *missiones in bona*, es decir, según Branca, a aquellas *missiones in possessionem* que recaen sobre todo un patrimonio, extendiendo la expresión a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* pero no a la *missio in possessionem damni infecti nomine* de la que habla la Florentina al

implicar a Pomponio en la opinión de Paulo y, por tanto, además de los autores que lo critican en la nota anterior (n. 74), también E. ALBERTARIO, *Il possesso romano*, en *BIDR* 40 (1932) p. 24, y DAUBE, *Concerning the classification of Interdicts*, en *RIDA* 6 (1951) p. 62 ss., en el sentido de excluir en este pasaje, como ya en el anterior, las *missiones in possessionem ventris nomine* y *damni infecti nomine*. Por su parte, A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano* (Milano, 1942) p. 98 y n. 2, siguiendo a S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 315 y n. 1, da por interpolado [*vel fideicommissi servandi*] <*servandorum*>, ya que la cláusula edictal sólo se referiría a los legados. S. Solazzi (loc. cit.) basa su crítica a esta parte del texto por la evidente contradicción entre *legatorum* en plural y *fideicommissi* en singular. Sobre la extensión del régimen de los legados condicionales o a término a los fideicomisos, cfr. *infra* V 9 i n. 234.

76 G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e *possesso* cit. p. 483 ss.

77 G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e *possesso* cit. p. 483 y bibliografía cit. *ibid.* n. 2.

78 G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e *possesso* cit. p. 484

inicio del fragmento ⁷⁹, no se explicaría la relación del embargo de todo un patrimonio en relación con la *legis actio per sacramentum in rem*, que versa sobre una cosa determinada y su posesión interina. Branca ⁸⁰ niega la mención de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, tanto en el pasaje de Paulo (D. 41,2,3,23), como en el de Pomponio (D. 42,4,12), porque, en el de Paulo, Q. Mucio Escévola no se hubiera referido con palabras genéricas a la *missio ex secundo decreto* que es un efecto exclusivo del *damnum infectum* y, además, este tipo de *missio in possessionem* no es *rei servandae causa*, a pesar de otros autores que dicen que Paulo pensaba en la *missio ex secundo decreto*, y, en segundo término, porque quizá, dice el autor, la *missio in possessionem damni infecti nomine* era desconocida en época de Q. Mucio Escévola. Tampoco en el pasaje de Pomponio, porque la expresión *bona possidere* del mismo no es aplicable a la *missio in possessionem damni infecti nomine* ya que ésta versa sobre un inmueble determinado. En todo caso, Branca, como los autores que critica, trae a colación el texto de Pomponio para apoyar la afirmación de Paulo, ya que «... Pomponio ... ricordi ed elenchi, si può dire, tutte le immissione fuorchè quella del creditore...» ⁸¹. Dado que Branca se encuentra con D. 43,17,3,8 de Ulpiano, que niega la protección del interdicto *uti possidetis* a los *missi in possessionem*, aunque éstos están defendidos con «...azioni speciali come quella dei D. 36,4,5,27 (interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, el paréntesis es nuestro) D. 43,4,1 pr. (*actio in factum*, el paréntesis es nuestro)» ⁸², trata de justificar el pensamiento de Q. Mucio Escévola desde el punto de vista sustantivo. Así, en primer lugar, según el autor, el giro *possidere iubere* que utilizan el Edicto y las leyes denotaría que las *missiones in possessionem* tienen carácter de *possessio*, al menos la *missio in possessionem rei servandae causa*. En segundo término, Branca critica la inseguridad de Pomponio en D. 42,4,12: ... *non possidemus, sed magis*, y Ulpiano en D. 36,4,5 pr.: ... *sed potius custodit*, para afirmar que las *missiones in possessionem* no son verdadera *possessio* sino que sólo conceden la *custodia rerum et observationem*. Por último, el autor

79. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 485

80. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 485

81. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 484

82. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 490.

sostiene que las *missiones in possessionem* se aproximan más a las figuras de las posesiones anómalas del acreedor pignoraticio, del precarista y del secuestrario que a las detenciones del comodatario y del depositario ya que estas últimas tienen como fuente el contrato, mientras las *missiones in possessionem* tienen como fundamento la orden pretoria «... anche per questo motivo non v'è niente di strano se gli antichi, vedendo la *possessio* nel sequestro, nel precario e nel pegno, ve la riconoscessero anche nelle *missiones in possessionem*, così vicine ad essi»⁸³. Para terminar, también aproxima las *missiones in possessionem* a la posesión del *ager publicus* «... il caso è analogo ... qua e là lo Stato autorizza la presa di possesso di beni propri (*agri publici*) o dei privati (*bona debitoris* o *heredis*). Mentre la concessione da parte del singolo difficilmente da origine ad un *possidere*... l'intervento di un organo pubblico renderebbe quasi ammissibile una configurazione del rapporto come quella di Q. Mucio...»⁸⁴. También sale en defensa de Q. Mucio Escévola, siguiendo las mismas pautas de argumentación de G. Branca, F. Bozza⁸⁵, quien confirma en todos sus puntos al anterior autor. Sí cabe destacar cómo F. Bozza pone de presente que, tanto el pasaje de Paulo como el de Pomponio, pertenecen a la *sedes materiae* de *usucapio* en las obras de ambos juristas⁸⁶, mientras que «... il giurista repubblicano doveva porsi da un altro angolo visuale e porre la classificazione a tutt'altro fine...». Al pensamiento de G. Branca se opone M. F. Lepri⁸⁷ con los siguientes argumentos: i) si la primera jurisprudencia clásica hubiese considerado las *missiones in possessionem* como verdadera *possessio*, les habría concedido la protección interdictal y D. 43,17,3,8 les niega expresamente la legitimación activa al interdicto *uti possidetis* «senza distinzione di epoche...»; y, sin fundamento en las fuentes, también añade la autora la no protección del interdicto *unde vi* a las mismas; ii) el hecho de que los *missi in possessionem* dispongan del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem*

83. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 491.

84. G. BRANCA, «*Missiones in possessionem*» e possesso cit. p. 491.

85. F. BOZZA, D. 41,2,3,23 e la classificazione cit. p. 616 ss.

86. F. BOZZA, D. 41,2,3,23 e la classificazione cit. p. 618 y n. 7. Para D. 41,2,3,23 cfr. LENEL, *Paling* I col. 1063: *De possessione et usucapione*, col. 1066 s., y para D. 42,4,12 cfr. LENEL, *Paling* II col. 72: *De possessione et usucapione*, col. 72 s.

87. M. F. LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio* cit. p. 780 n. 2

*missus erit*⁸⁸ demostraría que dichas *missiones in possessionem* no fueron aproximadas al secuestro o al precario, y respecto a la prenda sólo fueron asimiladas en la época bizantina bajo la denominación de «*pignus praetorium*», y iii) el fenómeno de la *possessio* del *ager publicus* es un fenómeno muy complejo en el cual no se puede hablar propiamente de concesión del *ager publicus*, sino más bien de ocupación del mismo (*agri occupatorii*); fenómeno que no se puede acercar a las *missiones in possessionem* ya que mientras aquél es un bien patrimonial, éstas son solamente un instrumento procesal que cumple una determinada finalidad según el tipo de *missio in possessionem* de que se trate. La autora acepta las alteraciones sufridas por D. 41,2,3,23 y señaladas por la crítica y concluye así: «... ma anche qualora si voglia salvare quella parte del frammento che riferisce il pensiero di Q. Mucio e si voglia considerare che il giureconsulto repubblicano concepisse il rapporto fondato dalla *missio* come *possessio*, si dovrebbe concludere considerando l'idea di Q. Mucio come idea isolata e ripudiata dalla giurisprudenza e dalla prassi»⁸⁹.

Por nuestra parte, a la crítica de M. F. Lepri debemos hacer estas matizaciones: i) que la autora, al hablar de la no defensa interdictal a través del interdicto *uti possidetis*, cosa que aparece probada expresamente por las fuentes, también incluye en esta no-defensa interdictal de los *missi in possessionem* el interdicto *unde vi*; ahora bien, en las fuentes no encontramos testimonio expreso, como para el interdicto *uti possidetis*, que niegue la legitimación activa de los *missi in possessionem* al interdicto *unde vi*. Ello es así porque el interdicto *unde vi* que como el *uti possidetis* versa sobre inmuebles, es un interdicto restitutorio y respecto a los *missi in possessionem* no se podía plantear tal circunstancia, y ii) cuando la autora argumenta diciendo que el hecho de que los *missi in possessionem* dispusiesen del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* demuestra que las *missiones in possessionem* no fueron aproximadas ni al secuestro ni al precario ni a la prenda, debemos tener en cuenta que para la *missio in*

88. La autora, siguiendo a Lenel, distingue tres interdictos para cada una de las *missiones in possessionem*: *legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti nomine*.

89. M. F. LEPRI, *A proposito della cosiddetta indefensio* cit p. 780 n. 2 (en p. 781 *in fine*)

possessionem rei servandae causa no aparece en las fuentes la aplicación del mencionado interdicto, y es precisamente en torno a este tipo de *missio in possessionem* donde se plantea la discusión. Así, pues, ni asumimos la tesis de Branca, que sostiene que para la época clásica las *missiones in possessionem* tenían carácter de *possessio*, contra toda evidencia y a favor de Q. Mucio Escévola, ni tampoco asumimos la tesis de M. F. Lepri, quien descalifica el pensamiento de Q. Mucio Escévola, también contra toda evidencia, y a favor de Paulo.

Una crítica formal que se puede hacer a los autores que han estudiado el tema es la de que no han tenido en cuenta que la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* no fue empleada por Q. Mucio Escévola y que, por tanto, a la categoría nominal que empleó este jurista se superpone la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* empleada por Paulo en su texto (D. 41,2,3,23) para exponer el pensamiento de Mucio Escévola; testimonio al cual damos crédito. Tanto los críticos de Q. Mucio Escévola que apoyan a Paulo en su censura, como los defensores de Mucio Escévola que censuran a Paulo en su crítica, han partido de esta limitación lingüística: el creer que aquel neologismo era una categoría nominal tradicional en la jurisprudencia romana, cuando apenas surge en el siglo II d. C.; ello no podía conducir más que a una errónea interpretación del pensamiento del jurista de la primera época clásica. Así, es injustificada la crítica de interpolación que hace Branca a la mención de la *missio in possessionem damni infecti nomine* en la segunda parte del texto de Paulo (D. 41,2,3,23), salvo la alteración justiniana para designar la *usucapio*: ... *per longam possessionem capere*, y en el de Pomponio (D. 42,4,12) bajo el argumento de que aquélla no existía para la época de Q. Mucio Escévola, tema sobre el que no entramos aquí; pero de ser así, debemos tener en cuenta que quienes escriben son Paulo y Pomponio, para cuya época es indiscutible que sí existía este tipo de *missio in possessionem* y, al redactar sus obras, no podían menos que situarla en el elenco de *missiones in possessionem*, también en estos dos pasajes. La pretensión de Branca de dar carácter de *possessio* en sentido técnico al menos a la *missio in possessionem rei servandae causa* con base en el giro *iubere possidere* que aparece en las fuentes, no tiene fundamento, pues, como veremos más adelante⁹⁰,

90 Cfr. infra nn. 95 y 156.

dicho giro sólo tiene carácter técnico para designar la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*. En cambio, es acertada la intuición de F. Bozza al considerar que Q. Mucio Escévola miraba la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores (para esta autora se trataba de la *missio in possessionem rei servandae causa* que aparece en el texto de Paulo) desde una perspectiva distinta a la de Pomponio y Paulo. En efecto, este último jurista piensa en la *possessio ad usucapionem* en relación con las *missiones in possessionem* y de allí la extensa e inútil argumentación de Paulo pasando por las demás *missiones in possessionem* hasta encontrarse con la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, que parece situarlo en contradicción con su crítica inicial, puesto que el *missus in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto* es un *possessor ad usucapionem*; mientras que Q. Mucio Escévola pensaba en la *possessio ad interdicta* y concretamente sobre el interdicto *uti possidetis* respecto a las *missiones in possessionem*, para el cual sólo están legitimados activamente en su época los *missi in bona debitoris* (del concurso de acreedores) y, posiblemente, algún otro caso de *missio in possessionem rei servandae causa*; piénsese, por ejemplo, en el caso del *absens rei publica causa sine dolo malo*. En otros términos, Q. Mucio Escévola miraba la situación desde una perspectiva procesal y no sustantiva como hace Paulo; por ello hablamos de inútil argumentación de este jurista en su crítica a Q. Mucio Escévola.

Veamos ahora nuestra interpretación. En D. 41,2,3,23, Paulo sólo pone en boca de Quinto Mucio el siguiente pensamiento: ... *Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa*⁹¹; todo lo que sigue, desde el intemperante *ineptissimum est*, corresponde ya al pensamiento y las palabras propias de Paulo. Ahora bien, ¿cuál pudo haber sido el pensamiento genuino de Q. Mucio Escévola? En nuestra opinión, el mismo jurista Paulo nos lo indica en su texto cuando inmediatamente después del *ineptissimum est*, agrega *nam qui creditorem*, es decir, en la lectura que Paulo hace de la obra de Escévola, éste hablaba de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, quizá sin generalizar su pensamiento para todo tipo de *missio in bona*, a pesar de que en éstos nos encontramos tam-

91. Recordamos aquí que el mismo Quinto Mucio Escévola no empleó el giro *rei servandae causa* sino que tuvo que haber utilizado el tradicional *missio in bona*

bién con la figura del acreedor. Por tanto, la opinión del gran jurista de la primera época clásica se limitaba a dar carácter de verdadera *possessio* a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, caso paradigmático de la *missio in possessionem rei servandae causa* (neologismo que aquí emplea Paulo quizá desaprensivamente). Que Q. Mucio Escévola sabía lo que decía, lo confirma el segundo texto transcrito arriba, D. 42,4,12, en donde Pomponio, comentando precisamente el pensamiento de Escévola, se limita a negar el carácter de *possessio* técnicamente entendida a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, sin que Pomponio manifieste allí ningún desacuerdo con Q. Mucio Escévola, es decir, sin que este jurista hubiese dicho cosa distinta de lo que dice Pomponio. Por el contrario, Pomponio calla respecto a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores u otros casos de *missiones in possessionem rei servandae causa*⁹². Por tanto, a diferencia de aquel sector de la doctrina romanística que pretende ver divergencia de criterio entre Q. Mucio Escévola y Pomponio, para fundamentar a Paulo, nosotros creemos que el pensamiento de Q. Mucio se puede reconstruir con los dos textos de estos dos últimos juristas: Q. Mucio, según Pomponio, le negaba el carácter de *possessio* a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*; en cambio, Mucio Escévola, según Paulo, le reconoce carácter de *possessio* al menos a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores; tema sobre el que no se pronuncian, prudentemente, ni Pomponio en D. 42,4,12, ni Pegaso en D. 6,1,9, pero tampoco Juliano en D. 41,5,2 pr.⁹³, y únicamente Ulpiano en D. 43,17,3,8⁹⁴, precisamente a propósito del interdicto *uti possidetis*, niega a los acreedores *missi*

92. Pomponio, contemporáneo de Venuleyo, autor de este neologismo, no lo emplea en sus obras. No se diga que en D. 41,2,10,1 (Ulp. 60 *ad ed*) en donde Ulpiano comenta el pensamiento de Pomponio, es este último quien emplea la categoría nominal nueva sino que es Ulpiano el que la utiliza. Cfr. texto infra n. 107; cfr. infra n. 108.

93. D. 41,5,2 pr. (Iul. 44 *dig.*): *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem eius, qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione ius pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.*

94. Cfr. infra V 9 iii y n. 277.

in bona debitoris la legitimación activa para dicho recurso, *quia non possident*, pero sin dar saltos mortales de tres siglos como lo hace su contemporáneo Paulo, es decir, sin criticar a Q. Mucio el hecho de concederles a los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores el carácter de poseedores en sentido técnico. Cuando Paulo en D. 41,2,3,23 comienza a argumentar contra Q. Mucio trayendo a colación las otras *missiones in possessionem*, su argumentación no tiene ninguna validez ni implica ninguna novedad porque, conforme al testimonio de Pomponio, tampoco para Q. Mucio las demás *missiones in possessionem* eran de verdadera *possessio*. Más aún, cuando Paulo, en la parte final del texto, argumenta con la *missio in possessionem damni infecti nomine* en la cual se distingue entre un primer decreto que sólo concede la *custodia et observantia* de la cosa que amenaza ruina, y un segundo decreto que concede una *possessio ad usucapionem*⁹⁵, que nos podría hacer pensar en una omisión de Q. Mucio Escévola, sin embargo, ello no es así porque la *possessio* del *missus in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto* queda subsumida en el carácter de propietario bonitario que tiene este *missus in possessionem*

95 Sólo en este tipo de *missio in possessionem* hablan las fuentes de dos decretos, distinguiéndose así una *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*: D. 39,2,15,17, y una *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*: D. 39,2,15,16 y D. 39,2,15,17. Sobre esto cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit p. 32 s. Por lo demás, las fuentes designan el primer decreto con el giro *in possessione esse*, mientras el segundo decreto con el giro *iubere possidere*. Cfr para ambos conjuntamente. D.1,21,4,1; D. 4,6,15,2; D. 10,3,4,4; D. 10,3,7,9; D. 23,5,1 pr., D. 27,9,3,1; D. 27,9,5,3; D. 39,2,4,4; D. 39,2,7 pr., D. 39,2,12; D. 39,2,13,11; D. 39,2,15,17; D. 39,2,15,19; D. 39,2,15,20; D. 39,2,15,21; D. 39,2,15,22; D. 39,2,15,23; D. 39,2,15,25; D. 39,2,15,26; D. 39,2,15,27; D. 39,2,15,33; D. 39,2,18,15, y D. 41,2,10,1. Por otra parte, el giro *iubere possidere* aparece empleado para otras *missiones in possessionem*; así, en D. 8,5,18 (Iul. 6 ex Min.) para la *missio in bona eius qui vindicem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur*; en D. 27,9,3,1 (Ulp. 35 ad ed.) y D. 36,4,5 pr (Ulp. 52 ad ed.) (cfr texto infra n. 102) para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; en D. 42,4,12 (Pomp. 23 ad Q. Muc.) para las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *damni infecti nomine*, y en D. 50,1,26,1 (Paul. 1 ad ed.) para las *missiones in possessionem rei servandae causa*, *dotis servandae causa* y *legatorum servandorum causa*. En nuestra opinión, en estos casos no se debe pretender darle a dicho giro el significado técnico que tiene a propósito de la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*.

(*ex secundo decreto*) y, para efectos procesales, defendida directamente por la *actio Publiciana* y el interdicto *unde vi*⁹⁶, haciendo inútil así el interdicto *ut possidetis*. Por consiguiente, si para la época de Quinto Mucio, los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores disponían del interdicto *uti possidetis*, ello quiere decir que para esta misma época los acreedores *missi in bona debitoris* tenían la naturaleza jurídica de poseedores técnicamente hablando, es decir, legitimados activamente al interdicto *uti possidetis*⁹⁷, pero también legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria. Indudablemente, la naturaleza de la situación jurídica de los acreedores *missi in bona debitoris* fundamentada en el decreto pretorio, como todas las *missiones in possessionem*, y protegida por el interdicto *uti possidetis* respecto a los inmuebles, debió circunscribirse a lo siguiente: que esa protección pretoria se limitaría a la *vis*, pues de los otros dos términos de la cláusula de posesión viciosa del interdicto: *nec clam nec precario* no era posible hablar respecto a los acreedores *missi in bona debitoris*. Por tanto, debió sentirse la necesidad de introducir un interdicto también prohibitorio como el *uti possidetis*, pero no de retener, como éste, sino de adquirir la detentación de los inmuebles embargados, pero limitado a la represión de la *vis*⁹⁸. En todo caso, hasta ese momento de la introducción de un nuevo interdicto, más práctico que el *uti possidetis* y que ya no le daba la categoría de poseedores a los *missi in bona debitoris* porque en su fórmula no aparecería la palabra *possessio*, sin que por ello los acreedores *missi in bona debitoris* dejaran de estar legitimados pasivamente a la acción reivindicatoria y quizá por ello, aunque no exclusivamente, se debió ir introduciendo en la jurisprudencia la idea de que legitimados pasivos a la reivindicatoria eran aquéllos que tenían la facultad de restituir la cosa, como dice Ulpiano, hasta ese momento —decíamos— la jurisprudencia pudo hablar cómodamente de los acreedores *missi in bona debitoris* como poseedores en el sentido técnico de esta última palabra.

En conclusión, en la crítica de Paulo a Quinto Mucio Escévola,

96. Cfr. D. 39,2,18,15. Cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 56. Aunque debemos tener en cuenta que la *actio Publiciana* debió de ser introducida en el Edicto probablemente por el Pretor Quinto Publicio en el año 67 a. C., es decir, quince años después de la muerte de Q. Mucio Escévola († 82 a. C.); cfr. infra IV 1 y n. 147.

97. En el mismo sentido A. d'ORS, *DPR*⁴ p. 194 y n. 9.

98. Sobre este nuevo recurso pretorio cfr. infra V 9 iii.

aquel jurista no está respaldado en la misma por ningún otro jurista romano, ni antecesor ni contemporáneo suyo, pues cuidadosamente evitan el tema, bien porque lo comprendían perfectamente, dándose cuenta del cambio de perspectiva procesal en el transcurso de tres siglos, bien por su gran respeto y veneración a la tradición jurisprudencial de los *veteres*. De ninguna de las dos cosas hace gala nuestro jurista Paulo en torno a este tema.

3. «*Missiones in possessionem custodiae causa*»

Una vez que la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores perdió el carácter de *possessio*, es decir, dejó de estar tutelada por el interdicto *ut possidetis*, entonces, a partir de ese momento, pudo hablar de jurisprudencia, sin reparos, de una simple *custodia rerum et observantia*⁹⁹ como finalidad general para todas las *missiones in possessionem*. Así lo hace Paulo en D. 41,2,3,23¹⁰⁰; de esta opinión era ya Pomponio en D. 42,4,12¹⁰¹ y luego Ulpiano en D. 36,4,5 pr.¹⁰², quien,

99. Para A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit. p. 83 y n. 191, la *custodia* en las *missiones in possessionem* «... attribuisce poteri variabili e precisamente quei poteri richiesti caso per caso dallo scopo di sorveglianza della cosa che sta a base del provvedimento del magistrato», y señala como ejemplos de la diferencia de poderes de la *custodia* en las *missiones in possessionem*, las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *damni infecti nomine*; mientras que para el autor (p. 85) la *observantia* «... è un sinonimo della custodia, nella sua accezione volgare, designando l'attività di sorveglianza e vigilanza di una cosa».

100. Cfr. texto supra en esta sede 2 iv y n. 74.

101. Cfr. texto supra en esta sede 2 iv y n. 75. Y antes que Pomponio, Juliano en D. 41,5,2 pr., cfr. texto supra en esta sede 2 iv y n. 93.

102. D. 36,4,5 pr. (Ulp. 52 ad ed.): *Is cui legatorum fidei commissorum nomine non cavetur missus in possessionem numquam pro domino esse incipit. nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem*. Mientras la primera parte del pasaje *Is cui legatorum .. datur*, se considera sustancialmente clásica, la segunda parte [*neque-fin*] ha sido criticada como interpolada por E. ALBERTARIO, *L'uso classico e l'uso giustiniano di 'extorquere'*, en *BIDR.* 32 (1911) p. 317; G. BRANCA, *Danno temuto* cit., p. 146, y A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale* cit. p. 96 y n. 3. Sin embargo, para S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I p. 103 n. 1, y A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit. p. 80 y n. 183, en el presente párrafo sólo se tendría una alteración glosemática en la frase final [*ut saltem taedio - fin*],

en este pasaje y a propósito de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, señala además la finalidad de dicha *custodia et observantia* para este tipo de *missio in possessionem* y creemos que valedera también para la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto: ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem*, y nuevamente Ulpiano en D. 43,3,1,9¹⁰³. Curiosamente, Ulpiano, en D. 43,17,3,8¹⁰⁴ distingue las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine* y *damni infecti nomine* de las *missiones in possessionem rei servandae causa*, denominando aquéllas bajo el término genérico de *missiones in possessionem custodiae causa*, y este giro vuelve a emplear Ulpiano en D. 36,4,5,22¹⁰⁵ referido a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*. Sin embargo, el jurista Paulo, en el ya citado D. 41,2,3,23, parece englobar bajo el término *missio in possessionem custodiae causa* todos los tipos de *missiones in possessionem*, incluida la *missio in possessionem rei servandae causa*, o al menos uno de sus tipos como es el que aparece en D. 42,4,9,1¹⁰⁶ respecto a los acreedores de una herencia

y, por último, sostiene la clasicidad del texto, M. F. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle «missiones in possessionem»* cit. p. 114.

103. Cfr. texto supra en esta misma sede 2 i y n. 68.

104. Cfr. supra n. 94; infra V 9 iii y n. 277.

105. D. 36,4,5,22 (Ulp. 52 ad ed.): *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, et fructus custodire et cetera debet. et pati quidem heredem colere agros et fructus redigere, sed custodire legatarium fructus oportebit, ne ab herede consumantur: quod si heres fructus nolit cogere, permittendum erit legatario cogere fructus et coactos servare. quin immo si tales sint fructus, quos primo quoque tempore venire expediat, vendere quoque legatario permittendum est et pretium servare. in ceteris quoque rebus hereditariis missi in possessionem hoc erit officium, ut universas res hereditarias colligat et ibi custodiat, ubi domicilium defunctus habuit, et, si nulla domus sit, habitationem conducat vel horreum quoddam, in quo res collectae custodiantur. et puto ita legatarium custodire res hereditarias debere, ut neque heredi auferantur neque depereant deterioresve fiant* Cfr. *Index Interp.* s. 1., en donde las críticas actuales al texto no afectan a nuestro interés actual.

106. D. 42,4,9,1 (Paul. 57 ad ed.): *Si alter ex heredibus intra tempore sibi praestituta deliberet adire hereditatem, alter vero neget se aditurum, videndum est, quid creditoribus agendum sit. et placet interim eos in possessionem mittendos custodiae causa, donec appareat, is qui deliberat utrum adgnoscat partem suam an non adgnoscat*. Aparte la crítica que considera interpolado todo el pasaje, también se han denunciado como espurios [*adire hereditatem*] y [*donec-fin*]; cfr. *Index Interp.* s. 1.

yacente en la cual el instituido heredero está deliberando sobre su aceptación; y en el mismo sentido general de Paulo, habla también Pomponio en D. 41,2,10,1¹⁰⁷ según el testimonio del mismo Ulpiano, el cual no se opone aquí a dicha generalización del término *missio in possessiones custodiae causa* para todas las *missiones in possessionem* hecha por Pomponio¹⁰⁸ y Paulo.

Así, pues, concluimos con A. Metro que la *custodia (et observantia)* de que se habla en la jurisprudencia respecto a las *missiones in possessionem* no tiene un carácter técnico, como la *custodia* contractual, sino que se refiere a una *custodia* en el sentido de vigilancia, salvaguardia o conservación de una cosa, un derecho o un patrimonio; *custodia* que tendrá una mayor o menor intensidad para el *missus in possessionem* según el tipo de *missio in possessionem* de que se trate. En relación con esto último se debe tener sumo cuidado cuando se trata de establecer los matices de esa *custodia* para cada caso concreto, ya que en las fuentes, generalmente, se encuentran citadas varias clases de *missiones in possessionem* en un mismo pasaje, allí donde el jurista está comentando una determinada *missio in possessionem* pero confrontándola con las demás; ello no indica que la misma acumulación

107. D. 41,2,10,1 (Ulp 69 ad ed): *Idem Pomponius bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset (est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse. denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit* El *Index Interp.* s. l. cita como crítico de este párrafo a BESELER, *Textkritische Studien*, en SZ 53 (1933) p. 8; pero allí Beseler se refiere a D. 41,2,10,2 y no a nuestro texto. En cambio, es correcta la cita que hace el *Index Interp.* s. l. de S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano I*² cit. p. 880 y n. 5, en donde el autor da por interpolado todo el paréntesis actual del párrafo [(*est autem - causa*)], ya que, según él, lo mismo ocurre en D. 41,3,33,6. «Nelle fonti però si tenta talora con interpolazioni di porre in antitesi i due istituti dove i classici considerano la locazione conduzione come un caso di precario», y H. SIBER, *Romisches Recht* cit. p. 132, quien reintegra en el texto . . . *damni infecti <nomine in possessione missi>*. Cfr. supra n. 92.

108. Conviene recordar, nuevamente, que Pomponio, contemporáneo de Venuleyo, no emplea la categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa*, al menos no en su obra disponible. Sin embargo, ello no impide que el mismo jurista hubiese hablado de *custodia* a propósito de las *missiones in bona*. Cfr. supra n. 92. Excepcionalmente, Ulpiano en D. 10,3,7,8 emplea el giro *custodiae gratia* refiriéndose a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*

haya ocurrido por interpolación necesariamente; prejuicio en el que ha solido caer la romanística crítica.

4. La alternancia «causa» y «nomine» (ó «gratia») en las «missiones in possessionem»

Hemos venido designando nuestros cuatro tipos principales de *missiones in possessionem* de la siguiente forma unitaria y constante: *missio in possessionem rei servandae causa*; *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; *missio in possessionem ventris nomine*, y *missio in possessionem damni infecti nomine*. Ahora bien, de estas denominaciones podemos destacar un paralelismo dual:

- | | |
|----------------------------|--|
| i) <i>servandae causa</i> | ii) <i>servandorum^o causa</i> |
| iii) <i>ventris nomine</i> | iv) <i>damni infecti nomine</i> |

Cabe destacar el deverbativo exclusivo de *servare* en i y ii, que, en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y en los demás casos de *missiones in bona*, haría referencia a la conservación o salvaguardia de un patrimonio respecto a los acreedores del mismo, tanto en su sentido jurídico como, al menos para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, en sentido material, es decir, en que la detentación del patrimonio corresponde a los acreedores a través del *curator bonorum*; mientras que con relación al legado condicional o a término, se hace referencia al mismo legatario en el sentido de que el heredero o *bonorum possessor* debe garantizar a aquél la conservación o salvaguardia, no tanto de la cosa misma objeto del legado como el derecho mismo del legatario, aunque ese derecho de un legado condicional no existe sino hasta el momento del cumplimiento de la condición o, a pesar de existir el derecho, su exigibilidad se retrasa hasta la llegada del plazo en el legado a término. Y, por otro lado, cabe destacar también la antítesis que nos encontramos en los adjetivos *causa*, en i y ii, y *nomine*, en iii y iv; de todos modos la terminología, en las mismas fuentes jurídicas y mucho más en la doctrina romanística, no es completamente estable y segura. Por ello precisamente conviene destacar una mayor o menor constancia en el empleo de uno u otro términos en cada una de las *missiones in possessionem*, teniendo en cuenta lo siguiente: que la *missio in possessionem* está en

función de una correspondiente estipulación pretoria tanto para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* como para la *missio in possessionem damni infecti nomine*; mientras que, por otro lado, la *missio in possessionem* no está en función de una correspondiente estipulación pretoria en la *missio in possessionem rei servandae causa*, sino en función de un derecho del acreedor, y, en la *missio in possessionem ventris nomine* en función de la protección pretoria de la mujer viuda embarazada respecto al *nasciturus*.

Ahora bien, así como respecto al neologismo *missio in possessionem rei servandae causa*¹⁰⁹, respecto a la *missio in possessionem ventris nomine*¹¹⁰, y respecto a la *missio in possessionem damni infecti nomine*¹¹¹, las dos primeras sin relación a una estipulación pretoria y la segunda con relación a la *stipulatio damni infecti nomine* pero que no asegura ningún derecho porque en el Derecho romano clásico el daño de cosa inanimada no estaba sancionado *ex lege*¹¹², la jurisprudencia es constante y estable en el sentido de que no perturban estas tres denominaciones sustituyendo los adjetivos *causa*, para la primera, y *nomine* para las dos segundas, con otros adjetivos; así también con relación a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, que está en relación con una caución pretoria y asegurando un derecho¹¹³,

109. Cfr. textos supra n. 4.

110. Cfr. textos supra n. 2.

111. Cfr. textos supra n. 3.

112. A propósito de esta *cautio de damno infecto* las fuentes también utilizan el adjetivo *nomine*: D. 39,2,13,13: ... *nomine caveri damni infecti*...; D. 39,2,24,10: *si damni infecti ... nomine tibi promisero* ..., y, en ningún caso emplean el adjetivo *causa* para esta caución.

113. Podría pensarse lo contrario para el caso del legado condicional en el cual hasta que no se cumple la condición no se adquiere el derecho al mismo; mientras está pendiente la condición, el heredero debe garantizar al legatario la conservación de su posible derecho mediante la *cautio legatorum servandorum gratia*. Sin embargo, con base en D. 42,4,14,1 (Ulp. 2 *quaest.*): *Sed et si quis legatorum servandorum causa missus in possessionem admissus non est, si legati condicio pendeat, licet possit deficere, aestimatur tamen id quod legatum est, quia interest eius cautum habere*, creemos que la sanción para que el heredero dé dicha caución consistente en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* lleva a la consideración de que si bien es cierto el legado *sub condicione* no es adquirido antes de cumplirse la *condicio*, sin embargo, hay una expectativa pendiente, que el Pretor defiende; expectativa que, por lo demás, es transmisible al heredero del legatario condicional Cfr. D. 36,3,1,3.

la misma jurisprudencia y la doctrina romanística contemporánea son más indecisas en el calificativo de la misma, pues en las fuentes observamos un verdadero intercambio de los adjetivos *causa*, *gratia* y *nomine* aplicados a la estipulación pretoria y a la *missio in possessionem* correspondientes. En efecto, algunos autores, entre ellos Lenel¹¹⁴, atendiendo únicamente a la rúbrica de la compilación jurisprudencial de la estipulación de los legados, D. 36,3: *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*, hablan de la misma empleando el adjetivo *causa*. Sin embargo, a pesar de aquella rúbrica del Digesto, la jurisprudencia no emplea el adjetivo *causa* para referirse a la caución, sino que utiliza los adjetivos *nomine* (más frecuentemente) o *gratia*¹¹⁵. El mismo Lenel¹¹⁶, al reconstruir la fórmula de la *stipulatio*, no habla en ella de *causa* sino de *nomine*. Por consiguiente, en este aspecto, como también en el que hace referencia a la extensión de la *cautio* y de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* a los fideicomisos¹¹⁷, deben de estar interpoladas las rúbricas de D. 36,3: *ut*

114. LENEL, EP.³ p. 369 y p. 539.

115. Así tenemos, en la *sedes materiae* de la *cautio legatorum servandorum gratia*: Ulpiano, D. 36,3,1 pr.: *legatorum nomine satisfacere* ..; D. 36,3,1,6: .. *legatorum nomine* .. *cavent*; D. 36,3,1,11: ... *legatorum nomine satisfactio*; D. 36,3,1,19: ... *caverint legatorum nomine*; D. 36,3,8: *cum legatorum nomine satisfactum*, D. 36,4,5 pr.: *ius cui legatorum fideicommissum nomine non caveatur*; en Papiniano, D. 36,3,5 pr.: .. *cuius nomine proposita stipulatione*; D. 36,3,5,3: ... *satisfactionem fideicommissi nomine*; en Scaevola, D. 36,3,18 pr.: .. *satisfactionem fideicommissi nomine*; D. 36,3,18,2: .. *fideicommissi nomine* .. *cavit*, y en Gayo, D. 36,3,11: .. *meo nomine caverit*; D. 36,3,16: .. *eiusdem nominis de legato* .. *satisfactur*. Otros lugares: en Juliano, D. 36,4,6 pr.: ... *fideicommissum* .. *eo nomine satisfactum fuerit*; D. 41,5,2 pr.: *si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisfactum*; en Callistrato, D. 26,3,11,1: ... *fideicommissi nomine satisfacere debere*, D. 26,9,8: .. *fideicommissi nomine* .. *cavit*, y D. 36,4,13: ... *per fideicommissum* ... *eo nomine caveatur*; en Papiniano, D. 36,1,56 [54]: *fideicommissi nomine cautionem*, y en Ulpiano, D. 36,4,1,1: .. *qui interpelletur cautionis nomine*; D. 36,4,5 pr.: *Is cui legatorum fideicommissorum nomine non cavetur*, y D. 36,4,5,30: .. *fideicommissarium nomine legati satisfacere ab herede* ... En cambio, aparece *gratia* en Papiniano D. 36,3,5,3: .. *cavendi gratia remitti*. Excepcionalmente aparece *gratia* para referirse a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; así, precisamente, en Ulpiano D. 42,4,1.

116. LENEL, EP.³ p. 539.

117. Cfr. LENEL, EP.³ p. 369 y nn. 6 y 12, y p. 539 y n. 3.

*legatorum [seu fideicommissorum] servandorum [causa] <nomine ó gratia> caveatur, y D. 36,4: ut in possessionem legatorum [vel fideicommissorum] servandorum causa esse liceat*¹¹⁸.

Así, pues, también en este tema de las *misiones in possessionem*, nos encontramos con que, aunque los adjetivos *causa* y *gratia* (ó *nomine*) tienden a intercambiarse —no tanto en las fuentes como en la doctrina—, existe esta diferencia: que sólo *causa* se refiere a un momento anterior; así, en nuestro tema, tanto en la *missio in possessionem rei servandae causa* como en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, hay un cierto derecho de crédito que justifica la *missio in possessionem*, mientras que *gratia* o *nomine* precisamente se refieren a un momento final, como ocurre en la *missio in possessionem ventris nomine* y en la *missio in possessionem damni infecti nomine*¹¹⁹, en ninguno de cuyos casos puede apreciarse la existencia de un derecho anterior, sino la previsión de un evento futuro, como es el nacimiento del *nasciturus* o el *damnum* efectivo.

III. EL INTERDICTO «NE VIS FIAT EI QUI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT» EN EL ORDEN EDICTAL

Según Lenel, el estado actual de los interdictos *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en el orden del Edicto Perpetuo es el siguiente:

§ 230: *Ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*¹²⁰.

§ 231: *Ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*¹²¹.

§ 246: *Ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*¹²².

118. Sobre la no incidencia procesal de la extensión (como *utile*) del régimen del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* a los fideicomisos, cfr. infra V 9 i y nn. 233, 234 y 236.

119. Sobre *causa* y *gratia*, en general, vid. A. d'ORS, DPR⁴ p. 228 n. 2.

120. LENEL, EP³ p. 455; D. 43,4,3 y D. 48,6,10.

121. LENEL, EP³ p. 455; D. 43,4,3,2 y 3. Volvemos a llamar la atención sobre el femenino *missa*; cfr. infra nn. 131 y 132.

122. LENEL, EP³ p. 469; D. 43,4,4, y D. 50,16,61. Sobre este último texto cfr. inf. nn. 123 y 124.

Ahora bien, en su reconstrucción del título 43 del Edicto Perpetuo, Lenel hace dos grandes grupos de interdictos: i) *Interdicta de universitate* (del § 227 al § 234, inclusive), y ii) *Interdicta de singulis rebus* (del § 235 al § 268). Al primer grupo pertenecen todos los interdictos *adipiscendae possessionis* y de ahí que Lenel sitúe en este grupo dos de nuestros interdictos: el *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* y el *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*. En cambio, en el segundo grupo, Lenel sitúa el tercero, es decir, el *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*, que tiene por objeto un inmueble determinado. El criterio que aplica Lenel es correcto, pero resulta realmente chocante esta separación entre los dos primeros y el tercero; disgregación que se hace más sorprendente aún cuando vemos que el tercero (§ 246), separa al § 245 (*Unde vi*) del § 247 (*Uti possidetis*), entre los cuales debería haber continuidad por la estrecha relación entre uno y otro interdicto de inmuebles. Sin embargo, la separación del interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* (que separa, a su vez, al interdicto *Unde vi* del *Uti possidetis*) de los interdictos *ne vis fiat ei quae legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* y *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit* se explicaría, según Lenel, por la distinta proveniencia de los dos primeros y del último (en el orden edictal). En efecto, mientras los dos interdictos *adipiscendae possessionis* provienen del libro 68 de Ulpiano *ad edictum*, el interdicto de *singulari re* procede del libro 69 de la misma obra de Ulpiano. Para reforzar esta distinta procedencia, Lenel¹²³ relaciona D. 43,4,4 con D. 50,16,61 de Paulo, proveniente este último texto del libro 65 *ad edictum*¹²⁴, que se corresponde precisamente con el libro 69 de Ulpiano. Lenel enlaza los dos textos porque es en la *cautio damni infecti nomine* en donde se distingue entre *repromissio* y *satisdatio*; pero, a propósito del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (D. 43,4,4), la conexión es excesivamente lejana¹²⁵.

Es justificada la incertidumbre de Lenel respecto a la ubicación

123. LENEL, *EP*³ p. 469 n. 7.

124. LENEL, *Paling* I col. 1082 y n. 3. Dice así: D. 50,16,61 (Paul. 65 *ad ed*): '*Satisfactionis*' appellatione interdum etiam repromissio continebitur, qua contentus fuit is, cui satisdatio debebatur. Cfr. infra n. 169.

125. Vid ya F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 83 y n. 18.

edictal de los tres interdictos —y más del tercero—, porque nada impide pensar en la posibilidad de que en la *sedes materiae* de interdictos *adipiscendae possessionis* hubiese una única cláusula edictal en donde se anunciaría un solo interdicto (como lo indica la misma rúbrica del Digesto: *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*) con su correspondiente fórmula interdictal, concebida también en términos generales y utilizable para cualquier caso de *missio in possessionem*. En efecto, es lógico pensar que en la *causae cognitio* de la *missio in possessionem* respectiva —no del interdicto—, el legitimado activamente manifieste al Pretor, en la *postulatio* de la misma, la causa de la *missio in possessionem*: *rei servandae causa, legatorum servandorum causa, ventris nomine o damni infecti nomine*¹²⁶. Concedida la *missio in possessionem*, si el legitimado pasivamente impide el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, entonces éste solicitará al Pretor el interdicto. Ahora bien, lo que ya no resulta lógico pensar, si nos atenemos a los principios del procedimiento formulario, es que en la *postulatio* del interdicto¹²⁷, el legitimado activamente tenga que volver a alegar la causa de la *missio in possessionem* ya concedida por el Pretor antes que el mismo interdicto; en este momento procesal se trataría sólo de probar la causa del interdicto: el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. Más aún, tampoco resultaría razonable pensar que en la misma fórmula interdictal concedida por el Pretor, éste tuviese que señalar la causa de la *missio in possessionem*, ya que lo que importa, en materia interdictal, es la misma

126. Para aquellos casos de *missio in possessionem* en que no era preceptiva la *causae cognitio* pretoria, M. KASER, *ZPR* p. 303 y n. 34 habla de «Sachprüfung» Vid. bibliografía sobre este tema en Kaser (loc. cit.).

127. Sobre el procedimiento concerniente a los interdictos en el derecho romano, vid. GINTOWT, *Ueber den Charakter der Interdikte und der «iudicia ex interdicto»*, en *Studi in memoria di A. Albertoni II* (Padova, 1937) p. 233 ss., A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano* (Padova, 1938); C. GIOFFREDI, *Osservazioni sul procedimento interdittale*, en *Contributi allo studio del processo civile romano* (Milano, 1947) p. 55 ss.; G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (Milano, 1955); G. I. LUZZATO, *Il problema d'origine del processo «extra ordinem» I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori* (Bologna, 1965) p. 142 ss.; J. ADAME-GODDARD, *El procedimiento «ex interdicto» en e l derecho romano clásico* en *Rev de investigs. jur* (México) 2 (1978) p. 255 ss., y últimamente E. LOZANO-CORBI, *La legitimación popular en el proceso romano clásico* (Barcelona, 1982) p. 203 ss.

orden pretoria. Por otra parte, si bien es cierto que, tanto el Edicto Pretorio como la jurisprudencia, en sus comentarios al mismo, especifican, como lo hacen efectivamente, cada caso de *missio in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, especificación que se observa, no sólo en la *sedes materiae* del interdicto (D. 43,4), excepto para la *missio in possessionem rei servandae causa* de la cual no se habla en ningún pasaje de las fuentes con relación al interdicto, sino también en las *sedes materiae* propias de las instituciones donde se daba una *missio in possessionem*¹²⁸, también es cierto que la misma jurisprudencia no habla nunca de unos correlativos interdictos *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit; ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit y ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*, como hace Lenel¹²⁹, sino que, tanto en la *sedes materiae* del interdicto (D. 43,4) como también en las *sedes materiae* propias de las instituciones donde se daba una *missio in possessionem*, los juristas hablan siempre de *interdictum*¹³⁰,

128 Cfr. supra nn. 1,2,3 y 4 para la jurisprudencia, y n. 29 para el Edicto.

129 Otro argumento contra la diversificación leneliana vid. infra n. 174.

130 Así, en *sedes materiae* del interdicto: D. 43,4,1,8: . . . *evitare interdictum*, D. 43,4,3 pr.: . . . *uti interdicto . . . interdictum locum habere*; D. 43,4,3,1; [*actionem banc utilem*] <*interdictum hoc*> *competere* (cfr. infra V 9 i y n. 236); D. 43,4,3,2: . . . *hoc interdictum quam interdicto*; D. 43,4,4 pr.: *Per interdictum . . . ne ei vis fiat*; D. 43,4,4,1: *non tenebit interdictum*; D. 43,4,4,4 . . . *habere [in factum actionem] <interdictum>* . . . (sobre este párrafo vid. infra n. 174). En *sedes materiae* de legados nos encontramos con D. 36,4,5,27: . . . *habet interdictum propositum*; no, en cambio, a propósito de la *missio in possessionem ventris nomine*, D. 25,5,1,2: . . . *per interdictum* (sobre este párrafo cfr. infra n. 230) A pesar de lo anterior, la doctrina, siguiendo a Lenel, insiste en la diferenciación de distintos interdictos *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, principalmente BERGER, *Miszellen aus der Interdiktenlehre*, en SZ 36 (1915) p. 213 y n. 4, quien alega la denominación expresa del interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* con base en las palabras finales de D. 43,4,4 pr.: . . . *ne ei vis fiat*, pero, replicamos a Berger, las palabras precedentes a aquellas finales del pasaje hacen alusión, no al interdicto, sino a la *missio in possessionem damni infecti nomine*: . . . *qui damni infecti ab eo in possessionem missus erit* . . . Vid. nuevamente BERGER, RE IX 2, s.v. *interdictum* col. 1609 sub núms. 38,39 y 40, col. 1656 s. Sobre D. 43,4,4 pr. cfr. infra IV 1.

sin la especificación que pretende Lenel. El error de este autor radica en dejarse arrastrar por la distinción normal y conveniente que hace el Edicto Pretorio y la jurisprudencia de los distintos tipos de *missiones in possessionem*, para extenderla al interdicto; cosa que razonablemente no hace la jurisprudencia, porque allí donde el Edicto no distinguía distintos interdictos *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, según el tipo de *missio in possessionem* de que se tratase, la jurisprudencia tampoco tenía por qué distinguir; más aún teniendo en cuenta que es una distinción completamente innecesaria desde el punto de vista procesal, ya que en todas las *missiones in possessionem* la finalidad del interdicto es la misma: sancionar el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. A esta diferenciación leneliana también puede conducir el hecho de que en la *missio in possessionem ventris nomine* se tenga por sujeto a la mujer viuda embarazada, como efectivamente lo hacen algunos textos¹³¹; sin embargo, nos encontramos con una larga serie de fragmentos en los cuales el sujeto es el *nasciturus*, es decir, el *venter*¹³². Por consiguiente, creemos

131 Cfr., por ejemplo: D. 1,21,4,1: . *ventris nomine in possessionem mulier* , D 3,2,15. ... *ventris nomine in possessionem missa est!*...; D. 3,2,18: *Ea in possessione fuisse* .; D 3,2,19 *eam fuisse in possessionem missam*...; D 25,6,1 pr: . . *fuerit in possessionem missa*...; D. 25,6,1,6: ... *in possessionem missam non esse*...; D. 25,6,1,8: ... *non fuisse calumniae causa in possessione mulierem* ; D. 29,3,9: *Si mulier ventris nomine in possessione sit* ..; D. 39,6,12: *Si mulier. in possessionem mitti desideret* . ; vid. en Gai. 4,1,77: ... *ventris nomine in possessionem missa*...

132. Principalmente en el título 9 del libro 37 del Digesto. *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*; así tenemos: D. 37,9,1 pr: ... *dum ventrem mitti in possessionem*...; D. 37,9,1,2: . *mittitur in possessionem venter ... ventrem mittemus ... venter in possessionem mittetur* .; D 37,9,1,5: *ventrem in possessionem mitti*...; D. 37,9,1,6: ... *in possessionem eum mitti posse* ..; D 37,9,1,9: ... *venter in possessionem utique mittetur*...; D. 37,9,1,11: *venter ad possessionem admittitur ... venter in possessionem ... mitti posse*...; D. 37,9,1,12: .. *mittetur venter in possessionem* .; D. 37,9,1,13: ... *admittendus est venter in possessionem*...; D. 37,9,1,14. .. *ventrem in possessionem mitti oportet*...; D 37,9,1,17: . . *venter in possessionem mittitur*...; D. 37,9,1,27: ... *venter in possessionem esse debet*...; D. 37,9,6: ... *venter in possessionem mittitur*...; D. 37,9,7,1. . . *mitti venter in possessionem debet*...; D. 37,9,7,2: .. *ventrem in possessionem mittat* .; D. 37,9,9: *cum venter mittitur in possessionem* Pero también en otras *sedes materiae*: D. 10,3,7,8: ... *missi sint in possessionem ... duo ventres*...; D. 28,5,33,3: . *cum venter in possessione sit* .; D. 36,4,7: *dum*

que en la primera forma clásica se debió hacer referencia directa, tanto por el Edicto (véase la cláusula —o parte de ella— que nos transmite D. 40,4,13,3) como por la jurisprudencia, al *venter*, cuyo género es el masculino.

Quede claro entonces que, en nuestra opinión, el Edicto trata unitariamente de un solo interdicto¹³³: el *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, situado en el grupo de los interdictos *adipiscendae possessionis*, aunque al aplicarse a la *missio in possessionem damni infecti nomine* no tenga tal efecto *de universitate*.

Puede plantearse todavía la cuestión de la distinta proveniencia de los dos primeros interdictos: *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* y *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*, del libro 68 *ad edictum* de Ulpiano, y el interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*, del libro 69 *ad edictum* del mismo jurista, y que podría deponer a favor de la pretensión leneliana, es decir, a favor de la especificación de los distintos interdictos. Pero podemos pensar en la posibilidad de un error en la *inscriptio* de los compiladores —o sus amanuenses—, ya que es fácil la confusión entre LXVIII y LXVIIIII, aunque aceptamos que sería más normal dicha confusión por «caída» de

venter in possessionem est ; D. 38,15,2,4: *si venter in possessionem missus sit* .; D. 38,17,2,11: *Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit* ., D. 40,4,13,3: *edictum praetoris, quo ita cavetur 'ventrem cum liberis in possessionem esse iubebo'* ; D. 42,4,7,10: *... cum venter in possessionem mittitur*, y, a propósito de nuestro interdicto, D. 43,4,3,2: *praetor ventrem in possessionem mittit* . Por tanto, no creemos que el calificativo femenino que recibe el interdicto a propósito de la *missio in possessionem ventris nomine* sea indispensable y que, consecuentemente, se pueda argumentar con ello la diferenciación leneliana. Esta particularidad de la primera jurisprudencia clásica ya la destacó E. WEISS, *RE* XV 2, s.v. cit. col. 2061: «... so wurde das zu erwartende Kind in den Besitz eingewissen »; también M. KASER, *ZPR*, p. 334 y n. 12, llega a emplear el giro *venter in possessionem missus* Sobre la legitimación activa, tanto respecto al interdicto como a la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., cfr. infra V 9 ii n. 244.

133. En el mismo sentido X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 76 n. 6: «En nuestra opinión, ... es sólo un interdicto aplicable a tres supuestos diferentes» pero en p. 104 b sostiene que es aplicable «a todos los casos de *missio rei servandae causa*»; cfr. infra n. 208. Sobre la aplicación del interdicto a los supuestos de *missio in possessionem rei servandae causa*, ya antes que X. d'Ors, otros autores; cfr. infra V 4 n. 210.

la última cifra que por «agregación» —como suponemos— de la misma. Esta segunda posibilidad muy bien pudo haber estado determinada, de ser así, porque el compilador o su amanuense al observar que el fragmento inmediatamente anterior (D. 43,4,3) pertenecía al libro 68 *ad edictum* de Ulpiano, creyó que el nuestro (D. 43,4,4) debía provenir del libro 69 de la misma obra del mismo jurista, sin darse cuenta que los dos fragmentos pertenecían al mismo libro, es decir, al 68, aunque bien pudieron estar distantes uno de otro; esto explica también que Lenel no hubiese pensado en nuestra corrección. En todo caso, la cláusula que Lenel ha abierto entre el § 245: *Unde vi* y el § 247: *Uti possidetis* no tiene razón de ser. La ventaja de nuestra observación radica precisamente en evitar este sorprendente § 246: *Ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* entre aquellos dos anteriores¹³⁴.

Por otra parte, no disponemos ni de la cláusula edictal que anunciaba este interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, ni de su fórmula interdictal¹³⁵. Sin embargo, la rúbrica del mismo nos indica como cosa segura que dicho interdicto era «prohibitorio»¹³⁶, y como creemos, estaba concebido en términos generales para cualquier tipo de *missio in possessionem*.

Una vez despejado, en nuestro criterio, este aspecto de nuestro estudio, entraremos a continuación a analizar la *missio in possessionem damni infecti nomine*, no sólo por haber sido ya objeto de nuestra meditación pormenorizada a propósito de la *cautio damni infecti no-*

134. Respetamos así el testimonio de Ulpiano en D. 43,17,1,4 (69 *ad ed*): *Est igitur hoc interdictum, quod volgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis (nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet) et consequenter proponitur post interdictum unde vi*, y en donde debemos entender que la secuencia entre el *unde vi* y el *uti possidetis* a que se refiere Ulpiano es inmediata, no mediata.

135. Sobre un intento en la doctrina de reconstrucción de la fórmula interdictal cfr. *infra* V 9 ii y n. 253

136. Como es sabido, en las fuentes se habla expresamente de *interdictum prohibitorium*, junto con los otros dos términos de la clasificación: *interdictum restitutorium* e *interdictum exhibitorium*. Sin embargo, como acertadamente sostiene A. d'ORS, *DPR*⁴ p. 193 n. 1: «En realidad, la *prohibitio* es el acto de fuerza impeditiva 'vedada' por el Pretor; el *prohibere* latino equivale a 'impedir', y el *vetare* a nuestro 'prohibir'». Una revisión a fondo de este tema sería muy esclarecedora.

mine y sus recursos supletorios¹³⁷, el primero de los cuales es precisamente la *missio in possessionem damni infecti nomine*, sino también por constituir pieza clave para la solución y comprensión global de la defensa pretoria de las demás *missiones in possessionem*. Por tanto, en esta ocasión, nos circunscribiremos al interés actual de nuestra investigación, que se limita a dicha defensa procesal, y, en general, mantenemos las conclusiones de fondo que sobre la *missio in possessionem damni infecti nomine* y su defensa pretoria sentamos en aquella ocasión; sin embargo, el actual estudio nos permitirá la corrección de algunos errores de apreciación en que incurrimos en aquel entonces, precisamente al tocar los límites de las demás *missiones in possessionem*.

IV. LA «MISSIO IN POSSESSIONEM DAMNI INFECTI NOMINE» Y SU ESPECIAL REGIMEN PROCESAL

No vamos a entrar aquí en el estudio mismo de la *cautio damni infecti nomine* ni de su primer recurso supletorio, en caso de negativa a prestar aquélla por el legitimado pasivamente, la *missio in possessionem damni infecti nomine* y en la cual se distinguen una *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* y una *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, ni en el de su naturaleza jurídica, presupuestos de una y otra, sus respectivos efectos, su posible revocación respecto a la primera, y momentos procesales oportunos para una y otra¹³⁸. En cambio, sí debemos recordar unos aspectos de esta *missio in possessionem*, por cuanto fueron ellos los que nos dieron la luz suficiente para el análisis de las otras *missio-*

137. Vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 7 ss.

138. Sobre los aspectos anteriores cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 32 ss. y p. 42 ss. Conviene anotar que, a pesar de que en el Digesto encontramos una rúbrica que examina las causas que dan lugar a las *missiones in possessionem*, concretamente el título 4 del libro 42: *Quibus ex causis in possessionem eatur*, para este tipo de *missio in possessionem* que analizamos ahora, ese título nos sirve de poco, ya que no la considera detenidamente; en efecto, se limita a señalarla como sanción ordinaria a la negativa a prestar la *cautio damni infecti nomine* por el legitimado pasivamente, y a indicar que por ella no se entra en posesión de todos los bienes del legitimado pasivamente, sino sólo de aquella cosa inmueble de la cual se teme el daño (D. 42,4,1).

nes in possessionem y sin los cuales hubiera sido más difícil, aunque no imposible, una explicación global de la protección pretoria de todas las *missiones in possessionem*. Ante todo, que la *missio in possessionem damni infecti nomine*, como primer recurso supletorio ante la negativa a dar la *cautio damni infecti nomine*, se refiere exclusivamente al *damnum* que pueda ocasionar un inmueble a otro vecino, y precisamente determinado por un defecto (*vitium*) de aquél. El *vitium* entendido objetivamente en las cosas inmuebles no es más que el estado defectuoso de los mismos, causado por un accidente extraño a su naturaleza¹³⁹ y que las debilita, colocándolas en estado de posible ruina. Dentro de este concepto hay que distinguir tres clases de *vitia*: el *vitium aedium*¹⁴⁰, el *vitium loci*¹⁴¹, y, el *vitium operis quod fit*, a los que habría que añadir el *vitium arborum*, aproximable al *vitium loci*¹⁴². De éstos, el *vitium operis quod fit* presenta la particularidad de implicar, ante la negativa a prestar la *cautio damni infecti nomine*, no el primer recurso supletorio propio como lo es la *missio in possessionem damni infecti nomine*, sino una *novi operis nuntiatio*, y más exactamente la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*¹⁴³. Por tanto, la *cautio damni infecti nomine* abarca dos hipótesis fundamentales: la primera es el daño temido de los edificios (*aedes*) en estado

139. Quedan por ello excluidos de la *cautio damni infecti nomine* aquellos inmuebles (fundos rústicos especialmente) cuya naturaleza misma radica en tener un *vitium*, como un lugar pantanoso o arenoso; cfr. D. 39,2,24,2. Sobre toda esta doctrina del *vitium* remitimos a G. BRANCA, *Danno temuto* cit. p. 105 ss.

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

141. En defensa de la independencia de este tipo de *vitium*, vid. G. BRANCA, *Danno temuto* cit. p. 113 ss.

142. Cfr. D. 39,2,24,9, donde se menciona como posible la estipulación «*si quid arborum locive vitio acciderit*».

143. Sobre este *vitium* y su defensa procesal a través de la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 90 ss. Ultimamente, y en contra de nuestra opinión, J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico* (Barcelona, 1982) p. 41 ss., p. 99 y especialmente, p. 191 ss., acepta el trámite de la *missio in possessionem damni infecti nomine* para el caso del *vitium operis quod fit* en la época de la primera jurisprudencia clásica y, según el autor, sólo la jurisprudencia clásica tardía habría introducido, en lugar de aquel expediente, el de la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*. No sobra recordar que el caso de *vitium operis iam facti o perfecti* vale como *vitium aedium*.

ruinoso o del mismo terreno (*locus*) ineditado; el caso típico es el de las *aedes vitiosae* o *ruinosae*, la casa que amenaza ruina sobre la del vecino o su fundo y, en este caso, el daño amenazante está determinado por el mismo estado defectuoso de la casa o del terreno; la segunda hipótesis es la del daño temido proveniente de una cosa inanimada pero a resultas de una actividad inacabada, el *vitium operis quod fit*. Ahora bien, allí donde el motivo por el cual se exige la *cautio damni infecti nomine* no es el estado defectuoso de la cosa inmueble (*vitium aedium, loci, operis iam facti*) sino la actividad de la persona (*facere, vitium operis quod fit*) no se puede esperar una *missio in possessionem damni infecti nomine* sino la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*, pero no es ésta su recurso supletorio sino el correspondiente interdicto demolitorio que se ejercita para que el demandado quite, a su costa, lo hecho contraviniendo la denuncia no remitida y antes de haber dado la caución¹⁴⁴.

Veamos, entonces, la defensa pretoria de esta *missio in possessionem damni infecti nomine* que sólo recae sobre inmuebles.

1. *Interdicto «Ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit».*

A propósito de la *missio in possessionem damni infecti nomine* trata de este interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, D. 43,4,4 pr. (Ulp. [69] <68> ad ed.):

Per interdictum etiam ei subvenit praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat.

La primera defensa pretoria que nos encontramos a propósito de esta *missio in possessionem* es nuestro interdicto, que se da precisamente en el caso de resistencia al *venire in possessionem*, como también contra posibles expulsiones cuando el *missus* ya estaba *in possessione*. Puede ejercitar dicho interdicto tanto el *missus ex primo decreto* como el *missus ex secundo decreto*¹⁴⁵; el primero no sólo contra el

144. Sobre la legitimación pasiva a la *cautio damni infecti nomine* y la legitimación pasiva a la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*, vid. F. BÉTA-COURT, *Pecursos supletorios* cit. p. 23 ss.

145. Cfr. BURCKHARD, *Commentario alle Pandette de Gluck*, Cont. Parte II (D. 39,2), trad y anotada por P. Bonfante (Milano, 1905) p. 422, y G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del proceso «extra ordinem»* cit. p. 176

que le impide entrar en el inmueble, sino también contra el que le expulse de él¹⁴⁶; el segundo sólo para entrar en posesión, ya que, una vez que ha entrado en ella, dispone del interdicto *unde vi* y de los demás interdictos posesorios, como poseedor pretorio que es, así como de la acción Publiciana, pues es propietario bonitario¹⁴⁷; únicamente podríamos pensar que sigue siendo posible para él el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* como recurso alternativo con los anteriores¹⁴⁸. Ahora bien, la situación jurídica del *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* es esencialmente provisoria y no definitiva y, por tanto, si el legitimado pasivamente a la *cautio damni infecti nomine* persiste en su negativa a prestarla, da ocasión para la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*¹⁴⁹. Por el contrario, si la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* cumple su finalidad coactiva y entonces el legitimado pasivamente da la *cautio*, ello significa que ha desaparecido la causa —la negativa a prestarla— que justificaba la *missio in possessionem damni infecti nomine* y, consecuentemente, se puede revocar el decreto de *missio in possessionem*, debiendo el *missus in possessionem* abandonar la detentación de la cosa

146. En ocasión anterior, F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 56 n. 58 y p. 58 nn. 64 y 65, apoyamos esta finalidad del interdicto, entre otros, en D. 43,4,1,3. Corregimos ahora este apoyo textual pues, como veremos más adelante, los dos primeros fragmentos de D. 43,4 se refieren exclusivamente a la *actio in factum* de la cual se habla en aquel título interdictal. Sobre D. 43,4,1,3 cfr. infra V 5 y n. 215. Precisamente el que interdicto y *actio in factum* (D. 43,4,1 pr.) sancionen el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* es lo que ha llevado a la doctrina a no distinguir suficientemente los dos recursos, cosa que ahora tratamos de establecer de una forma más ajustada.

147. Cfr. D. 39,2,18,15, en donde se habla del interdicto *unde vi* como *utile*, como sosteníamos en aquella ocasión; vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 56 y n. 59; pero ahora *Interdictos útiles* (en prensa). Para otros, en cambio, *utile* en este pasaje no puede estar más que en su función estrictamente predicativa de «eficaz», «útilmente»; así, A. UBBELHODE, *Commentario alle Pandette de Gluck*, Cont. Parte III-IV (D. 43-44), trad. y anotada por V. Pouchain (Milano, 1905) p. 167 y n. 51.

148. Cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 56.

149. Sobre los presupuestos y efectos de esta *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 50 ss.

inmueble, pues ya no estará legitimado activamente al interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*¹⁵⁰. Por tanto, si el legitimado pasivamente da la *cautio damni infecti nomine* o la omisión de ésta es atribuible al *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, éste ya no estará legitimado activamente al interdicto y, si demanda con él, la acción del interdicto será rechazada mediante una *exceptio*. A esto hace referencia D. 43,4,4,1 (Ulp. [69] <68> *ad ed.*):

Poena autem eius, qui non promittit vel satis non dat, haec est, ut in possessionem mittatur adversarius. sive ergo promittat, sive per eum non fiat, quo minus promittat, non tenebit interdictum repulso per exceptionem eo qui experitur¹⁵¹.

150. Sobre la preclusión de la oportunidad procesal que tiene el legitimado pasivamente para ofrecer la *cautio damni infecti nomine*, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 41 y n. 63.

151. LENEL, *EP.*³ p. 469, reconstruye así la *exceptio*: *si eo nomine ex edicto meo promissum satisve datum non est neque per illum stat quo minus ita promittatur satisve detur* que, por otra parte, según Lenel (p. 469 nn. 9 y 10) tenía un carácter estable, aunque no dice si en la cláusula edictal o en la fórmula interdictal y, en el mismo sentido, A. UBELHODE, *Commentario alle Pandette de Gluck*, Cont. Parte I-II (D. 43-44), trad. y anotada por V. Puchain (Milano, 1899) p. 345. Cree lo contrario K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer in geschichtlicher Entwicklung* (Leipzig, 1853) p. 96 s., ya que para este autor la fórmula interdictal se referiría a cualquier caso de *missio in possessionem* en algunos de los cuales no tendría razón de ser esta *exceptio*. Desde nuestro punto de vista, y admitiendo como admitimos la existencia de un solo interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* y, por tanto, una sola cláusula edictal concebida en términos generales y una sola fórmula interdictal adaptable a cada caso concreto de *missio in possessionem*, la opinión de Schmidt tiene fundamento. En efecto, en primer lugar, como es sabido todo interdicto es una orden pretoria y, como tal, ella misma no admite una *exceptio* interpuesta por parte del destinatario del interdicto (es decir, de la orden pretoria), que puede ser bien el demandado en los interdictos simples, o bien demandante y demandado conjuntamente en los interdictos dobles. Por consiguiente, sólo cabe pensar en la pieza procesal de la *exceptio*, con relación a los interdictos en la *actio ex interdicto* que se deriva de los mismos, pero aquélla tiene una fórmula distinta a la de la fórmula interdictal misma. En segundo término, el error de Lenel y Ubbelhode depende precisamente de su diversificación de tres interdictos *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, uno de ellos precisamente el de la *missio in possessionem damni infecti nomine*; para estos autores, el interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*, a propósito de la cual *missio in possessionem* y en el texto que comentamos se habla de dicha *exceptio*, depende precisa-

Por último, en lo que respecta al *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, el interdicto es el único recurso pretorio de que dispone, no sólo para el *venire in possessionem* sobre el inmueble que amenaza daño, sino también para conservarlo, ya que, como puro y simple detentador, no está protegido por los interdictos posesorios ni otras acciones que sí tiene el *missus in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*.

Sin embargo, cuando durante el trámite procesal supletorio de la *missio in possessionem damni infecti nomine* se causa el daño, tanto el *missus ex primo* como *ex secundo decreto* que no ha tomado posesión del inmueble disponen de una *actio in factum* por el resarcimiento del daño causado.

2. «*Actio in factum*» de resarcimiento del daño causado en la «*missio in possessionem damni infecti nomine*»

En el régimen normal de la *cautio damni infecti nomine*, cuando se produce el daño dentro del término fijado en la estipulación, aquél se indemniza mediante la *actio ex stipulatu*. Ahora bien, debemos preguntarnos qué ocurre cuando el daño se produce antes de que el *missus in possessionem*, tanto *ex primo* como *ex secundo decreto*, entre en posesión del inmueble por habérselo impedido el legitimado pasivamente, ya que entonces el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* ha perdido su razón de ser¹⁵². A este respecto, nos encontramos con dos pasajes paralelos: uno

mente del hecho que el legitimado pasivamente no haya dado la *cautio damni infecti nomine* o haya sido por él que se haya dejado de dar. Ahora bien, la misma circunstancia puede presentarse en aquellas *missiones in possessionem* cuya finalidad es la de coaccionar al legitimado pasivamente a dar una *cautio*. Por tanto, seguramente dicha *exceptio* también era aplicable a otros casos; sobre esto cfr. infra V 9 i y n. 235. Parece aceptar la *exceptio* contra la orden interdicial directamente y a propósito de este pasaje precisamente, G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processos interdittale romano* cit. p. 74. En el mismo sentido, pero con relación a D. 43,12,1,16 (Ulp. 68 *ad ed.*) y D. 43,13,1,6 (Ulp. 68 *ad ed.*), E. LOZANO-CORBI, *La legitimación popular* cit. p. 184; «. . el interdicto podría ser paralizado mediante la excepción apropiada. », y p. 185: «. . el pretor concedería la *exceptio* correspondiente, pudiéndose así paralizar el interdicto».

152. Si el daño se llega a producir en otros momentos procesales de la *missio in possessionem damni infecti nomine* y referida al *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, entonces la situación se resuelve mediante

perteneciente a la *sedes materiae* del *damnum infectum* y otro a la *sedes materiae* del interdicto, donde, en este último, el jurista Ulpiano vuelve a recordar lo ya dicho en el primero.

D. 39,2,7 pr. (Ulp 53 ad ed.):

... in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit <si damnum interim datum fuerit>, 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 fuisset¹⁵³.

D. 43,4,4,2 (Ulp. [69] <68> ad ed.):

Praetor in eum, qui neque cavit neque possidere passus est eum qui missus est <si damnum interim datum fuerit>, iudicium pollicetur in tantum, quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuerat

la *cautio de damno praeterito*. Así, i) cuando el daño ocurre sin que el legitimado activamente hubiese hecho la *postulatio cautionis* por algo que se lo impidió y no por su propia desidia (D. 39,2,8), como cuando no lo hizo por falta de tiempo o porque estaba ausente en viaje oficial (D. 39,2,9 pr), procede la *cautio de damno praeterito*; ii) también se daría la *cautio de damno praeterito* cuando la *postulatio cautionis* ya se ha realizado ante el Pretor, pero el daño se produce antes de que éste expida el decreto de *cautio* y, con mucha mayor razón, cuando una vez expedida la orden de *cautio* por el Pretor, ocurre el daño sin haber precluido el plazo fijado para que el legitimado pasivamente la preste (sobre la *postulatio cautionis* y el *dies cautionis*, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 28 ss.), y iii) si el *damnum* se produce cuando el *missus in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* ya se hallaba en posesión, puede éste exigir la *cautio de damno praeterito* y la indemnización de impensas, y no debe abandonar la finca en tanto en cuanto no se le den estas satisfacciones; en caso de que el legitimado pasivamente no quiera darlas, procede la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto* sobre el solar y las ruinas (*missio in possessionem post ruinam*). Sobre la indemnización de impensas y la discusión jurisprudencial sobre el momento desde el cual debería indemnizarse el daño, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 41 y p. 81 s.

153. La integración de los dos textos la establecimos ya, por primera vez en la doctrina, que nosotros sepamos, en nuestro trabajo *Recursos supletorios* cit. p. 77 ss., y especialmente p. 78 n. 4. El orden que ocupa esta *actio in factum* en el Edicto Perpetuo de Lenel corresponde al título 39 § 175: *De damno infecto*. Esto es suficiente para demostrar que la *actio in factum* de D. 43,4,4,2 y 3 es una *actio in factum* distinta de la de D. 34,4,1 r. para los otros tres tipos de *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*. Aunque los dos textos transcritos de nuestra *actio in factum*: D. 39,2,7 pr. y D. 43,4,4,2, no dicen que la acción sea *in factum* si lo declaran expresamente otros textos; así, D. 39,2,15,36 y D. 39,2,17,3.

La acción está referida al daño ya causado y se dirige a lograr la indemnización de dicho daño, equiparando su cuantía a aquélla que se debería pagar si hubiera habido *cautio de damno infecto: ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si ... cautum fuisset*¹⁵⁴. Los presupuestos procesales de esta *actio in factum* son los siguientes: i) no haberse prestado la caución (*non cavere*); en consecuencia, se indica que el legitimado pasivamente se puede liberar de la *actio in factum*, prestando la *cautio* o admitiendo al *missus in possessionem*, siempre antes de que se haya causado el daño¹⁵⁵; ii) la *non admissio*¹⁵⁶ del *missus in possessionem* por el legitimado pasivamente a la *cautio* u otra persona que actúe en su nombre¹⁵⁷, y, iii) que se haya producido el *damnum*. Evidentemente, la estimación del *damnum*, por analogía con la *actio ex stipulatu*, sólo es concebible cuando el daño ya se ha producido, pues únicamente entonces tendrá lugar la *actio ex stipulatu*. Por tanto, podemos sospechar que tanto en D. 39,2,7 pr. como en D. 43,4,4,2 ha caído la mención del *damnum* ya causado, pues sólo en

154. Vid. la misma equiparación en 39,2,15,36 y en D. 43,4,4,2; no aparece, en cambio, en D. 43,4,4,3. Dicha equiparación se podría entender en dos sentidos: i) o como una simple instrucción al juez de cómo debe tasar la cuantía de la sentencia, o ii) como una equiparación que figuraría en la misma fórmula, pero no en la *intentio* de la misma como ocurre en la *actio ficticia* de la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, c. XX, sino en la *condemnatio*.

155. En este caso se libera también de la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, quedando garantizado el *damnum infectum* con la *cautio*. Sobre la revocación de la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto*, cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 49.

156. La expresión del edicto (D. 39,2,7 pr.) *neque in possessione esse (ex primo decreto)* (cfr. supra n. 95) *neque possidere passus erit (ex secundo decreto)* (cfr. supra n. 95), debe entenderse disyuntivamente, es decir, sea que se impida el *in possessione esse* sea que se impida el *possidere*, y no conjuntivamente, es decir, que el impedimento sea al *in possessione esse* y al *possidere*. Por lo demás, hay que entender que la sola expresión *neque possidere passus est* de D. 43,4,4,2 implica el *neque in possessione esse (ex primo decreto)*.

157. En nuestro trabajo *Recursos supletorios* cit. p. 78, como ha venido ocurriendo con la doctrina, tratábamos de distinguir entre la *non admissio* violenta, sancionada mediante el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*, de la *non admissio* dolosa, sancionada con esta *actio in factum*, pero esta distinción, sin más, nos parece ahora inadecuada, como veremos más adelante. También aquí esta confusión nos llevó a referir D. 43,4,1,2 *in fine* a esta *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, cosa que corregimos ahora.

tal caso podría proceder la *actio in factum* en este edicto de *damno infecto*¹⁵⁸.

3. Régimen de la acción

Que esta *actio in factum* tuvo un origen penal lo demuestra el que, según el testimonio de Ulpiano¹⁵⁹, la mayoría (*plerique*) de los juristas le atribuyan carácter noxal; noxalidad que sólo es posible en las acciones penales y en aquéllas que a pesar de ser reipersecutorias, tuvieron un origen delictual y conservan sus primitivas características¹⁶⁰. Así, pues, cuando el titular de la potestad no ha impedido él mismo

158. Sólo en estos dos textos deja de hacerse mención expresa del *damnum*, pues en otros sí se indica; 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 datus est*. En nuestro estudio *Recursos supletorios* cit. p. 78 n. 4, dábamos dos explicaciones a esta ausencia de la mención expresa del *damnum*, especialmente en el texto edictal (D. 39,2,7 pr.): i) o el daño se suponía, cosa fácil de pensar dado que mientras no se causara el daño, la resistencia a la *missio in possessionem*, es decir, al *venire in possessionem* o *non admissio* estaba sancionada por el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* o ii) los compiladores la suprimieron de la cita del edicto (D. 39,2,7 pr.) y de D. 43,4,4,2, precisamente por su deliberada confusión con el interdicto que, como sabemos, no exige el daño. Actualmente podemos señalar una tercera posibilidad: que los compiladores utilizaron D. 43,4,4,4, como veremos más adelante, para confundir, a su vez, el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. que tampoco exige el daño, consiguiendo así una confusión entre las dos *actiones in factum* con la pretensión de haber logrado la unificación del régimen de defensa pretoria del *missus in possessionem* del derecho clásico. Sobre esta confusión vid. infra en esta sede 6. En cambio, los compiladores sí conservaron la mención expresa del daño en D. 43,4,4,3 porque, a pesar de ser una mera extensión de la *actio in factum* del *damnum infectum*, en aquella hipótesis no se trata precisamente de un supuesto en que haya una *non admissio* y algún requisito tenían que dejar los compiladores. Cfr. infra en esta misma sede 4. En todo caso, conviene volver a recordar que este *damnum* es siempre el que sufre un *non admissus*, pues, si el daño se produce cuando el *missus in possessionem ex secundo decreto* ya había entrado en la posesión efectiva del inmueble, ese daño corre de su cuenta y riesgo por su calidad de propietario bonitario.

159. Cfr. D. 39,2,17 pr.

160. En este sentido, vid. B. BIONDI, *Le «actiones noxales» nel diritto romano classico*, en *Annali Palermo* 10 (1925) p. 65 ss.

la *missio in possessionem* 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*). Sin embargo, la acción se presenta como perpetua y pasivamente transmisible¹⁶¹.

Legitimado pasivamente a esta *actio in factum* está, no sólo el propietario o titular de otro derecho real sobre el inmueble que amenaza ruina, sino también aquellas personas que actúan en su nombre, como son el *procurator*¹⁶², el representante de un municipio (*actor municipum*)¹⁶³, y el tutor¹⁶⁴.

Como tantas otras *actiones in factum*, se dirige la nuestra contra una conducta dolosa del legitimado pasivamente consistente en haberse negado a prestar la *cautio damni infecti nomine*, rechazado al *missus in possessionem* del *venire in possessionem* o haberle expulsado del inmueble y, entretanto haberse causado el *damnum* del que no se debía responder ordinariamente, ya que el legitimado pasivamente no se hallaba obligado por una *cautio damni infecti nomine* que no había llegado a dar.

4. Extensión de la «*actio in factum*» al caso de «*missio in possessionem damni infecti nomine*» fallida por ausencia del magistrado

Ahora bien, Ulpiano nos informa de otra hipótesis en la cual también se aplica esta *actio in factum*, exclusiva del *damnum infectum*. Se dice en D. 43,4,4,3 (Ulp. [69] <68> *ad ed.*):

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.

161. Cfr F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit p. 43 Si bien es cierto, según C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano* cit. p. 151 y n. 2, y p. 155 y n. 1, la parte final del texto está interpolada [*ceterasque itemque ceteris personis*], sin embargo, se conserva la transmisibilidad pasiva a los herederos.

162. Cfr. D. 39,2,17,1.

163. Cfr. D. 39,2,17,1.

164. Cfr. D. 39,2,17,2

No se trata aquí de una *non admissio* por parte del legitimado pasivamente, sino de que el legitimado activamente no pudo obtener oportunamente¹⁶⁵ la *missio in possessionem damni infecti nomine* por no haber encontrado al magistrado que había de decretarla. Producido el *damnum*, se le concede aquélla *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* contra el ya *missus in possessionem* al cual se le impide tomar posesión del inmueble o se le expulsa de él y entretanto se causa el *damnum*, sino de sancionar la desobediencia frente al *decretum praetoris* cuando entretanto se ha causado el *damnum*; desobediencia que no se pudo sancionar con el trámite ordinario de la negativa a prestar la *cautio damni infecti nomine* como es la *missio in possessionem damni infecti nomine*, por una causa tan ajena al legitimado activamente como es la ausencia del magistrado que debía decretar la *missio in possessionem*.

5. *Confusión justiniana de la «actio in factum» de resarcimiento del daño causado en la «missio in possessionem damni infecti nomine» con el interdicto «ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit»*

Nos encontramos así con que Ulpiano, en el libro [69] <68> *ad edictum* trata, entre otros, del interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*¹⁶⁶, pero que también trata en el mismo libro de la *actio in factum* propia de la *missio in possessionem damni infecti nomine*¹⁶⁷, de la que ya había hablado en sus *sedes materiae* correspondiente, es decir, en el libro 53 *ad edictum*, a propósito del *damnum infectum*¹⁶⁸. Por su parte, Paulo, en el libro 65 *ad*

165. Debemos tener en cuenta que, en el decreto de *cautio*, el Pretor señalaba un plazo (*dies cautionis*) al legitimado pasivamente dentro del cual debía prestarla. Se debe pensar, pues, que, en nuestro caso, aquel plazo ya había transcurrido, puesto que el legitimado activamente *in possessionem mitti desiderabat*. Por tanto, no procede la *actio in factum* cuando no se ha vencido dicho plazo en el momento de producirse el daño, porque este *dies cautionis* es precisamente un impedimento jurídico a la *postulatio* de la *missio in possessionem*; ¿cómo se resuelve, entonces, esta situación? cfr. supra n. 152.

166. Cfr. D. 43,4,4 pr./1.

167. Cfr. D. 43,4,4,2/3.

168. Cfr. D. 39,2,7 pr., D. 39,2,15,36 y D. 39,2,17 pr-4

edictum, también debía de tratar del interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*, pero sólo se conserva de este libro de este jurista un fragmento de contenido demasiado general¹⁶⁹. En cambio, de este mismo jurista Paulo se nos conservan referencias al interdicto en el libro 48 *ad edictum*, a propósito del *damnum infectum*, correlativo con el libro 53 de Ulpiano *ad edictum*¹⁷⁰.

Consecuentemente, estos dos expedientes procesales en materia de *missio in possessionem damni infecti nomine* —el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* y la *actio in factum*— fueron fundidos por los compiladores, siendo el primero (interdicto) subsumido bajo la denominación del segundo (*actio in factum*); es decir, que aquéllos pusieron la *actio in factum* en lugar del interdicto mediante interpolación, ya que, al suprimir el requisito del daño causado en la *actio in factum*, podía producirse una cierta indiferenciación entre los dos recursos. Dicha interpolación se observa en el libro 48 de Paulo *ad edictum*: D. 39,2,18,13/14/15; pero también en el libro 1 de Ulpiano *ad edictum*: D. 39,2,4,2¹⁷¹. A pesar de dicha confusión compilatoria, se conservan y se observan dos diferencias entre ambos recursos, una por necesidad intrínseca y otra por descuido de los mismos compiladores: i) si no hubo *damnum* pero sí resistencia al *venire in possessionem* del inmueble o expulsión del mismo, caso en el cual procedería el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*, la condena es al *id quod interest*¹⁷²; por el contrario, si hubo resistencia al *venire in possessionem* del inmueble o expulsión del mismo (y entretanto se ha causado el *damnum*, re-

169. D. 50,16,61; cfr. supra nn. 123 y 124.

170. Cfr. D. 39,2,16 (donde los compiladores colocan este texto entre D. 39,2,15,36 y D. 39,2,17, lo cual refleja la confusión del interdicto con la *actio in factum*) y D. 39,2,18,13: *Si pupillus ... competere [hanc in factum actionem] <hoc interdictum>*; D. 39,2,18,14: *Si mandatu meo . in me [haec actio] <hoc interdictum> competit*, y D. 39,2,18,15: *... sed si [in factum actione] <interdictum> egerit ...* Sobre la confusión moderna de la *actio in factum* de D. 39,2,7 pr. con una *actio ficticia* (doctrina encabezada, principalmente, por G. BRANCA, *Danno temuto*, cit. p. 223 ss.) y crítica de la misma, vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 84 ss.

171. Sobre este pasaje, vid. infra n. 194.

172. Sobre la *condemnatio* en el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, vid. infra V 9 i.

quisito suprimido por los compiladores), caso en el cual procedería la *actio in factum*, la condena es a lo que se debería pagar por el legitimado pasivamente por la *cautio de damno infecto* de haber sido ésta prestada por aquél; ii) el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* se da contra el mandante de la *prohibitio de venire in possessionem* del inmueble o de la expulsión o desalojo del mismo (D. 39,2,18,14), mientras que la *actio in factum* se da contra el mandatario del impedimento al *venire in possessionem*, habiéndose causado entretanto el daño (D. 39,2,17,1).

6. *Confusión justiniana del interdicto «ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit» con la «actio in factum» de D. 43,4,1 pr. para los otros tipos de «missiones in possessionem»*

Por si fuera poco, no se limitaron los compiladores a confundir la *actio in factum* propia de la *missio in possessionem damni infecti nomine* (D. 39,2,7 pr.) con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, sino que también confundieron —o mejor, refundieron— este último con la *actio in factum* propia de las demás *missiones in possessionem* (D. 43,4,1 pr./1/2)¹⁷³. En efecto, en D. 43,4,4,4 los justinianos convierten el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, general para todas las *missiones in possessionem*, del que Ulpiano venía tratando desde D. 43,4,4 pr. y 1 (con la interrupción de D. 43,4,4,2 y 3 para recordarnos la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine*), en una pretendida *actio in factum* generalizada para los otros tipos de *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*; cosa realmente imposible, porque la *actio in factum* propia del *damnum infectum* sólo procede cuando se causa el *damnum* en el inmueble en este tipo de *missio in possessionem*, como hemos visto, y, por consiguiente, no se puede plantear para los otros tres tipos de *missiones in possessionem* en sí mismas consideradas, a no ser que se le quite a nuestra *actio in factum* el requisito del *damnum* causado, como efectivamente hicieron los com-

173. Cfr. infra V 4 sobre esta *actio in factum*.

piladores. Así, pues, los justinianeos confundieron la *actio in factum* (D. 39,2,7 pr.) de la *missio in possessionem damni infecti nomine* con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* y, aprovechando éste en D. 43,4,4,4, lo confunden a su vez con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., con lo cual refunden ambas *actiones in factum*. Como la segunda, es decir, la de las otras *missiones in possessionem* (D. 43,4,1 pr.), no exige ningún daño (como veremos más adelante), quitan la exigencia del mismo para la primera, es decir, la de la *missio in possessionem damni infecti nomine* (D. 39,2,7 pr.). Por tanto, como ya habíamos propuesto en nuestro estudio sobre la *cautio damni infecti nomine*, pero muy tímidamente porque excedía los límites de nuestro objetivo en aquel entonces, ahora con madurada reflexión y para la finalidad global del presente trabajo, corregimos así el contenido de D. 43,4,4,4 (Ulp. [69] <68> *ad ed.*):

Item subiectum, si ex alia causa in possessionem missus prohibitus esse dicetur, habere [in factum actionem] <interdictum («ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit») >¹⁷⁴.

174. Este texto constituye la clave de arco de los compiladores para unificar el régimen de la defensa procesal del *missus in possessionem*. Tanto BURCKHARD, *Commentario alle Pandette* cit. Parte II p. 440 ss., como A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 169 y n. 56, aceptan la autenticidad de este pasaje y este último autor lo explica diciendo que «tra le *aliae causae*, che possono impedire al *missus* la presa di possesso del fondo che minaccia pericolo, va certo annoverata in prima linea la rovina dell'edificio pericolante». Por su parte, LENEL, *EP* ³ § 175: *De damno infecto*, p. 372, en contra de Rudorff, considera un error colocar este fragmento bajo la rúbrica *de damno infecto*, ya que, según él, no se explicaría cuáles son esas *aliae causae* en materia de *damnum infectum*. Piensa mejor en una posible interpolación del interdicto «*ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*» por la *actio in factum* del texto actual, pero dudando de su autenticidad en ese caso. Lenel tiene razón al rechazar la tesis de Burckhard y Ubbelohde, pues la explicación de estos autores es, efectivamente, lingüística (*ex alia causa . prohibitus*) y objetivamente imposible. Pero al integrar Lenel este texto con la especificación propia del interdicto se encuentra en un callejón sin salida, pues ¿qué sentido tendría decir que también dispone del interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* el que se viera impedido de entrar en posesión por otra causa, sí, para Lenel, esas otras causas: *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* ya disponían de sus respectivos interdictos *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* y *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*? Por ello Lenel no tiene más

Llegados al final de nuestro análisis de la defensa pretoria de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, podemos extraer las siguientes conclusiones sobre su especial régimen procesal; conclusiones que adelantamos aquí porque ellas nos darán los criterios a seguir en el estudio de las otras *missiones in possessionem*, respecto a su protección pretoria:

i) La *missio in possessionem damni infecti nomine* sólo está referida a cosas inmuebles (*aedes, loci, opera iam facta*).

ii) La defensa pretoria de la *missio in possessionem damni infecti nomine* se integra mediante el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit* y una *actio in factum* propia.

iii) El impedimento al *venire in possessionem* del inmueble o la expulsión del mismo sólo puede realizarse mediante *vis*¹⁷⁵, que está

salida que la de dudar de la autenticidad del pasaje. Para otro sector de la doctrina, sencillamente todo el fragmento está interpolado; cfr. infra V 4. Partiendo de K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. p. 307 n 25. « . (Fr. 4 § 4 *ne vis fiat*, dar man nicht so verstehen, als ob von dem *damnum infectum* aus die *in factum actio* auf andere Fälle der *missio* übertragen worden wäre; es ist die Ausdehnung auf andere Fälle des *damnum infectum* gemeint). » creemos que nuestra interpretación actual es más correcta. En efecto, Ulpiano en D 43,4,4 trata de la *missio in possessionem damni infecti nomine* desde el punto de vista de su defensa procesal: primero, del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en los §§ pr y 1, segundo, de la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en los §§ 2 y 3, ya tratada igualmente en su *sedes materiae* (D. 39,2,7 pr), y para terminar el comentario de esta *missio in possessionem damni infecti nomine*, Ulpiano, en el § 4, nos recuerda que «si se presenta el caso de verse impedido de entrar en posesión el que fue puesto en ella por otra causa tiene el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*». Y nos preguntamos ¿cuáles pueden ser esas otras causas? Dado que conservamos la sistemática original de Ulpiano en sus comentarios sobre las *missiones in possessionem*, podemos responder que ellas son las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa y ventris nomine*, pero también las *missiones in possessionem rei servandae causa*. Así, pues, creemos que esta interpretación del texto (D. 43,4,4,4), además de que va integrando la solución general del problema, también depone en nuestro favor sobre la existencia, en el Edicto, de un solo interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* y no de tantos cuantas son las *missiones in possessionem* excepto, según Lenel, para la *missio in possessionem rei servandae causa* por no hallarse verificada en las fuentes la aplicación del interdicto para aquel último tipo de *missio in possessionem*.

175. Esta conclusión no se debe generalizar para todos los interdictos pro-

sancionada, no por el interdicto *Uti possidetis* ni por el interdicto *Unde vi* (puesto que no estamos ante un verdadero poseedor, sino ante un mero detentador que depende, respecto al inmueble, de la persona de quien la recibe o pretende recibir por orden pretoria), sino por el interdicto *ne vis fiat ei qui (damni infecti nomine) in possessionem missus erit*, interdicto prohibitorio y de adquirir la posesión o detentación (*adipiscendae possessionis*).

iv) Presupuesta la negativa a dar la *cautio damni infecti nomine*, si se presentara por el legitimado pasivamente resistencia al *venire in possessionem* del inmueble o se expulsa de él al *missus in possessionem* y entretanto se causa el daño, procede, entonces, una *actio in factum* de indemnización del daño causado y cuya cuantía es equiparable a la de la que se hubiese fijado de haber prestado el legitimado pasivamente la *cautio damni infecti nomine*. El *dolus* que sanciona esta *actio in factum* está constituido precisamente por el hecho de no haber dado el legitimado pasivamente la *cautio de damno infecto*, haber impedido el *venire in possessionem* del *missus in possessionem damni infecti nomine*, y haberse causado entretanto el daño.

v) A diferencia de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, que sólo recae sobre inmuebles, todas las demás *missiones in possessionem* (*rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*), pueden versar tanto sobre inmuebles como sobre muebles. Por consiguiente, para estas otras *missiones in possessionem* el régimen de defensa pretoria será común.

vi) Así como en D. 43,4,1,2, Ulpiano da una enumeración taxativa, y no meramente enunciativa, dentro de la misma clasificación, de las *missiones in possessionem* (*rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*) tuteladas con la *actio in factum* de

hibitorios, pues el significado de *vis* en los mismos puede ser plurivalente, como lo han puesto de presente THEO MAYER-MALY, *RE. IX A, 1* (1961) s.v. *vis* col 311. 2: «*Vis*» als juristischer Begriff. III. «*Vis*» in den Interdikten, col. 323 ss., y últimamente L. LABRUNA, «*Vim fieri veto*» *Alle radici di una ideologia* (Camerino, 1971) p. 33 ss. Ninguno de los dos autores se detiene en este título interdictal D. 43,4, excepto el segundo (loc. cit. p. 34) para aceptar la existencia, siguiendo a Lenel, de los tres interdictos correspondientes a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine*, y también, en este último sentido, A. BISCADI, *La protezione interdittale* cit. p. 127 y p. 134, quien, por lo demás, no estudia en su monografía la concurrencia de la *actio in factum* (D. 43,4,1 pr.) con el interdicto

D. 43,4,1 pr., puesto que Ulpiano cuidadosamente excluye la *missio in possessionem damni infecti nomine* y con razón, así también el mismo jurista Ulpiano, una vez reintegrado por nosotros el frag. D. 43, 4,4,4, vuelve a recordar que el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* también se aplica cuando el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* tiene otras causas, lo cual no dejará de tener sus consecuencias en orden a nuestra ulterior exposición.

V. LAS OTRAS «MISSIONES IN POSSESSIONEM (REI SERVANDAE CAUSA, LEGATORUM SERVANDORUM CAUSA, VENTRIS NOMINE)» Y SU REGIMEN PROCESAL UNITARIO

Concluimos en el apartado anterior que la diferencia entre el régimen de la *missio in possessionem damni infecti nomine* y las restantes *missiones in possessionem* radica en que mientras aquélla sólo recae sobre inmuebles, éstas pueden versar tanto sobre inmuebles como sobre muebles. Por consiguiente, se debe deducir que su régimen de defensa pretoria debe ser o puede ser común, tanto en lo que se refiere al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* como a la *actio in factum* de la cual se habla para estos otros tres tipos de *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. La diferencia de tratamiento de estas otras *missiones in possessionem* con una *actio in factum* distinta a la de la *actio in factum* del *damnum infectum*, está determinada por aquel criterio de diferenciación fundamental, y, consecuentemente, esta otra *actio in factum* para las restantes *missiones in possessionem*, cumplirá una función similar a la del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* pero referida a la defensa de las cosas muebles objeto de *missio in possessionem* y sobre las cuales el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* no necesariamente tiene que ser «violento», sin que se excluya dicha posibilidad. De hecho, es más sencillo pensar que dicho impedimento sobre cosas muebles se puede realizar «dolosamente», por ejemplo, ocultando la cosa mueble o entregándola a otro, o incluso destruyéndola, cosa imposible con los inmuebles. Teniendo en cuenta que esta *actio in factum*, en relación

con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, es la que más ha confundido a la doctrina romanística, invertiremos el orden de análisis y empezaremos este apartado con el estudio de este recurso, dejando para más adelante el del interdicto. Pero antes trataremos de despejar tres aspectos; primero, el de la tutela pretoria de la *missio in possessionem* respecto a los créditos; segundo, el análisis de tres fragmentos que ofrecen ambigüedad respecto al recurso jurídico de que se trata, interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* o *actio in factum*, y, tercero, responder a la objeción más grave que se puede hacer a nuestra tesis.

1. La tutela pretoria de la «*missio in possessionem*» respecto a los créditos

Como es sabido, todo patrimonio, respecto al activo, puede estar compuesto no sólo por cosas muebles e inmuebles, sino también por créditos. Por tanto, objeto de *missio in possessionem* pueden ser las cosas corporales (muebles e inmuebles) y las cosas incorpóreas (los créditos). No se plantea la misma situación para las deudas, puesto que éstas dejan «vacío» el patrimonio. Con relación a las cosas corporales, muebles e inmuebles, objeto de *missio in possessionem*, dicha defensa la dilucidaremos más adelante. Queremos despejar, primero, la situación respecto a los créditos objeto de *missio in possessionem*; créditos que pueden ser objeto de *missio in possessionem* en las *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, excepto en la *missio in possessionem damni infecti nomine* ya que ésta sólo recae sobre un inmueble concreto: el que amenaza daño por un *vitium aedium* o *vitium loci*.

Antes que todo, conviene destacar que a propósito de los créditos objeto de *missio in possessionem* debemos distinguir el crédito mismo de su medio de prueba, normalmente los documentos. Respecto a estos últimos y en cualquiera de nuestros tres tipos de *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, estamos ante una cosa mueble y, por tanto, el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre tales documentos, estará sancionado mediante la *actio in factum* de D. 43,4,1

pr. Ello explica que hayamos situado sistemáticamente este tema a propósito de nuestra *actio in factum* (D. 43,4,1 pr.) aplicable a estas otras *missiones in possessionem*. Ahora bien, respecto al crédito mismo, debemos recordar que nos limitamos a las vicisitudes del crédito a partir del decreto pretorio de *missio in possessionem*, durante la misma *missio in possessionem* y hasta el momento de la *venditio bonorum* en las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, y hasta el momento que termina la *missio in possessionem* propiamente dicha, es decir, aquéllas que no conducen a una *venditio bonorum*. Tanto en uno como en otro tipo de *missiones in possessionem* el legitimado pasivamente a las mismas (embargado) pierde la disponibilidad del crédito y, por tanto, i) si el acreedor embargado reclama la deuda y el deudor paga voluntariamente con una suma de dinero, entonces se produce un incremento patrimonial inmediato (no mediato como cuando sólo existía el crédito) en el patrimonio del acreedor embargado; dicha suma de dinero también será objeto de *missio in possessionem* y si el legitimado pasivamente a la *missio in possessionem* impide el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre dicha suma de dinero, se dará contra aquél la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., por tratarse de cosa mueble; ii) si el acreedor embargado demanda al deudor por la acción de deuda correspondiente, podrá el deudor oponer una *exceptio doli* a la *intentio* del acreedor embargado ya que como embargado ha perdido la disponibilidad de su crédito, incluso aunque no haya sido separado de la administración del patrimonio, como en el caso de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; iii) si el acreedor embargado remite la deuda al deudor después del decreto de *missio in possessionem*, remisión que normalmente se concretará mediante *pactum de non petendo*, el *missus in possessionem* dispondrá de una *replicatio fraudis* contra la *exceptio pacti* que interponga el deudor liberado a la reclamación del *missus in possessionem*, y iv) si el acreedor embargado, al menos en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, caso paradigmático de la *missio in possessionem rei servandae causa*, cobra el crédito después de la *venditio bonorum* y el deudor paga voluntariamente, entonces el *bonorum emptor* ejercerá, respectivamente, la *actio Serviana*, si el acreedor embargado ha muerto, o la *actio Rutiliana*, si el acreedor embargado vive, por haber hecho el deudor un pago indebido.

2. Tres pasajes dudosos

Por otra parte, y volviendo a la defensa pretoria de las cosas corporales muebles e inmuebles que según nuestra tesis se lleva a cabo, respectivamente, mediante la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, nos encontramos con tres pasajes en los que se podría pensar en tal defensa pretoria, pero cuyo contenido permite pensar indistintamente en la *actio in factum* y en el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. En primer lugar, nos referimos a D. 42,4,14 pr. (Paul. 2 *quaest.*):

Si quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi, datur in eum actio quanti ea res [sit] <erit>¹⁷⁶.

Según la redacción actual del texto, el supuesto de hecho contempla el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sancionado mediante la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. Sin embargo, como ocurre en tema de *missio in possessionem damni infecti nomine*¹⁷⁷, cabría la posibilidad de pensar que también aquí los compiladores hubiesen cambiado el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* por la *actio in factum*, dada su tendencia a subsumir los interdictos en acciones. Debemos despejar esta duda hasta donde nos sea posible. En primer lugar, ese cambio era factible, ya que tanto para la *actio in factum* como para el interdicto, el requisito para el ejercicio de uno u otro recurso era simplemente el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, ya violentamente (interdicto) ya dolosamente (*actio in factum*), sólo que el primero en caso de inmuebles y la segunda en caso de muebles. Ahora bien, si el pasaje es auténtico en su redacción actual, es decir, si habla efectivamente de *actio in factum*, entonces Paulo estaba pensando en el impedimento al *venire in possessionem* de una cosa mueble a los acreedo-

176. M. KASER, *Quanti ea res est* (München, 1935) p 199 n. 4, corrige [sit] por <erit>, con base en la corrección a D. 43,4,1 pr. (cfr. infra en esta sede 4 y n. 194), pero con alguna duda. En general, la doctrina romanística, a partir de LENEL, *EP.*³ p. 424, ha relacionado este texto con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.; últimamente X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 100 y n. 11.

177. Cfr. supra n. 170.

res missi in bona debitoris; si, por el contrario, en segundo término, el texto fue interpolado por los compiladores sustituyendo el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* por la *actio in factum*, entonces el jurista estaba pensando en el impedimento al *venire in possessionem* de una cosa inmueble a los acreedores *missi in bona debitoris*. Veamos qué criterios debemos tener en cuenta y nos pueden servir de ayuda para dilucidar esta incertidumbre. En primer lugar, este pasaje se halla en el título 4 del libro 42 de la compilación jurisprudencial: *Quibus ex causis in possessionem eatur*; demasiado general para nuestro objetivo actual. En segundo término, su colocación palingénica corresponde al libro 2 *Quaestionum* de Paulo¹⁷⁸, que tampoco nos proporciona elementos de juicio para referirlo ya a la *sedes materiae* interdictal ya a la *sedes materiae* de la *actio in factum*. Por último, sólo nos resta el criterio de la *condemnatio* en el interdicto y en la *actio in factum*. Como es sabido, la *litis aestimatio* referida al *quanti ea res erit* se da en las acciones de derecho estricto, es decir, aquéllas que no son *ex fide bona*, como tampoco es la nuestra, en la que la estimación se debería resolver mediante *iuramentum in litem*¹⁷⁹. Así, pues, nuestro pasaje debería estar referido a la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y no al interdicto. Por tanto, estamos de acuerdo con aquellos autores que refieren el pasaje a la *actio in factum*, pero matizamos esta referencia en el sentido de que en este caso se trataba de la sanción al impedimento doloso al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre una cosa mueble.

Igualmente, X. d'Ors¹⁸⁰, siguiendo a Lenel¹⁸¹, refiere también a nuestra *actio in factum* D. 42,1,51,1 (Paul 2 *manual.*):

Si quis creditorem missum in possessionem rei servandae causa non admiserit, si venditor praestiterit creditori, quanti eius interfuerit, quaesitum est, an debitor liberetur. et puto improbum esse eum, qui velit iterum consequi quod accepit¹⁸².

178. Cfr. LENEL, *Palin.* I col. 1186 y n. 1: «Inscriptio videtur falsa esse».

179. Sobre la *litis aestimatio* de la *condemnatio* en nuestra *actio in factum*, cfr. infra en esta misma sede 6 v. Sobre la *litis aestimatio* de la *condemnatio* de la *actio ex interdicto*, cfr. infra en esta misma sede 9 i.

180. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 100 y n. 12.

181. LENEL, *EP.*³ p. 424.

182. Conviene destacar que Bas. 9,4,3 habla de *emptor* en lugar de *venditor*.

Este pasaje, de la misma manera que el anterior D. 42,4,14 pr., nos vuelve a plantear la misma incertidumbre de si se refiere al interdicto o a la *actio in factum*. En la compilación jurisprudencial el texto corresponde a D. 42,7: *De re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*, y su colocación palingenésica corresponde al libro 2 *Manualium* de Paulo¹⁸³. Como vemos, no constituye elemento de juicio para referir el pasaje a un recurso o al otro, ni una ni otra colocación, a pesar de que las palabras iniciales del texto nos ofrecen el requisito para el ejercicio de la *actio in factum* o del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit: si quis creditorem missum in possessionem rei servandae causa non admiserit*. El texto ha sido objeto de discusión a partir de la corrección de Lenel de *venditor* por *bonorum emptor*. Frese¹⁸⁴ se opone a dicha corrección porque, según él, no ha habido *bonorum venditio* para que se hable de *bonorum emptor*, y en ello tiene razón. Con base en D.2,7,6 da por interpolada la parte final del pasaje [*et puto* - fin]. En el mismo sentido va dirigida la crítica de Solazzi¹⁸⁵, quien muy acertadamente indica que en el trámite normal del concurso de acreedores, el *bonorum emptor* paga parte de la deuda y no la deuda entera como aquí ocurre. Sin embargo, Solazzi mantiene la clasicidad del pasaje y lo reintegra así: *<cum is, cui ex venditor obligatus erat>, creditorem ... non admiserit, si venditor praestiterit ... quaesitum est, an <debito> liberetur* [—]. Por nuestra parte, creemos es necesario tener en cuenta el § pr. para situar el nuestro, hasta donde sea posible, dentro de su contexto. Dice así D. 42, 1,51 pr.: *Si quis dolo malo fecerit, ut bona eius ventrent, in solidum tenetur*; fragmento que, con sorpresa de nuestra parte, Lenel¹⁸⁶ sitúa en el parágrafo 221: *De actionibus, quae ex ante gesto adversus fraudatorem competunt*, como confirmación de que el *beneficium competentiae* no estaba restringido al caso de la *cessio bonorum* sino que se prolongaba en el tiempo¹⁸⁷ para el deudor concursado de buena fe y respecto

183. Cfr LENEL, *Paling.* I col. 1139 y n. 4: *<bonorum emptor>* [*venditor*] Paul.?

184. FRESE, «*Defensio, solutio, expromissio*» des unberufenen Dritten, en *Studi in onore di P. Bonfante* IV (Milano, 1930) p. 447.

185. S SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I p. 165 s

186 LENEL, *EP* 3 p. 432.

187 A pesar de que CJ. 7,75,6 (de Diocleciano, sin año) dice que tenía el «beneficio de competencia» durante un año, pero esto no sería válido para el

a sus adquisiciones futuras, según D. 42,3,6. Si aceptamos esta interpretación de Lenel, lógicamente debemos aceptar también, como hace este autor, que D. 42,1,51 pr. contempla la hipótesis del deudor concursado de mala fe a quien se le niega el *beneficium competentiae* y, por tanto, debe responder *in solidum*. Creemos, entonces, que nuestro párrafo 1 de D. 42,1,51 debe ser la continuación del tratamiento jurídico al deudor insolvente de mala fe que a pesar de tener que responder *in solidum* con sus adquisiciones futuras, sin embargo, para frustrar la nueva aplicación de la *missio in bona* y subsiguiente *venditio bonorum* por los créditos subsistentes o residuales, procede a venderlos (*si quis dolo malo fecerit ut bona eius venirent, in solidum tenetur*). Ahora bien, ya sea el mismo deudor ya el comprador de la cosa (aquí es donde no aparece claro nuestro texto) quien satisface el crédito al acreedor, entonces, queda liberado el deudor, es decir, no se le aplicará ni la *missio in bona* ni la subsiguiente *venditio bonorum*, pero tanto una como otra no serían las iniciales sino las posteriores, por los créditos residuales y respecto a los cuales el deudor concursado de mala fe no tiene el «beneficio de competencia». Por otra parte, el que Lenel refiera D. 42,1,51 pr. y D. 42,1,51,1 a momentos tan distantes del concurso de acreedores, como son el período de la *missio in bona* (donde tendría aplicación nuestra *actio in factum* y a la cual refiere Lenel D. 42,1,51,1) y la situación posterior a la *venditio bonorum* del deudor concursado de mala fe respecto a sus adquisiciones futuras, la denegación del beneficio de competencia y, por tanto, su responsabilidad *in solidum* (situación a la cual Lenel refiere D. 42,1,51 pr.), no obedecería a un tratamiento unitario y ordenado, por parte del jurista Paulo, del tema del concurso de acreedores. Por tanto, hechas estas matizaciones, creemos que tanto D. 42,1,51 pr. como D. 42,1,51,1 no se refieren al trámite inicial de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y subsiguiente *venditio bonorum* sino a las subsiguientes para el deudor de mala fe y por los créditos residuales que también implican una *missio in bona debitoris* y subsiguiente *venditio bonorum*. Si ello es así, entonces, limitamos dicha *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. a aquellas adquisiciones futuras del deudor concursado de mala fe de cosas muebles y que impide dolosa-

derecho clásico; la pretendida base edictal es improbable, y, en este sentido, M KASER, ZPR p 310 n 19 y A d'ORS, DPR.⁴ p 167 n. 2.

mente el *venire in possessionem del missus in possessionem* para burlar aquel trámite procesal.

Por último, también podría llevarnos a referir a nuestra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., un pasaje que nos transmite Cicerón, *ad Att.* 1,1,3:

Caecilius, avunculus tuus, a P. Vario cum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum eius fratre A. Caninio Satyro de iis rebus quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores, in quibus erat L. Lucullus et P. Scipio et is quem putabant magistrum fore si bona venirent, L. Pontius. Verum hoc rediculum est de magistro.

En contra de otras opiniones doctrinales¹⁸⁸, así lo hace X. d'Ors¹⁸⁹ quien interpreta el pasaje en el sentido de que allí se nos referiría «una reclamación acerca de ciertos objetos que *eum* (demandado) *dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret* (*Caecilius*)», y agrega que «el demandante, en sentido estricto, es *Caecilius*, aunque los otros acreedores se hayan unido a ella: *una agebant ceteri creditores*». En efecto, entendemos que el demandado (*eum*) es el hermano de P. Vario, es decir, Caninio Satyro quien recibió (*mancipio accepisse*) las cosas mediante dolo malo de P. Vario, su hermano, con el fin de defraudar a los acreedores de éste, circunstancia que alega precisamente el acreedor demandante *Caecilius*. Ahora bien, en el texto no se dice si aquella enajenación fue realizada antes del decreto de *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores o después del mismo. En el primer caso, procedería el interdicto fraudatorio siempre y cuando se ejercitase después de la *venditio bonorum*, como muy bien pone de presente

188. En efecto, LENEL, *EP.*³ p. 435 n. 8, refiere el pasaje, junto con D. 42,8,8, al interdicto fraudatorio, aunque reconociendo las dificultades que para ello presentan los dos textos, pues, efectivamente, implicaría aceptar la excepción al principio de que aquel recurso sólo se puede ejercitar después de la *bonorum venditio*. Por su parte, S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*³ I-II (Napoli, 1945) I p. 46 ss., IMPALLOMENEI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico* (Padova, 1958) p. 31 s., y H. ANKUM, «*Interdictum fraudatorium*» et «*restitutio in integrum ob fraudem*», en *Syntelexis Arangio-Ruiz* II cit. p. 783 s., refieren el pasaje a la *restitutio in integrum ob fraudem* o la correspondiente acción rescisoria; tesis a la que X. d'Ors, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 59 ss., opone la no existencia, en el derecho romano clásico, de una *restitutio in integrum ob fraudem*.

189. Cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 102 s.

X. d'Ors, pero no es el supuesto contemplado por Cicerón; en el segundo caso, entonces sí procedería la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. pero que nosotros circunscribiríamos a las cosas muebles. La legitimación activa de esta *actio in factum* corresponde a los acreedores *suo nomine* o al *curator bonorum, alieno nomine*. Respecto a la legitimación pasiva nos encontramos con que, según el testimonio de Cicerón, el demandado es precisamente A. Caninio Satyro, el adquirente del deudor concursado. Cuando X. d'Ors entra en el tema de la legitimación pasiva de la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., inmediatamente después de analizar el supuesto que nos transmite Cicerón, dice que «la legitimación pasiva corresponde a aquel que, con dolo malo, se niega a entregar lo que ha adquirido del deudor después de decretada la *missio in bona*»¹⁹⁰. Por tanto, estamos de acuerdo con este autor en referir el pasaje ciceroniano a nuestra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.; simplemente matizamos su opinión en el sentido de limitarla a las cosas muebles y, por otra parte, destacamos que el dolo malo que sanciona dicha *actio in factum* no es el de la adquisición de los bienes muebles del embargado, que es el que se consigna en nuestro pasaje, sino el consistente en el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, como muy bien destaca ya X. d'Ors.

Así como referimos nuestra *actio in factum* a D. 42,4,14 pr., y a D. 42,1,51,1 en relación con D. 42,1,51 pr., en donde también se menciona el *dolus malus* y a Cic. *ad Att.* 1, 1, 3, a continuación veremos otro texto en el cual, a pesar de hacerse alusión al dolo malo en relación con las *missiones in possessionem*, sin embargo no procede en ese supuesto la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.; dicho pasaje enmarcado en la crítica más grave que se puede hacer a nuestra tesis.

3. Objeción más grave a nuestra tesis

Un tercer y último aspecto que queremos despejar previamente a entrar en materia sobre nuestra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. es el siguiente: somos conscientes de que la objeción más grave que se puede hacer a nuestra tesis es la de que la cláusula edictal que anuncia nues-

190. Cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 103. Sobre dicha legitimación pasiva, cfr. *infra* en esta misma sede 6 iii.

tra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.¹⁹¹, no limita la acción a las cosas muebles. En nuestra opinión, ello es perfectamente comprensible porque respecto a los inmuebles ya estaba previsto el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, al igual que ocurre con la *actio ad exhibendum* en la cual no se limita expresamente su aplicabilidad a las cosas muebles, sin embargo sabemos que ello es así, porque, correlativamente, para los inmuebles estaba previsto el interdicto *quem fundum*. Igualmente, la cláusula de D. 39,2,7 pr., donde se anuncia la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, tampoco la circunscribe expresamente a los inmuebles pero también sabemos que ello es así porque la *missio in possessionem damni infecti nomine* sólo versa sobre inmuebles. Por último, nos encontramos con D. 36,4,15 (Val. 7 act):

Interdum licet dolo malo fecerit heres, quo minus res in causa hereditaria maneat, non poterit in possessionem earum legatarius mitti, veluti si locum religiosum fecerit aut quid publice consecraverit permissu scilicet imperatoris aut aliquem non in fraudem creditoris manumiserit¹⁹².

Este pasaje nos podría hacer pensar en nuestra *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y en su aplicabilidad tanto a cosas muebles como inmuebles, según el supuesto de D. 36,4,15. Ahora bien, a pesar de que en dicho supuesto el dolo se refiere tanto a cosas inmuebles (*locus*) como a muebles (*servus*), sin embargo, el *dolus malus* de que se trata en él no es el de nuestra *actio in factum* sino el consistente en sustraer cosas muebles o inmuebles de la herencia antes de la *missio in possessionem* de que se trate y, ya sea el fundo por convertirse en *locus religiosus*, ya sea el esclavo por quedar fuera del comercio al ser manumitido, no son susceptibles de *missio in possessionem*. Consecuentemente, no se plantea en D. 36,4,15 nuestra defensa pretoria del *missus in possessionem*, es decir, ni el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* ni la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., porque estos recursos sólo proceden sobre las cosas —inmuebles o muebles,

191. Cfr. texto infra en esta misma sede 4

192. Salvo la corrección que hace LENEL, *Paling* II col 1201 n. 1: «Valentis actionum libri cum in indice non enumerentur, Krueger pro Valens in inscriptione legendum esse Venuleius suspicatur cui coniecturae etiam fragmentorum series congruit», el texto no ha sido objeto de otras críticas sustanciales.

respectivamente— susceptibles de *missio in possessionem* y después de haber sido ésta decretada por el Pretor¹⁹³.

4. «*Status quaestionis*» y crítica del mismo

Decíamos en el apartado IV de esta investigación que no se nos conservó ni la cláusula edictal del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* ni la fórmula del mismo. Sin embargo, en este título interdictal (D. 43,4), los compiladores sí nos transmiten un edicto en el cual se nos anuncia una *actio in factum*. D. 43,4,1 pr. (Ulp. [72] <62> *ad ed*):

Ait praetor: «Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictione fuit <quae mea est>, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res [fuit] <erit>, ob quam in possessionem missus erit, dabo¹⁹⁴.

A propósito de esta *actio in factum* la romanística no es concorde. Dejando a un lado aquel sector de la doctrina que la niega¹⁹⁵, Le-

193. Cfr D 36,4,5,5 en el mismo sentido de D 36,4,15.

194. LENEL, *EP*³ p. 424 y n. 14, añade <quae mea est> inmediatamente después de . *iurisdictione fuit* con base en la cláusula edictal de D. 39,2,7 pr que nos presenta dicho giro A esta integración del texto se opone RAMADIER, *Les effets de la «missio in bona rei servandae causa»* (París, 1911) p 18 n 3, por ser, según el autor, una alteración arbitraria del pasaje. La aceptan, en cambio, S SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I. p 159 s, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit p 97 n. 2 Sobre la delegación de jurisdicción del Pretor Urbano a los magistrados municipales en materia de *damnum infectum*, cfr. F BETANCOURT, *Recursos supletorios* cit. p. 108 y nn. 20, 21 y 22, en donde reintegramos así D. 39,2,4,2, (Ulp. 1 *ad ed*). *An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur? non puto, sed [in factum actione] <interdicto (ne vis fiat ei qui in possessione missus erit)> tenebitur: nam et si a praetore missus non admittatur [eadem actione] <eodem interdicto> utendum est.* Corregimos así la especificación que hacíamos en aquella ocasión para el interdicto aplicado a la *missio in possessionem damni infecti nomine*. Siguiendo a MOMMSEN, *ad leg.*, LENEL, *EP*³ p. 424 y n. 15, corrige: *quanti ea res [fuit] <erit>*, con base en el § 5 del mismo fragmento D. 43,4,1. «*Haec verba 'quanti ea res erit'»*; corrección con la que están de acuerdo M. KASER, *Quanti ea res est* cit p. 199 n. 49, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 97 n. 2. También fundamentaría esta opinión D. 42,4,14 pr.; cfr. supra en esta sede 2 y n. 176.

195. Así KRUEGER, *ad leg.*, quien restituye en D. 43,4,1 pr. un interdicto en lugar de la *actio in factum* que habría sido introducida, según este autor, por

nel¹⁹⁶ propone una corrección al libro de procedencia de este fragmento 1 de D. 43,4; en lugar del libro 72 *ad edictum* de Ulpiano, piensa que procede del libro 62 de la misma obra; lo intercala así dentro de la parte relativa al trámite concursal¹⁹⁷ y fundamenta su opinión en la analogía con la *sedes materiae* del fragmento 2 (D. 43,4) que proviene del libro 59 de Paulo¹⁹⁸, igualmente relativo al trámite concursal. Por otra parte, Lenel da por interpolado D. 43,4,1,2 que, según el autor, generalizaría esta *actio in factum* para los otros tipos de *missiones in possessionem*¹⁹⁹, ya que, según Lenel, Ulpiano en D. 43,4,1,1 da a entender que se refiere sólo a la *missio in possessionem rei servandae causa* y, además, D. 43,4,1,8, que excluye la anualidad de esta acción para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, no sería más que un tribonianismo²⁰⁰. Por tanto, Lenel mantiene la existencia de una *actio in factum* exclusivamente contra el que obró con dolo para impedir la entrada en posesión de los acreedores *missi in bona debitoris*²⁰¹ y de unos interdictos para reprimir la *vis* hecha al *missus in pos-*

glosema; RAMADIER, *Les effets* cit. p. 74 n. 3, y BESELER, *Mnemosyna Pappulia* (Atenas, 1934) p. 62. En contra, P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* II (Pavia, 1916) p. 114; MAIER, *Pratorische Bereicherungsklagen* (Berlín-Leipzig, 1932) p. 60 n. 6, y S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I p. 159 s.

196. LENEL, *Paling.* II col. 790 n. 2, y EP³ p. 424 n. 11.

197. LENEL, EP³ § 216: *Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis in possessionem sit*, p. 424.

198. LENEL, *Paling.* I col. 1077.

199. LENEL, *Paling.* II col. 790 n. 3: «Interpolationem subesse patet: hoc enim edictum ad solam missionem rei servandae causa factam pertinere ipse Ulpianus in § ° precedente significaverat Cfr. etiam § 5». Sobre esta crítica de Lenel, cfr. infra n. 214.

200. LENEL, *Paling.* II col. 791 n. 1. [*excepta legatorum missione*] Cfr. infra n. 223.

201. Téngase en cuenta que no se debe identificar la expresión *missio in possessionem rei servandae causa* como sinónima exclusivamente de *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, como hacen Lenel y otros autores aunque dubitativamente, sino que la última es una especie de la primera. Cfr. supra II 1. Por lo demás, la misma cláusula edictal de D. 43,4,1 pr. en ningún momento dice que se refiera exclusivamente a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, y el comentario de Ulpiano en D. 43,4,1,1, dice que el Pretor propuso la acción a propósito de la *missio in possessionem rei servandae causa*, es decir, no sólo para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, a raíz de la cual

sessionem legatorum servandorum causa, a la mujer *missa in possessionem ventris nomine* y al *missus in possessionem damni infecti nomine*.

En general, la doctrina romanística contemporánea, al tratar de este problema, ha partido de la tesis leneliana ya sea para aceptarla en bloque, ya sea para matizarla e incluso corregirla, pero sin haber llegado, en nuestra opinión, a una solución satisfactoria. Así, para Ubbelohde²⁰², los compiladores habrían reunido en este título interdictal de D. 43,4, tres recursos procesales: i) una *actio in factum* de resarcimiento del daño para todas las *missiones in possessionem* por el impedimento al *venire in possessionem*; ii) tres interdictos para tutelar los casos especiales de *missiones in possessionem*: *legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti nomine*, y iii) una *actio in factum* concedida al *missus in possessionem damni infecti nomine* para sancionar al que impidió el *venire in possessionem* e incluso, añade el autor, para hacer efectiva la *missio in possessionem*; *actio in factum* cuya cuantía de la sentencia sería equiparable a la de la *actio ex stipulatu*, si se hubiese prestado la *cautio damni infecti nomine*. Por tanto, este autor, en contra de Lenel, acepta que la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. abarcaba a todas las *missiones in possessionem*, incluida la *missio in possessionem damni infecti nomine*, aunque en la práctica, según Ubbelohde, esta *actio in factum* no se habría aplicado a aquélla, ya que la *missio in possessionem damni infecti nomine* ya estaba tutelada por otra *actio in factum* peculiar²⁰³. Para Berger²⁰⁴, el medio de tutela general para todas las *missiones in possessionem* sería la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., mientras que sólo tres casos de *missiones in possessionem* estarían tuteladas por su correspondiente interdicto: la

pudo haber sido introducida en el Edicto, sino también para los demás casos de *missiones in bona*.

202. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandetta* cit. Parte III-IV p. 146. No es correcto el envío que hace el *Index Interp.* s.l. a este autor, colocándole entre aquellos que dan por interpolado todo el pasaje; todo lo contrario, Ubbelohde acepta la clasicidad del texto.

203. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 149: «avrebbe difficilmente acquistato pratica importanza per la *missio damni infecti nomine*, essendo l'oggetto della condanna, a cui essa è diretta, designato assai più nettamente nell'*actio in factum* peculiare, promessa dall'editto nella *cautio damni infecti*».

204. A. BEGER, *RE* IX 2, s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub núms. 38,39 y 40, col. 1656 s.

missio in possessionem legatorum servandorum causa, por el interdicto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*; la *missio in possessionem ventris nomine*, por el interdicto *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*; y la *missio in possessionem damni infecti nomine*, por el interdicto *ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit*. Según este autor, estos interdictos debieron de resultar superfluos a los compiladores justinianos frente a la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y de allí que el interdicto correspondiente aparezca mezclado con la *actio in factum*, como, por ejemplo, en D. 43,4,1,8²⁰⁵. En cambio, vuelve a tomar la línea de pensamiento de Lenel, S. Solazzi²⁰⁶, para quien habrían sido los compiladores quienes extendieron la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., exclusiva para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, a los demás tipos de *missiones in possessionem* y, por consiguiente, la referencia a dicha *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. aplicada a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* estaría interpolada, no sólo en D. 43,4,1,2, sino también en D. 43,4,3,2 y D. 43,4,4,4. Dicha *actio in factum*, sólo se concedería, según el autor, contra el que dolosamente ha impedido a un acreedor *missus* entrar en posesión o le ha expulsado de la misma. Por otra parte, Solazzi no acierta a explicar por qué para esta *actio in factum*, exclusiva de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, se exige el *dolus*, mientras que en los interdictos de las otras *missiones in possessionem* se exige la *vis*. Ultimamente, y por vía de hipótesis, ha tratado de dar una explicación a esta diferencia de tratamiento que no se alcanza a explicar Solazzi, X. d'Ors²⁰⁷. Por otra parte, para este

205. Sobre este texto cfr infra en esta sede iv y n 223

206. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* cit. I p. 159 s.

207. X d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit p 101 «Es conocida la evolución del dolo de ser un requisito para la existencia de ciertos delitos o un presupuesto para la concesión de determinadas acciones, se sustantiviza convirtiéndose en un tipo delictivo propio e independiente. El primer paso de esta evolución se sitúa en Aquilio Galo. Hasta entonces, según el testimonio de Cicerón (*de nat. deor* 3,30,74: *inde averriculum malstiarum omnium iudicium de dolo malo, quod C Aquilius familiaris noster protulit*), no existía recurso alguno para perseguir el dolo. Hacia esa misma época surgieron otras acciones *in factum* para reprimir distintos tipos de conductas dolosas. La primera noticia que tenemos de un recurso de este tipo a favor de los acreedores, dada también por Cicerón, es en *ad Atticum*, 1,1,3. Cabe conjeturar, por lo tanto, que nuestro edicto puede ser

último autor, se trataría en D. 43,4,1 pr. de una *actio in factum* y no de un interdicto. En efecto, dice, si se quiere pensar en una interpolación justiniana que sustituye la referencia a un interdicto, habría que admitir que se trataría de un interdicto diferente al *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* puesto que, tanto en la cláusula edictal como en el comentario de Ulpiano, no se hace mención alguna de la *vis*, salvo en D. 43,4,1,3 y eso para negar su exigencia: *nec exigitur ut vi fecerit qui prohibuit*. Continúa argumentando X. d'Ors contra la existencia de un interdicto en D. 43,4,1 pr. con la consideración de que de ser así, entonces sería el único interdicto que, manteniéndose en su *sedes materiae* propia, es sustituido sistemáticamente por una *actio in factum*; e igualmente, si se admite que la intención de los compiladores ha sido fundir en un solo varios recursos procesales distintos, al menos por su objeto, para crear una *actio in factum*, sería necesario preguntarse por qué los compiladores han suprimido las referencias del interdicto solamente en el primer fragmento (D. 43,4,1 pr. —8), manteniéndolas en los otros (D. 43,4,3 pr. —3 y D. 43,4,4 pr./1)²⁰⁸. Por su parte, Kaser²⁰⁹ niega que esta *actio in factum*, propia

fechado en el siglo I a C., en relación con aquellas otras acciones *in factum*. Con anterioridad, habría existido solamente el mencionado interdicto *ne vis fiat ei*, que era aplicable a todos los casos de *missio*, incluida la de los acreedores. Quienquiera que fuese el que introdujo esta *actio in factum*, tuvo presente, con razón, que es en la *missio in bona* del concurso de acreedores donde existe un mayor riesgo de actuación dolosa por parte del deudor concursado y, por lo tanto, cabe pensar que se introdujo esta acción precisamente para el caso del concurso de acreedores. En cuanto a la extensión de esta acción a los otros supuestos de *missio rei servandae causa*, puede pensarse, bien en una interpretación jurisprudencial extensiva, bien en una intervención compilatoria, sin que, salvo D. 43,4,1,1, que es una de las consabidas *laudationes edicti*, ninguno de los otros textos —fundamentalmente D. 43,4,1,2; D. 43,4,1,8 ó D. 43,4,3 2— apoven claramente una u otra posibilidad. Esta acción aparece en el siglo I a C., y viene a desplazar un anterior interdicto prohibitorio y restitutorio *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* aplicable a todos los casos de *missio rei servandae causa*, ya fuese un interdicto común, ya varios similares».

208. En sede de conclusiones sobre este problema, X. d'ORS. *El interdicto fraudatorio* cit p 104, afirma lo siguiente: a) «Nos encontramos ante un recurso (la *actio in factum*) para lograr la reintegración a los *bona debitoris* de un objeto cuya posesión se niega dolosamente a los acreedores *missi*. En otras palabras, se trata de garantizar la integridad de los *bona debitoris* durante el tiempo de la *missio in bona*, porque las enajenaciones hechas por el deudor después de la

de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, para sancionar el impedimento doloso al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, sustituya a un interdicto clásico y, siguiendo a Lenel y Solazzi, cree que la extensión de la *actio in factum* a los otros tipos de *missiones in possessionem* para sancionar sus impedimentos al *venire in possessionem* no dolosos («nichtdolose») en D. 43, 4,1,2, fue por manipulación compilatoria²¹⁰

missio no se someten al régimen de revocación por el interdicto fraudatorio, sino que dan lugar, en la medida en que el actual poseedor se niega a ceder su posesión a los acreedores *missi*, a la *actio in factum*. Por lo tanto, el dolo exigido en el demandado, no es tanto el de su *scientia* en el momento de la adquisición, cuanto el de su negativa ante los acreedores *missi in bona*, a pesar de la *proscriptio* pública» b) «Esta acción aparece en el siglo I a. C. y viene a desplazar un anterior interdicto prohibitorio y restitutorio *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, aplicable a todos los casos de *missio rei servandae causa*, ya fuese un interdicto común, ya varios similares» (cfr. supra n. 13). c) «Esta *actio in factum* fue extendida, por obra jurisprudencial o compilatoria, a los otros supuestos de *missio*»

209. M. KASER, ZPR p. 304 y n. 44, y p. 305 y n. 49.

210. A pesar de que nuestra exposición del estado de la cuestión se circunscribe a la romanística crítica, no queremos dejar de consignar el pensamiento de un romanista pre-crítico, quien, por su sistemática, rigor lógico y penetración, aún en nuestros días sirve de punto de partida doctrinal insoslayable en tema de interdictos; nos referimos al ya citado K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. 304 ss. Este autor, en su monografía, analiza todos los casos de interdictos que vienen complementados por una *actio in factum*, uno de los cuales es precisamente nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, y para todos aquellos casos de concurrencia de interdicto y *actio in factum*, incluido el nuestro, reconoce que «ueber es ist diese nicht einzige Form: ganz ebenso gut wurde dazu die *in factum actio* angewendet, ohne irgend einen erkennbaren inneren Unterscheidungsgrund» (op cit p. 306). Por tanto, y con relación a la defensa pretoria de las *missiones in possessionem*, acepta conjuntamente ambos recursos, pero sin diferenciar uno de otro, es decir, los equipara y, al encontrarse en dicha defensa con la antítesis de *vis* y *dolus* observa que el *dolus* corresponde exclusivamente a la *actio in factum* y la *vis* quedaría para el interdicto. Ahora bien, la dificultad con que se encuentra Schmidt radica en que tanto el *dolus* como la *vis* son el mismo requisito para el ejercicio de uno u otro recurso: el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. Como el autor equipara ambos recursos y puesto que el impedimento doloso al *venire in possessionem* es el de la *actio in factum*, entonces «. . unter welchen weiteren Begriff die *vis* fällt, lediglich als eine Unterart» (op cit. p. 308). Sobre la opinión de este autor respecto a la misma antítesis entre *vis* y *dolus* en D.

Por nuestra parte, aceptamos la corrección que hace Lenel acerca del libro de procedencia de dicho fragmento 1 de D. 43,4: [72] <62>, pero conservamos, a diferencia del mencionado autor y del sector doctrinal que le sigue, el carácter de general que tenía este edicto

43,4,1,2 y D. 43,4,13, cfr. infra nn. 214 y 215. Por otra parte, Schmidt acepta la aplicación, aunque indiferenciada, del interdicto y de la *actio in factum* (la de D. 43,4,1 pr.), para todas las *missiones in possessionem* (op. cit. p. 307: «Soziemlich in allen Fällen der *missio* finden wir beide Formen erwähnt»), incluso la *actio in factum* (repetimos, la de D. 43,4,1 pr.) para la *missio in possessionem damni infecti nomine*, cuyo apoyo textual, según el autor, estaría en D. 43,4,4,2, 4; D. 39,2,4,2; D. 39,2,7 pr. y D. 39,2,15,36 (op. cit. p. 307 n. 35). Como podemos observar, Schmidt confunde la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado (D. 39,2,7 pr. y D. 39,2,15,36; D. 43,4,4,2 y 3; no, en cambio, D. 39,2,4,2; cfr. sobre el mismo supra n. 194) con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr para las restantes *missiones in possessionem*; aunque cfr. supra n. 174, la penetrante crítica de Schmidt a D. 43,4,4,4. Respecto a la *missio in possessionem rei servandae causa* en relación con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, que no aparece atestiguado en las fuentes para aquel tipo de *missio in possessionem*, con gran agudeza lógica dice Schmidt «wenn dagegen bei dem *rei servandae causa missus* nur der *in factum actio* Erwähnung geschieht, namentlich in fr. 1 § 1. *ne vis fiat*, so ist dass offenbar lediglich ein, durch die Kompilation herbeigeführte zufälligkeit» (op. cit. p. 307 n. 25). En el mismo sentido, BURCKHARD, *Commentario alle Pandette* cit. Parte II p. 423 ss. También queremos consignar aquí la opinión de un romanista crítico que, a pesar de no afrontar directamente el tema general, es decir, el de la defensa pretoria de las *missiones in possessionem*, sí lo toca tangencialmente dado que, como nos ocurrió a nosotros en nuestro estudio sobre los recursos supletorios de la *cautio damni infecti nomine*, no podía menos de circunvalar la defensa pretoria de todas las *missiones in possessionem* a propósito de la especial *missio in possessionem damni infecti nomine*. Nos referimos a G. BRANCA, *Danno temuto* cit. p. 224, quien dice allí lo siguiente: «la L. 1 § 2 D. 43,4 accorderebbe per ogni immissione quell'a *in factum* che protegge il creditore immerso in *bona rei ser*, ma il Lenel ha provato che il testo è corrotto: quel rimedio spettava ai soli creditori e non v'era alcun bisogno di estenderlo agli altri tipi di immissione che sono tutelati da appositi interdetti». Otras posiciones doctrinales que recogen en suma los resultados de la investigación romanística, son las siguientes: P. F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano* cit. p. 1067: «I mezzi coi quali il pretore protegge la *missio in possessionem* variano secondi i casi; ma è anche qui notevole che, salvo in alcuni testi facilmente eliminabile, non trovano neppure in questo caso l'intervento della forza pubblica. A prescindere dal diritto del *missus* di difendersi, costui sarà protetto o con interdetti, o con azioni *in factum*; interdetto, ad es. nel caso di *damnum infectum*: D. 43,4, *Ne vis fiat ei*, 4 pr.; nel caso di *missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*: D.

para las otras *missiones in possessionem*, excepto, por no referirse a muebles, para la *missio in possessionem damni infecti nomine*. En efecto, nada impide que un recurso de carácter general se halle situado en una sede especial, en este caso el concurso de acreedores, es decir, en uno de los muchos casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, incluso admitiendo que esta *actio in factum* pudo haber nacido a propósito de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Por lo demás, simétricamente, se nos plantea la misma situación respecto al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, el cual, a pesar de hallarse, en el Edicto, en sede de interdictos *de universitate*, también tiene carácter general para todas las *missiones in possessionem*, incluso para aquella en la cual el interdicto no tendría naturaleza *de universitate*, como en el caso de la *missio in possessionem damni infecti nomine*. El partir de un criterio diferente, es decir, que un recurso situado en una parte especial no podía tener carácter general para otros institutos, llevó a Lenel, en nuestra opinión erróneamente, a negar el carácter de general a esta *actio in factum*, para circunscribirla, no ya incluso a la *missio in possessionem rei servandae causa*,

36,4, *Ut in poss*, 5,27; D. 43,4 *Ne vis fiat ei*, 3 pr. *Azione in factum*, nel caso di *missio in possessionem rei servandae causa*. D. 43,4 *Ne vis fiat ei*, 1 pr. J. ARIAS-RAMOS, *Derecho Romano* cit. p. 190, refiriéndose a las *missiones in possessionem* dice que «eran éstas autorizaciones del magistrado a una persona para que se pusiera en la posesión ., amparando además a dicha persona en tal posesión por medio de interdictos o de acciones *in factum*». Para URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de derecho romano* cit. p. 499: «Por último, debe consignarse que si el interesado se opone a que el favorecido por la *missio* entre en posesión de los bienes, para lograrlo le otorga el pretor, en algunos casos, un interdicto, y en otros, una *actio in factum*. Se le otorga un interdicto en el caso del *damnum infectum* (D. 43,4,4 pr.) y en el de *missio legatorum servandorum causa* (D. 36,4,5, 27; D. 43,4,3 pr.), y una *actio in factum* en el caso de la *missio in possessionem rei servandae causa* (D. 43,4,1 pr.)». V. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, trad. de S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redin (Buenos Aires, 1954) p. 89; «Quien es *missus in possessionem* queda defendido por esa toma (de posesión); y después, en su posesión, mediante interdictos especiales (*Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, D. 43,4) y acciones *in factum*, según los diversos ataques que pueden hacersele». Vid. últimamente A. d'ORS, *DPR* 4 p. 132: «El Pretor ofrece al *missus* un interdicto para que no se le impida entrar en los inmuebles (D. 43,4), y una acción *in factum* contra el que le impide dolosamente tomar posesión de los muebles, o ha dejado dolosamente de poseerlos (D. 43,4,1,2 *in fine*)» (cfr. supra en n. 12 la posición anterior en *DPR* 3 del mismo autor)

sino, dentro de este grupo, exclusivamente a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y, por otra parte, a escindir el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en tantos tipos cuantas *missiones in possessionem* distinguía el Edicto y la jurisprudencia, excepto para la *missio in possessionem rei servandae causa*, para la cual no existe apoyo textual²¹¹. La misma crítica que a Lenel se puede hacer a Solazzi puesto que asume plenamente la tesis leneliana. Cabe destacar, sin embargo, un planteamiento acertado de Solazzi y que no resuelve: ¿por qué para la *actio in factum* se exige el *dolus* en el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, mientras que para el interdicto se exige la *vis* en el mismo impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*? La explicación al anterior planteamiento de Solazzi por X. d'Ors como un proceso de evolución de la *vis*, sancionada por el interdicto, hasta llegar a la doctrina del *dolus*, introducida por Aquilio Galo, sancionado por la *actio in factum*, no satisface plenamente en este tema de las *missiones in possessionem* porque ella implicaría, entonces, que la *vis* habría perdido su entidad propia. Además, si, a propósito de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, la *actio in factum* desplazó al interdicto ¿por qué subsistió este último recurso procesal en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* en concurrencia con la *actio in factum*? No es suficiente responder que era en la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores donde existía mayor riesgo de actuación dolosa por parte del deudor concursado porque ello no excluye que, aunque quizá con menor riesgo, también se diera el *dolus* en las otras dos *missiones in possessionem*. Por otra parte, ¿cómo se explica que también en la *missio in possessionem damni infecti nomine* se distinga la *vis*, sancionada por el interdicto, del *dolus*, sancionado por la *actio in factum* propia de este tipo de *missio in possessionem*? En cambio, este autor matiza prudentemente la afirmación de Lenel de que la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. fue extendida a los otros casos de *missiones in possessionem* por manipulación

211. Sin embargo, llama la atención el hecho de que si conservamos la *inscriptio* actual del texto, es decir, como proveniente del libro 72 *ad edictum* de Ulpiano, entonces esta *actio in factum* estaría situada en la parte final del título 43 del Edicto Perpetuo, donde nos encontramos acciones complementarias de interdictos. Así: la acción Serviana, complementaria del interdicto Salviano y nuestra acción, sorprendentemente, se hallaría próxima al interdicto fraudatorio.

compilatoria, dejando abierta la posibilidad de que también pudo haber sido extendida por interpretación jurisprudencial, aunque para X. d'Ors los textos no permiten sostener ni una ni otra posibilidad. Por su parte, Ubbelohde y Berger mantienen el carácter general de esta *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. para todas las *missiones in possessionem*, incluida la *missio in possessionem damni infecti nomine*, aunque, según el primero, como esta *missio in possessionem* ya tenía su *actio in factum* peculiar (D. 39,2,7 pr.), no sería necesaria ésta de D. 43,4,1 pr. y, para el segundo autor que ni siquiera habla de la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. habría hecho que el interdicto —o los interdictos, según él— le pareciera superfluo a los compiladores justinianos. Lo que no distinguen estos dos autores es la función específica de la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado en la *missio in possessionem damni infecti nomine* y la función propia de la *actio in factum* de los otros tres tipos de *missiones in possessionem* y, por tanto, tampoco distinguen entre la función específica de estas dos *acciones in factum* y la del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. La confusión, no ya de los anteriores autores sino de la doctrina en general, se hace mayor por cuanto este interdicto no se halla atestiguado en las fuentes para la *missio in possessionem rei servandae causa*, pero también porque el interdicto es utilizado por los compiladores justinianos para refundir, además, las dos *acciones in factum*. La confusión de recursos jurídicos en materia de *missiones in possessionem* ha determinado la ambigüedad de la doctrina para referirse, o mejor para no saber a qué referirse, cuando, en este tema de las *missiones in possessionem*, se nos habla indiscriminadamente unas veces de *vis* y otras de *dolus*. Pero a la doctrina actual se le puede hacer esta observación de fondo: que realmente era muy difícil llegar a una solución viable del problema sin antes haber orientado el tema a partir de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, presupuesta la solución de los problemas concretos que ésta planteaba; especialmente la de su *actio in factum*, la cual, sin la integración de su requisito del *damnum* causado que hemos hecho por primera vez en la doctrina con motivo de nuestro estudio sobre la *cautio damni infecti nomine* y sus recursos supletorios, además de los que aparecen expresamente en la cláusula edictal de D. 39,2,7 pr. y

más exactamente el no dar la *cautio de damno infecto* e impedir el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, resultaba fácilmente confundible, no sólo con el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, sino también con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. La romanística contemporánea comenzó a alejarse más de una posible solución lógica cuando, a partir del estudio de G. Branca, admitió que la acción de D. 39,2,7 pr. era una acción ficticia; desorientada dicha doctrina por la equiparación de la *condemnatio* de esta acción a la de la *actio ex stipulatu* derivada de la *cautio damni infecti nomine*, sin darse cuenta que dicha equiparación en nuestra *actio in factum* (D. 39, 2,7 pr.) opera en la misma *condemnatio* y no en la *intentio* de la misma *actio in factum*; doctrina que rebatimos ya en nuestro estudio y que ahora confirmamos plenamente como errónea. Decíamos que era muy difícil llegar a una solución lógica del problema global sin partir de la *missio in possessionem damni infecti nomine* porque, desde el punto de vista del procedimiento clásico, es este tipo de *missio in possessionem* el que se diferencia de los otros tipos de *missiones in possessionem*, y se diferencia de éstas en lo siguiente: i) que la *missio in possessionem damni infecti nomine* sólo recae sobre bienes inmuebles, y ii) que en la *missio in possessionem damni infecti nomine* se da una *actio in factum* propia por el resarcimiento del daño causado cuando no se dio la *cautio de damno infecto*, se impidió el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre el inmueble y entretanto se causó el daño. Por tanto, todas las demás *missiones in possessionem* tienen o pueden tener estas características comunes: i) que recaen o pueden recaer sobre bienes inmuebles y sobre bienes muebles, conjuntiva o disyuntivamente, y ii) que, por consiguiente, su régimen de tutela pretoria es o puede ser lógicamente unitario.

5. «*Actio in factum*» por el impedimento doloso al «*venire in possessionem*» de la cosa mueble del «*missus in possessionem*», es decir, contra el que impide dolosamente tomar posesión de los muebles o ha dejado dolosamente de poseerlos, en las «*missiones in possessionem rei servandae causa*», «*legatorum servandorum causa*» y «*ventris nomine*»

Después de la transcripción de la cláusula edictal de la *actio in factum* en D. 43,4,1 pr., el mismo jurista Ulpiano explica la motivación de la misma en D. 43,4,1,1 (Ulp. [72] <62> ad ed.):

Hoc edictum summa providentia praetor proposuit: frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coereret ²¹².

Esta motivación de la *actio in factum* se limita aquí a la *missio in possessionem rei servandae causa* y nos puede confirmar en la idea de que pudo haber tenido su origen a propósito, principalmente, de uno de sus casos: la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, como también nos lo confirma la segunda parte de D. 43,4,3,2 ²¹³. Sin embargo, Ulpiano, ateniéndose a su clasificación de las *missiones in possessionem*, precisamente desde el punto de vista procesal, es decir, de la defensa pretoria de las mismas, nos dice en D. 43,4,1,2 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Est autem generale hoc edictum: pertinet 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 ²¹⁴.

212. Sobre la autenticidad de este fragmento no ha habido mayor controversia, salvo la sospecha de HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon* ¹¹ cit s. v. *providentia*, p. 474, determinada por el giro *summa providentia*; giro que también aparece en D. 26,4,1 pr. En el mismo sentido F PRINGSHEIM, *Die Archaistische tendenz Justinians*, en *Studi in onore di P. Bonfante* I (Milano, 1930) p. 570 n. 125 y p. 586 [= *Gesammelte Abhandlungen* II (Heidelberg, 1961) p. 9 ss.]. Para E. ALBERTARIO, «*Providentia*» nelle fonti giuridiche romane, en *Studi di diritto romano* VI (Milano, 1953) p. 168 s. [= *Athenaeum* 16 (1928) p. 169 s.], se trataría de una *laudatio edicti*. Algún autor (cfr. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 147 n. 4), siguiendo la integración de Krüger a D. 43,4,1 pr. (cfr. supra n. 195) de <*interdictum*> por [*actio*], también pretendió reintegrar en nuestro texto (D. 43,4,1,1) <*interdictum*> por [*actio*]; tesis que no tuvo aceptación en la doctrina, pues creaba un problema de confusión mucho más grave.

213. Sobre este texto cfr. infra en esta sede 9 ii y n. 245.

214. Como hemos visto, Lenel (cfr. supra en esta sede 4 y n. 199) da por interpolado este fragmento al sostener que esta *actio in factum* sólo concernía a la *missio in possessionem rei servandae causa*, entendiendo por ésta la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y en ello le sigue buena parte de la doctrina; además de Solazzi (cfr. supra n. 206) también le sigue P. DE FRANCISCI, *Synallagma* cit. p. 115 s. En cambio, Ubbelohde (cfr. supra n. 202) y Berger (cfr. supra n. 204) se oponen a la tesis leneliana y aceptan la autenticidad com-

El mismo jurista vuelve a reiterar la diferenciación entre *vis* y *dolus* en D. 43,4,1,3 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Haec actio non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum, qui possessione pulsus est, cum venisset in possessionem. nec exigitur, ut vi fecerit qui prohibuit²¹⁵.

pleta del texto, y S. Solazzi (cfr supra n. 20) sólo da por interpolada la *missio in possessionem ventris nomine* que para él es una *bonorum possessio ventris nomine*, pero acepta, salvo dicha crítica, la autenticidad no sólo de D. 42,4,12, sino también la del presente fragmento. De asumir la tesis de Lenel, entonces tendríamos que aceptar igualmente que ni la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* ni la *missio in possessionem ventris nomine* recaen sobre cosas muebles, cosa imposible de afirmar. A sensu contrario, Ulpiano cuidadosamente excluye de esta enumeración la *missio in possessionem damni infecti nomine*, ya que ésta sólo puede versar sobre inmuebles. Por consiguiente, el texto no sólo es clásico, sino que también consigna una enumeración completa dentro de la misma clasificación, y no meramente enunciativa, es decir, se justifica plenamente el que Ulpiano hubiese excluido de esta *actio in factum* aquel tipo de *missio in possessionem* particular en el sentido de que únicamente recae sobre inmuebles. Por otra parte, también crítica LENEL, *Paling.* II col. 790 n. 4, la parte final del texto: [*sive doli sive aliter prohibuerint*], diciendo que «haec nescio utrum librario an compilatoribus debeantur», dado que resulta incongruente decir que los *missi in possessionem* tienen la *actio in factum* «si hubieran impedido entrar en posesión con dolo o de otra manera». Esta incongruencia ha determinado variados intentos de corrección: así MOMMSEN, *ad leg.*, siguiendo a Fabro, lo corrige de esta forma: *sive domini sive alii prohibuerint*, es decir, «sean propietarios o no los que impidieron entrar en posesión». Según el testimonio del Digesto Milanes y de A. UBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 148 n. 6, distintas ediciones de la Vulgata traen: *sive dominus sive aliter prohibuerit*, que tendría el mismo significado de la corrección de Mommsen, pero aquí en singular K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit p. 308 n. 27. reconstruye así esta parte final de nuestro texto: *sive adversarii vi sive aliter prohibuerint* reconstrucción que desecha A. UBELOHDE. *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 148 n. 6, ya que implicaría admitir que también la *missio in possessionem rei servandae causa* está tutelada por el *interdicto ne vis fiat ei*, cosa que Ubelohde no acepta, dado que no existe base textual para afirmarlo. En cambio, en Bas. 51,5,2 se lee el equivalente de *sive dolo sive aliter prohibiti fuerint*. De aceptar alguna de las correcciones anteriores nos decidimos, no por la corrección, sino por la lectura actual de los Basílicos. En efecto, como hemos afirmado anteriormente, el impedimento al *venire in possessionem* de una cosa mueble normalmente se realizará de forma dolosa, por ejemplo, enajenando la cosa; ocultándola o, incluso, destruyéndola.

215. Curiosamente, como en el texto anterior, también aquí se presenta una

6. Régimen de la acción

Debemos advertir aquí lo siguiente: como posiblemente esta *actio in factum* nació a propósito de la *missio in possessionem rei servandae*

incongruencia en la lectura del pasaje y precisamente a propósito de aquella diferenciación entre *vis* y *dolus*. Veamos las críticas que ha suscitado este pasaje. Aunque el *Index Interp. s.l.*, nos indica que Berger da por interpolado todo el texto, sin embargo BERGER, *Miszellen* cit., en *SZ.* 36 (1915) p. 214 n. 1, simplemente critica la opinión de K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. p. 308, pues «Schmidt beruft sich insbesondere auf die stark verderbte D. 43,4, 1,3, die aber nur von der *actio in factum* spricht», para rechazar la asimilación entre interdicto y *actio in factum* que hace Schmidt, cosa frecuente en la doctrina como a nosotros mismos nos ocurrió en ocasión anterior (cfr. supra n. 146). Por su parte, MOMMSEN, *ad leg.*, corrige el texto de esta forma: *non tantum tenet cum quis prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam cum quis possessione pulsus est*, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 98 n. 7, siguiendo al Digesto Milanés, *ad leg.*, lo integra así: *Haec actio non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum <a quo> qui (——) <s> possessione pulsus est, cum venisset in possessionem: [nec exigitur, ut vi fecerit qui prohibuit]*. Ambas correcciones expresan la idea correcta aunque la del segundo autor altera mucho menos la construcción gramatical del texto. En efecto, con la lectura actual es incongruente afirmar que con la *actio in factum* puede ser demandado no sólo aquel que impidió al *missus in possessionem* entrar en posesión de la cosa, sino también aquel «*qui possessione pulsus est*», es decir, «aquel que fue expulsado de ella». Por otra parte, X. d'Ors (loc. cit.) considera como compilatoria la parte final del pasaje precisamente, según el autor, por la «fusión de un único recurso». A este respecto, nosotros volvemos sobre lo que venimos afirmando: el jurista está diferenciando el medio de impedir el *venire in possessionem* sobre un inmueble que sólo puede realizarse mediante *vis*, del impedimento al *venire in possessionem* sobre una cosa mueble que puede realizarse también mediante *vis*, pero principalmente mediante *dolus*. Por tanto, aceptamos aquella primera corrección de X. d'Ors, pero podemos mantener la parte final como clásica. Por otra parte, a diferencia del término técnico que se emplea para calificar la «expulsión» de un inmueble, al menos en lo que se refiere al interdicto *Unde vi, deiectio*, en lo que respecta a esta *actio in factum* no se habla de *deiectio* sino de *pello* (*pulsus est*), una de cuyas significaciones es la de «trasladar de un lugar a otro». Sin embargo, debemos consignar aquí que el verbo *deicere* también aparece en las fuentes aplicado a cosas muebles; así, en D. 9,2,7,2; D. 9,2,11 pr.; D. 9,2,31 pr. D. 9,2,11,4; D. 9,2,5,7; D. 9,2,53; D. 9,3,1 pr.; D. 9,3,2; D. 9,3,5,5; D. 9,3,7; D. 21,1,17,6; D. 35,1,55; D. 39,2,24,4, y D. 50,16,30,1; cfr. *VIR*, s. v. *deiecio* col. 140 L. 50 ss. En cambio, el giro *pulsus est* que emplea el jurista en nuestro texto, aparece en muy pocos pasajes; además del nuestro, D. 1,2,2,51; D. 39,4,10,1; D. 49,16,3,9 y 14; D. 49,16,5,1 y SP. 5,21,1 y no referido exclusivamente a cosas muebles. Cfr. *VIR*, s. v. *pello* col. 597 L. 5 ss

causa y más concretamente a propósito de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, todo el fragmento 1 de D. 43,4, así como el fragmento 2 del mismo título interdical, nos ofrecen las características de esta *actio in factum* referidas precisamente a aquel tipo de *missio in possessionem rei servandae causa*, pero creemos que, en general, dichas características son valederas para las demás *missiones in possessionem*, tanto para las demás de la *missio in possessionem rei servandae causa* como para las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. No, en cambio, para la *missio in possessionem damni infecti nomine*, la cual dispone de su *actio in factum* propia y con otros presupuestos, como hemos visto. Naturalmente que, según la *missio in possessionem* de que se trate, donde se presente alguna variante en el régimen de la acción, entonces la destacaremos en su lugar. Es natural pensar en diferencias de régimen de esta *actio in factum*, según los casos, contra el que impedía el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* en la cosa mueble, y en la que los caracteres propios de las acciones penales o de origen penal no se darían siempre con igual intensidad.

i) *Naturaleza jurídica*

Esta *actio in factum* es delictual por su origen aunque no penal por su condena²¹⁶ y, por tanto, conserva algunas de las características de las acciones penales; así, la anualidad de la misma y la intransmisibilidad pasiva²¹⁷.

ii) *Legitimación activa*

Respecto a la legitimación activa de esta *actio in factum* podemos decir, en general, que compete no sólo al *missus in possessionem legatorum servandorum causa* o *ventris nomine*, sino también al *missus in possessionem rei servandae causa*. Sin embargo, se debe hacer la si-

216. Sobre la *condemnatio* de esta *actio in factum*, vid. infra en esta sede 6 v.

217. Aunque cfr. infra 6 iv sobre una excepción textual a estas características.

guiente matización: respecto a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, también estaría legitimado activamente el *curator bonorum*, como se puede deducir de D. 43,4,2 pr. (Paul. 59 *ad ed.*):

Suo quis an alieno nomine prohibitus sit, nihil interest: haec enim verba 'quanti ea res est' referenda sunt ad personam domini .²¹⁸.

Referimos este pasaje, que no ha sido objeto de crítica que nosotros sepamos, a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, porque, como ya hemos visto, proviene del libro 59 *ad edictum* de Paulo que corresponde al concurso de acreedores. Por tanto, el *alieno nomine* del texto lo podemos referir al *curator bonorum*, aunque como el mismo pasaje dice, también se podría demandar *suo nomine*, es decir, que cualquiera de los acreedores *missi in bona* puede ejercitar directamente la acción, independiente de que los otros acreedores se unan a su reclamación²¹⁹. Así, pues, aunque el pasaje se circunscribe a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, no vemos ninguna razón para que legitimado activamente a esta acción lo sea también el representante —si lo hubiese— en todos los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, como también en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*.

iii) Legitimación pasiva

Legitimado pasivamente a esta acción será el que, después del decreto de *missio in possessionem* y para frustrar la eficacia del mismo respecto a las cosas muebles, le impide el *venire in possessionem* al *missus in possessionem*, ya sea maliciosamente, caso más normal, como ocultándola, traspasándola a otra persona o destruyéndola, ya sea incluso violentamente, por ejemplo, cuando, a pesar de tener ya la detentación de la cosa mueble el *missus in possessionem*, su adversario la recuperó por violencia. Pero también aquí, como ya en la legitimación activa de la acción, estará legitimado pasivamente a la acción el que impidió el *venire in possessionem*, no *suo nomine*, sino *alieno nomine*, como lo dice expresamente D. 43,4,2,1 (Paul. 59 *ad ed.*):

218. Sobre el § 1 de este fragmento, cfr. *infra* en esta misma sede 6 iii.

219. Sobre esto último, cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 102 s.

Item tam is tenetur, qui suo nomine, quam qui alieno nomine prohibuit.

Pasaje que, referido a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, igualmente se puede aplicar a todas las demás *missiones in possessionem*. En cambio, como es natural, si el impedimento al *venire in possessione* de la cosa mueble se realiza con el consentimiento del *dominus* o del *pater familias*, por un esclavo o un hijo de familia, se dará la acción directamente contra aquéllos y no contra los sometidos. D. 43,4,1,7 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Si domini vel patris voluntate prohibitus quis sit a possessione, in ipsos dabitur actio, quasi per alios hoc fecerint²²⁰.

Por otra parte, no estarán legitimados pasivamente a esta *actio in factum*, el loco y el *pupillus*, ya que no son *capaces doli*. Sin embargo, en lo que respecta al *pupillus*, su incapacidad delictual, como sabemos, llega hasta los siete años y, por tanto, a partir de ella se le podrá demandar directamente por su dolo. En efecto, nos dice D. 43,4,1,6 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent. sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est: ceterum si iam doli capax sit, contra erit dicendum. ergo et si tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem, si modo solvendo sit tutor: sed et ipsum tutorem posse conveniri Iulianus scribit²²¹.

220. Viceversa, si la conducta dolosa del esclavo o del hijo de familia se realizó sin consentimiento del *dominus* o del *pater familias*, la *actio in factum* se dará directamente contra el esclavo o el hijo de familia; pero, entonces, la acción se encontrará con el obstáculo de otro poder que es el de la potestad dominical o paterna, respectivamente, y consecuentemente la acción, en este caso, debería ser la noxal, en congruencia con el carácter delictual de la acción. En este sentido de admitir la noxalidad de esta *actio in factum*, A. UBBELOHDE, *Comentario alle Pandette cit.* Parte III-IV p. 151. Sobre la noxalidad, vid. últimamente TERESA GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona, 1981).

221. El texto ha sido objeto de críticas razonables por la dificultad de establecer hasta qué punto debía el pupilo responder de los actos del tutor solvente. Dejando a un lado las críticas que consideran interpolado el pasaje, para un autor desde [*quia - dicendum*], y para otro desde [*sed pupillum - dicendum*];

Por último, se debe tener en cuenta que de las cosas muebles susceptibles de *missio in possessionem* se deben separar aquéllas ajenas del legitimado pasivamente y las propias pero sujetas a prenda, lo mismo que ocurre con los inmuebles ajenos bajo control del legitimado pasivamente o los propios pero sujetos a hipoteca. Téngase en cuenta que los mismos principios se deben aplicar cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* es un tercero y no el mismo embargado. Nos dice D. 43,4,1,4 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

Si quis ideo possessione arcuerit, quia rem suam putabat vel sibi nexam vel certe non esse debitoris, consequens est, ut hoc edicto non teneatur²²².

Por tanto, cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* por el impedimento al *venire in possessionem* es un tercero, éste alegará que no actuó con dolo porque pensaba (*putabat*) con fundamento que la cosa mueble era propia o siendo del embargado estaba sujeta a prenda y, por tanto, exceptuadas de la *missio in possessionem*. Así, pues, dado que el presupuesto doloso de nuestra *actio in factum* no se daría en este caso, tampoco prosperaría contra el tercero legitimado pasivamente a la *actio in factum*. Creemos que no es necesario pensar en una *exceptio* para el legitimado pasivamente, pues resultaba más práctico que en la misma *causae cognitio* de la *actio in factum* el legitimado pasivamente alegara tal circunstancia de hecho que conduciría a una *denegatio actionis*, precisamente por no darse el presupuesto de la *actio in factum*: el dolo de impedir el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble, pues en nuestro caso aunque sí hubo impedimento a dicho *venire in possessionem*, aquél fue legítimo.

cfr. *Index Interp.* s.L., S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, en *BIDR* 24 (1911) p. 125 n. 4, sostiene que el pasaje no fue «riportato integralmente» por los compiladores; critica así el *ergo* claudicante, ya que resulta una contradicción decir que la acción se dará contra el pupilo precisamente si el tutor es solvente. Quizá esta última parte del texto decía originariamente: *ergo etsi tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem [si modo solvendo sit tutor]: sed et ipsum tutorem posse conveniri Iulianus scribit*.

²²². MOMMSEN, *ad leg* añade <creditorum> tras *arcuerit*, lo cual no afecta la sustantividad del texto. El término *nexam* que no es muy corriente en las fuentes, se debe referir a cosas muebles y, por tanto, a la prenda.

iv) *Plazo para el ejercicio de la acción e intransmisibilidad pasiva*

Atendiendo a su naturaleza penal, el plazo para el ejercicio de esta *actio in factum* es el de un año (*actio annalis*), y por la misma razón se explica su intransmisibilidad pasiva. Debemos pensar que tanto una como otra características son generales para la *actio in factum* de las otras *missiones in possessionem*. Pero en D. 43,4,1,8 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*) se excluye tanto la anualidad como la intransmisibilidad pasiva para la de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*: Dice así:

Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredes [similesque personas] dabitur [nisi in id quod ad eas pervenit]: sed heredi [similibusque personis] dabitur. nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisfactione oblata²²³.

223. Como ya habíamos visto (cfr. supra en esta sede 4 y n. 205) para BERGER, *RE IX 2*, s.v. *interdictum col.* 1609, sub núms. 38, 39 y 40, col. 1656 s., este § 8 estaría fuertemente interpolado («stark überarbeitet») (no interpolado totalmente como señala el *Index Interp.* s.l. en referencia a este autor), ya que aparecen allí confundidos el interdicto y la *actio in factum*, y en el mismo sentido A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 157 y n. 18. Otra parte interpolada y que nosotros aceptamos como tal, es la referencia a las personas equiparadas a los herederos: *similesque personas y similibusque personis*; cfr. en este sentido KRUEGER, *ad leg.*, C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano* cit. p. 151 n. 2, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 103. Para LENEL, *Paling II* col. 791, la exclusión de la intransmisibilidad pasiva y la anualidad de la *actio in factum* en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* sería un tribonianismo; tesis generalmente admitida en la doctrina. Finalmente, para P. DE FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penale e la loro intrasmisibilità passiva* (Milano, 1912) p. 77, y E. ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, en *BIDR.* 26 (1913) p. 109 y p. 111 (= *Studi di diritto romano IV* (Milano, 1946) p. 369 ss.), estaría interpolada la parte [nisi in id quod ad pervenit], ya que ésta sería, según ellos, la fórmula típicamente justiniana para la extensión de la responsabilidad a los herederos. De estas críticas, la más importante, en nuestra consideración, es la que excluye la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* de las características de la *actio in factum* referentes a la anualidad y la intransmisibilidad pasiva. La motivación de la misma, en la redacción actual del texto, radica en que los herederos del heredero pueden evitar el «interdicto» —en

Esta excepción al principio de intransmisibilidad debe explicarse así: la *actio in factum* presupone siempre el dolo del demandado que retiene el mueble frente al *missus in possessionem*, y, por tanto, no se puede dar contra el heredero del que incurrió en ese dolo, sin retener el mismo dolosamente; por ejemplo, cuando su causante destruyó la cosa o la enajenó dolosamente y, por ello mismo, no puede ser retenida por su heredero. Ahora bien, en el caso del heredero del heredero que estaba obligado a cumplir un legado se considera que aquél sigue estando obligado a indemnizar por el acto del causante que hizo por acto propio que resultara imposible el cumplimiento de aquel legado, y esa persistencia de la obligación del causante en la persona de su heredero hace que se pueda exigir de este último la *cautio legatorum servandorum gratia* y, en caso de no darse ésta, la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* con la correspondiente *actio in factum*²²⁴. Sólo en ese caso puede decirse que hay una obligación del heredero, y por eso sólo en ese caso la *actio in factum* es transmisible contra él, y por eso mismo es perpetua.

v) «*Condemnatio*» de la acción

La reintegración que aceptamos en D. 43,4,1 pr.: *quanti ea res [fuit] <erit>, ob quam in possessionem missus erit*²²⁵ se fundamenta, principalmente, en un pasaje referido exclusivamente a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Se nos dice en D. 43,4,1,5 (Ulp. [72] <62> *ad ed.*):

esta parte el fragmento no habla de *actio in factum*— ofreciendo la caución de los legados. Es extraño que el texto, en su parte final hable de «interdicto» cuando se venía tratando de la acción *in factum* respecto al plazo para el ejercicio de ésta y su intransmisibilidad pasiva. Por otra parte, el hecho de que los compiladores hablen indistintamente de interdicto y *actio in factum*, no sólo en este pasaje sino también en otro de nuestro título interdictal (D. 43,4), nos lleva a pensar, una vez más en la intención deliberada de los compiladores de refundir ambos recursos. Sobre la intransmisibilidad interdictal, vid. ahora F. BETANCOURT, *Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos* (en prensa). Cfr. infra en esta sede 9 II y n. 245, D. 43,4,3,2, donde aparecen acumulados el interdicto y la *actio in factum*.

224. Incluso cuando el legado era vindicatorio, pues, al hacerse imposible la acción real, se convierte en damnatorio en virtud del Senadoconsulto Neroniano.

225. Cfr. supra en esta sede 4 y n. 194.

Haec verba 'quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit' continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnetur. proinde si ob falsum creditum [vel ob falsam petitionem] missus est in possessionem vel si exceptione summoverti potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est ²²⁶.

Si en el régimen de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, la *condemnatio* de la acción *in factum* está referida, no al valor de la cosa o cosas muebles, las cuales no pudo tomar el acreedor por el impedimento doloso del deudor, sino al interés que implique la *missio in bona* sobre ellas, lo mismo se puede decir para todos los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa*. Pero también añade el texto que si el *missus in possessionem* fue puesto en ella por un falso crédito o al que se podía oponer una excepción, la *actio in factum* será paralizada por la misma excepción de la misma manera que, en el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para los inmuebles, la *actio ex interdicto* podía ser neutralizada mediante la misma *exceptio* ²²⁷.

Sin embargo, en lo que respecta a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, la *condemnatio* estará referida al valor mismo del legado. En efecto, nos dice D. 42,4,14,1 (Paul. 2 *quaest.*):

Sed et si quis legatorum servandorum causa missus in possessionem admissus non est, si legati condicio pendeat, licet possit deficere, aestimatur tamen id quod legatum est, quia interest eius cautum habere ²²⁸

226. BESELER, SZ 47 (1927) p. 368, hace una reconstrucción del texto que no afecta a la parte sustancial del mismo para nuestro objetivo actual. *Ait praetor [Haec verba] [continent - proinde] si quis.*

227. En efecto, la *exceptio* no se opone a la *missio in possessionem*, que es una orden pretoria, sino a la acción correspondiente al derecho que justifica la *missio in possessionem*, allí donde ésta respalda un derecho. En el presente texto, sujeto del *potuit* es el que sufre la *missio in possessionem*, pero que podría oponer una excepción a la acción del reclamante. En el pasaje se habla de *creditor* y *creditum*, y quizá lo de la *falsa petitio* sea una extensión compilatoria para comprender las acciones reales. Sobre la *exceptio* en la *actio ex interdicto* cfr. supra IV 1 y n. 151; infra en esta sede 9 i y n. 235

228. El párrafo no ha sido objeto de críticas, excepto la sospecha de LENEI, *Paling* I col. 1186, de que la *inscriptio* actual del texto es falsa.

Esto se explica, también aquí, por la razón de que esta *missio in possessionem* defiende directamente un derecho, el del legatario, en tanto en los otros casos no hay tal relación directa con un derecho anterior, sino que no existe tal derecho actual a favor del *missus in possessionem* o se trata, no de defender un crédito, sino de ejecutar una sentencia firme.

Por último, quizá esta *actio in factum* tuviese cláusula arbitraria mediante la cual el legitimado pasivamente resultaba absuelto si presentaba la cosa mueble *in iure*, de tal forma que la *missio in possessionem* fuera posible y resultara eficaz, a cambio de ser absuelto²²⁹ o, en el caso de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* era el heredero o el *bonorum possessor*, la cláusula arbitraria conduciría a la absolución a cambio de la *cautio legatorum servandorum gratia*.

7. Riesgo procesal de esta «*actio in factum*»

Otra situación que nos confirmaría en nuestra tesis de que esta *actio in factum* se refiere exclusivamente a las cosas muebles radica en el hecho de que respecto a éstas, y cuando el legitimado activamente a la *missio in possessionem*, es decir, el *missus in possessionem*, demanda temerariamente, puede verse reconvenido a su vez por el demandado mediante un *iudicium contrarium*. Así nos lo explica Gai 4,177:

Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, veluti si iniuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quod admissum non esse, sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae.

En este pasaje, Gayo nos da tres posibilidades de *iudicium contrarium*: i) si el demandante en la *actio iniuriarum* resulta vencido, el demandado absuelto podrá reconvenir al demandante por una décima parte de la pena pretendida; ii) si la mujer *missa in possessionem ventris nomine* es demandada por *dolo malo ad alium possessionem*

229. Sobre la posibilidad de existencia de cláusula arbitraria en esta *actio in factum*, vid. ahora X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 103.

*transtulisse*²³⁰ y resulta absuelta, también podrá reconvenir al demandante vencido, y iii) si, en las *missiones in possessionem rei servandae*

230. Cfr. D. 25,5; LENEL, *EP.*³ § 119: *Si ventris nomine muliere in possessionem eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur* p. 313 s. A propósito de esta acción contra la mujer *missa in possessionem ventris nomine* que traslada a otro con dolo malo la posesión de la cosa objeto de *missio in possessionem*, no suele distinguir la doctrina entre cosas muebles e inmuebles y, aunque el tema debe ser objeto de estudio especial, creemos que también aquí este juicio sólo se referiría al traslado, a otra persona, de las cosas muebles. Por lo demás, para esta acción se define así el «dolo malo» de la mujer *missa in possessionem*, D. 25, 5,2 pr. (Paul. *ad ed.*): *Dolo fecit mulier, non quae in possessionem venientem non prohibet, sed quae circumscribendi alicuius causa clam et per quandam machinationem in possessionem introducat*. Como vemos, no se trata aquí del «dolo malo» de nuestra *actio in factum* que sería el de impedir la toma de posesión. Por otra parte, D. 25,5,1,2 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Necessario praetor adiecit, ut, qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere: coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilibus faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit* (B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile*, en *Studi in onore di P. Bonfante* IV [Milano, 1930] p. 86, considera interpolado el texto desde [coget - fin], aunque, según el autor, «la decisione classica...», mencionaba soltanto un interdetto che, . . . conteneva l'ordine di abbandonare il possesso», y, le sigue en su crítica, A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit. p. 83 s.; en contra de dicha crítica, P. FUENTESECA, *Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»*, en *Investigaciones de derecho procesal romano* [Salamanca, 1969] p. 146, ya que «tampoco el contenido de este fragmento está en desacuerdo con las ideas de la época calificando al *interdictum de ius ordinarium* frente a la *cognitio extra ordinem*», aunque el autor [p. 147 n. 79] acepta que «podría discutirse la autenticidad de algunas expresiones como *manu ministrorum*; pero la línea general de pensamiento expuesta en el texto concuerda con las ideas de Ulpiano»; sobre el pensamiento más extenso de este autor en este tema cfr. infra nn. 233 y 234), nos podría llevar a pensar que el interdicto a que se refiere el texto es el *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, pero ello dependerá de la legitimación activa al interdicto, y el legitimado activamente aquí, como también en la acción que se da contra la mujer que solicita la *missio in possessionem ventris nomine calumniae causa* de D. 25,6, es el mismo (cfr. para esta acción D. 25,6,1,6 [Ulp. 34 *ad ed.*): *Competit autem haec actio ei, cui interfuit in possessionem missam esse: ut puta vel coheredi speranti partum, vel ei qui substitutus fuit, vel qui ab intestato, si partus non fuisset, succedere potuit*) Como es sabido, en materia de *bonorum possessio*, el legitimado activamente dispone del interdicto *quorum bonorum* contra el que i) retenía objetos de la herencia por pretender que él era heredero (*possessor pro herede*) o, ii) discutía sin más el derecho del demandante (*possessor pro possessore*), y iii) contra el que dejó dolosamente de poseer. Por tanto, en nuestro texto (D. 25,5,1,2) el *interdictum* a que se alude allí no el *ne vis fiat ei qui in possessio-*

*causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine*²³¹, los *missi in possessionem* resultaban vencidos al demandar por la *actio in factum* al que según ellos les impidió el *venire in possessionem* sobre la cosa mueble, también se verán reconvenidos por el demandado mediante este *iudicium contrarium*²³². En estos dos últimos casos el *iudicium contrarium* se dará por una quinta parte. El caso que a nosotros nos afecta, en esta ocasión, es el tercero y que referimos exclusivamente, como el segundo caso, a las cosas muebles, pues es difícil pensar que para las cosas inmuebles, cuyo impedimento al *venire in possessionem* se sanciona mediante el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, se corriese el riesgo de una demanda temeraria ya que aquél que impide el *venire in possessionem* de un inmueble sólo lo puede realizar *in situ* y únicamente mediante *vis*, ora *suo nomine* ora *alieno nomine*.

— *nem missus erit*, sino el interdicto *quorum bonorum*, que sí sirve igualmente para bienes muebles como inmuebles.

231. Para estos otros casos también debería darse el requisito del *dolus malus* aunque el texto mismo no lo diga allí, ya que la *actio in factum* se da para las cosas muebles. En cambio, es difícil pensar en una demanda temeraria mediante el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* que se aplica respecto a los inmuebles exclusivamente por parte del *missus in possessionem*, precisamente porque el demandado es aquel que está *in situ*, es decir, en el inmueble e impide violentamente el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, ya sea *suo nomine* o *alieno nomine*.

232. No en cambio, en la *missio in possessionem damni infecti nomine* porque este tipo de *missio in possessionem* sólo recae sobre inmuebles y, como dijimos en la nota anterior, el legitimado pasivamente es el que impide *in situ* el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. Sin embargo, para la *missio in possessionem damni infecti nomine* estaba previsto un *iudicium calumniae* por una décima parte del valor de lo que reclamaba el legitimado activamente si éste solicitaba la *cautio damni infecti nomine* por vejar al legitimado pasivamente a la misma (D 39, 2,7 pr.: ... *qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse..*). Cfr. F. BETANCOURT *Recursos supletorios* cit. p. 28. Que nosotros sepamos, es la primera vez en la doctrina que se circunscriben nuestros dos casos de *iudicium contrarium* a las cosas muebles. Por lo demás, nuestra opinión gana más consistencia aún si tenemos en cuenta que, como es sabido, el *iudicium calumniae* (que se da, no exclusivamente, en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, que sólo versa sobre inmuebles) no se puede acumular con el *iudicium contrarium* (que se daría por el ejercicio temerario de nuestra *actio in factum* para las cosas muebles en las demás *missiones in possessionem*). Cfr. sobre esta no-cumulatividad del *iudicium calumniae* con el *iudicium contrarium*, A. d'ORS, DPR⁴ p. 157.

8. *Semejanzas y diferencias entre esta «actio in factum» y la «actio in factum» de resarcimiento del daño causado en la «missio in possessionem damni infecti nomine»*

Creemos haber identificado satisfactoriamente estas dos *actiones in factum* en el régimen de la defensa pretoria del *missus in possessionem*. Tanto una como otra acción presentan características comunes a las acciones penales o que sin serlo tuvieron un origen delictual; así: i) ambas acciones reprimen una conducta dolosa del legitimado pasivamente, y ii) tanto la *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, como quizá la que acabamos de tratar para las demás *missiones in possessionem*, tuvieron carácter noxal. En cambio, son múltiples sus diferencias; así: i) mientras la *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine* sanciona el daño causado, cuando no se había dado la *cautio de damno infecto* ni se había permitido el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre el inmueble que amenazaba daño, la *actio in factum* de las demás *missiones in possessionem* sanciona el impedimento doloso al *venire in possessionem* de la cosa mueble; consecuentemente, ii) mientras en la *actio in factum* del *damnum infectum* la *condemnatio* consistirá siempre en la equiparación con la cuantía de la sentencia en la *actio ex stipulatu* que se derivaría de la *cautio damni infecti nomine* de haberse prestado ésta por el legitimado pasivamente: *ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret ... si cautum fuisset*, la *condemnatio* de la *actio in factum* de las *missiones in possessionem rei servandae causa, legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* dependerá del tipo de *missio in possessionem* de que se trate; así, en la *missio in possessionem rei servandae causa*, en todos sus tipos, la *condemnatio* estará referida al *quanti ea res erit*, queriendo decir aquí esta expresión el interés que tenía el *missus in possessionem* en ser puesto en posesión de todo el patrimonio o la herencia del legitimado pasivamente; en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, la *condemnatio* estará referida al valor del legado únicamente y, por tanto, también al *quanti ea res erit*; iii) mientras la *actio in factum* de resarcimiento del daño en la *missio in possessionem damni infecti nomine* no admite posibilidad de cláusula arbitraria, quizá la *actio in factum* de las otras *missiones in possessionem* sí la admitía en la medida que la presentación

in iure de la cosa mueble hacía posible la *missio in possessionem*, a cambio de la absolució n y, en el caso de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* era el heredero o el *bonorum possessor*, la cláusula arbitraria conduciría a la absolució n, a cambio de la *cautio legatorum servandorum gratia*, y iv) mientras la *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine* se presenta como perpetua y pasivamente transmisible, la *actio in factum* de las otras *missiones in possessionem* es anual y pasivamente intransmisible, excepto para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*.

9. El interdicto «*ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*» en las demás «*missiones in possessionem*»

Sólo nos resta por ver el régimen unificado del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine* y *rei servandae causa*, no en cambio en la *missio in possessionem damni infecti nomine*, puesto que ya lo habíamos examinado en su sede; por tanto, para su régimen general remitimos a aquella parte de nuestro trabajo. Sólo trataremos aquí de la base textual del interdicto para estas otras *missiones in possessionem* y a propósito de las cuales se nos pueden aportar más datos acerca del mismo.

i) Interdicto «*ne vis fiat ei qui (legatorum servandorum causa) in possessionem missus erit*»

Del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* aplicado a los legados y a los fideicomisos, por extensión de régimen, tratan paralelamente dos pasajes:

D. 36,4,5,27 (Ulp. 52 ad ed)

Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per officialem prae-

D. 43,4,3 pr. (Ulp. 68 ad ed)

Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius induendus

fecti aut per magistratus introducendus est in possessionem²³³.

est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem²³⁴.

233. B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza* cit. p. 85, considera interpolada la parte final del texto: [*aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introductus est in possessionem*], ya que, según el autor, un jurista clásico no habría mencionado al *magistratus* junto al *viator* y al *officialis praefecti* y, por consiguiente, en este añadido postclásico, el *magistratus* no sería el Pretor sino uno de los tantos funcionarios de la administración imperial. Para Biondi, el jurista clásico se limitaba a mencionar el interdicto, el cual habría resultado superfluo si efectivamente el ordenamiento jurídico hubiese reconocido la posibilidad de una toma de posesión *manu militari*. Sigue a Biondi en su crítica A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit. p. 84. En contra de dicha crítica de 'interpolación', P. FUENTESECA, *Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»* cit. p. 146, ya que para este autor si bien es cierto «hay un esquematismo de expresión en este texto que hace pensar en que haya sido objeto de abreviación o recorte», por otra parte «no parece admisible dudar de que en época de los Severos los citados funcionarios imperiales hayan realizado coactivamente la *immissio* del fideicomisario en la posesión sin esperar a que éste utilizase los trámites del interdicto. Considerar interpolada la alusión a dichos funcionarios nos parece inadmisibile. Todo el contenido de este texto ., apunta a la contraposición entre el medio antiguo de lograr la *missio* a través de un interdicto, sin duda ya no adecuado por conducir simplemente a un proceso ordinario como hemos dicho, y la ejecución directa *extra ordinem*, más inmediata y eficaz». La misma posición adopta este autor respecto a D. 25,5,1,2 y D. 43,4,3 pr./1; cfr. supra n. 230 e infra nn. 234 y 236. Cfr supra n. 118 e infra nn. 234 y 236, sobre el pretendido carácter «útil» del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* respecto a los fideicomisos.

234. Las críticas a este fragmento no afectan a lo sustancial del mismo, es decir, a la existencia del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para este tipo de *missio in possessionem*. Así, paralelamente con el anterior texto (D. 36,4,5,27), B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza* cit. p. 85, corrige este párrafo de la siguiente manera: *Si quis missus in possessionem .. , [potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto], consequens erit dicere... [sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem]*. Vid. la motivación a esta crítica por Biondi en n. 233 precedente. Siguen a este autor en su crítica, A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit. p. 82 s., y G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* cit. p. 109. En contra de las mencionadas críticas, P. FUENTESECA, *Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»* cit. p. 145, quien curiosamente sostiene lo siguiente: «Nos

Si el legado condicional o a término recae sobre un inmueble, y el heredero se niega a prestar la *cautio*, dicha negativa conduce a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, que no versa sobre el patrimonio del heredero, sino sobre la herencia gravada con el legado,

hallamos ante un caso de *missio in possessionem fideicommissi servandi causa* en el cual el *fideicommissarius* podría utilizar el interdicto previsto para estos casos en el Edicto (D. 43,4,1 pr. Ulp. 72 *ad ed.*). Pero si bien se reconoce que el *fideicommissarius* puede utilizar dicho interdicto si lo desea, se señala en cambio como preferible la *exsecutio extraordinaria* del *decretum* de *missio in possessionem*. Es claro que el procedimiento interdictal que conducía a un proceso ordinario —en este caso una *actio in factum* (*in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit dabo*: D. 43,4,1 pr.)— tiende a ser relegado por la actuación autoritaria directa. Y no es sostenible la idea de alteración fundamental en este fragmento, puesto que el mismo Ulpiano en otro texto (D. 36,4,5, 27; cfr. *supra* n. 233; el paréntesis es nuestro), que tiene un entronque directo con el que nos ocupa, señala los funcionarios a quienes correspondería, en este supuesto, la realización de la *missio*. Aparte de que el autor no distingue el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (D. 43,4) de la *actio in factum* (D. 43,4,1 pr. - 8 y D. 43,4,2) irregularmente contenida en dicho título interdictal, haciendo surgir ésta del procedimiento interdictal, también parte de la idea de que la *extraordinaria exsecutio* viene a ser la ejecución o realización no judicial —fuera del *ordo iudiciorum*— en sentido equivalente a *extraordinariae persecutiones* (p. 145). Para este autor, los críticos del pasaje parten de la idea que los *interdicta* no se parificaron a las *actiones* hasta Justiniano, pero, en su opinión, «hay que distinguir entre la parificación sustancial y la formal. Desde el punto de vista sustancial los *interdicta* eran desde fines de la República medios del *ius ordinarium* en cuanto conducían a un *agere per formulam arbitrariam* o bien *per formulam sponsionis*; pero formalmente se distinguían de las *actiones* todavía en los juristas clásicos como hemos visto en Gayo. Pero esta distinción formal no cuenta al contraponer los *interdicta* al medio coercitivo directo denominando a éste *exsecutio extraordinaria* como hace Ulpiano» (p. 146 n. 77). Nuestro pasaje, en relación con D. 36,4,5,27 (cfr. *supra* n. 233) y D. 43,4,3,1 (cfr. *infra* n. 236), excluye la aplicación como «útil» del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* al régimen de los fideicomisos. Sobre la época de extensión del régimen de los legados a los fideicomisos, E. WEISS, en SZ 30 (1910) p. 409, llegó a sostener que la *cautio fideicommissi servandi causa* habría sido introducida por Ulpiano. Consecuentemente, se debería pensar que también el régimen de la *missio in possessionem* y la defensa pretoria de la misma, se habría aplicado a los fideicomisos para esa misma época únicamente. Sin embargo, son numerosas las fuentes anteriores a Ulpiano que demuestran lo errado de la afirmación de E. Weiss. Así, en orden cronológico: Juliano, D. 36,4,6,1 (38 *dig.*); Maeciano, D. 36,4,12 (12 *fideic.*); Scaevola, D. 26,3,11 (20 *dig.*); D. 26, 9,8 (5 *resp.*); D. 36,3,18 (29 *dig.*); Papiniano, D. 35,1,72,2/3 (18 *quaest.*); D. 35,

y si el heredero impide el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre el inmueble, entonces éste dispone del interdicto²³⁵. Ahora bien, como es sabido, el régimen del legado condicional o a término fue extendido muy pronto, en la misma época clásica, a los fideicomisos y, curiosamente, en la *sedes materiae* del interdicto (D. 43,4), la referencia que nos encontramos no es a los legados, sino a los fideicomisos. Más aún, el régimen de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* fue ampliado por el emperador Antonino Caracalla, que la extendió incluso a los bienes propios del heredero cuando se ejercitaba la *actio ex testamento* del legado damnatorio y no se conseguía, por el legatario, la satisfacción del legado en el plazo de seis meses, conservando esta *missio in possessionem*, ampliada en cuanto a los bienes objeto de *missio in possessionem*, el mismo régimen de defensa pretoria. Así se nos dice en D. 43,4,3,1 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Constitutum est ab Antonino, ut etiam in bona heredis quis admittatur certis modis. si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est [actionem hanc utilem] <interdictum hoc> competere: ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione²³⁶.

1,77,3 (7 *resp.*); D. 36,1,56 [54] (19 *quaest.*); D. 36,3,5,1-4 (18 *quaest.*); Callistrato, D. 36,4,13 (3 *ed. mon.*), y, el mismo Ulpiano en D. 36,4,5,29 (52 *ad ed.*) se remite a Juliano y Marcelo, a propósito de la *cautio fideicommissi servandi causa*.

235. Naturalmente, al igual que ocurre en la *missio in possessionem damni infecti nomine* (cfr. supra IV 1 y n. 151), si el legitimado pasivamente a la *cautio legatorum servandorum gratia*, es decir, el heredero o el *bonorum possessor*, había prestado ésta o sin haberla dado, no hubiera sido por el que dejó de darse, y el legitimado activamente, es decir, el legatario, pretende ejercitar la *actio ex interdicto* del *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* por el impedimento al *venire in possessionem* sobre el inmueble, a tal pretensión puede oponer el heredero o *bonorum possessor* una *exceptio*. Pero no sólo en estos dos casos —el de las *missiones in possessionem damni infecti nomine* y *legatorum servandorum causa*— tendría ocurrencia la *exceptio*; también es posible pensar en ella en el caso de la *missio in bona si heres suspectus non satisfacit* (cfr. supra II 1 A 9 y n. 54). En cambio, es difícil pensar en una *exceptio* que neutralice, por la misma razón, el ejercicio de la *actio ex interdicto* para otros supuestos de *missio in possessionem rei servandae causa* y para la *missio in possessionem ventris nomine*, puesto que éstas no dependen de una *cautio* previa.

236 BERGER, *RE.* IX 2, s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub núms 38,39 v 40, col. 1657, corrige [actionem hanc utilem] por <interdictum hoc utile> y, en el mismo sentido, B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza cit.* p. 85, quien, además

Por otra parte, no disponemos de base textual para hablar de la *litis aestimatio* de la *actio ex interdicto* del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, a no ser que se acepte una aproximación a este respecto por analogía; analogía que encontramos en otro título interdictal que también afecta al legatario como lo es el interdicto *de tabulis exhibendis* (D. 43,5) y cuya legitimación activa, entre otros, también corresponde al legatario²³⁷. En este título interdictal se sienta

considera interpolada su parte final [*ceterum poterit et extraordinaria exsecutione*], por la misma crítica ya hecha al § pr. de D. 43,4,3 (cfr. supra n. 234) y a D. 36,4,5, 27 (cfr. supra n. 233), es decir, que el texto clásico sólo podía hablar de la protección interdictal y sólo con Justiniano el decreto de *missio in possessionem* podría hacerse eficaz *manu militari*. Cfr. en el mismo sentido A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit. p. 83, y G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* cit. p. 109. También se opone aquí a dicha crítica, como ya para D. 36,4,5,27 (cfr. supra n. 233), D. 43,4,3 pr. (cfr. supra n. 234) y D. 25,5,1,2 (cfr. supra n. 230), P. FUENTESECA, *Reflexiones sobre la tricotomía «actio» «petitio» «persecutio»* cit. p. 145 s. Ahora bien, volviendo a la crítica de Berger, creemos que, efectivamente, el presente texto ha sido manipulado por los compiladores ya que, en la *sedes materiae* de un interdicto, no sólo por el título sino también por el libro de procedencia de este fragmento, se habla *ex abrupto* de *actio utilis*. En efecto, podría pensarse, en un primer momento, y esto es lo que nos interesa ahora, en la interpolación de [*actio*] por <*interdictum*>, conservando el [*utilis*] <*utile*> y, en un segundo momento, sería necesario plantearse si efectivamente se trata de un interdicto en su subespecie de *utile* en su significado técnico-jurídico, es decir, como atributivo, o si simplemente está en su función adverbial. Para E. VALIÑO, *Acciones utiles* (Pamplona, 1974) p. 386, aquí no estaríamos más que ante un caso de la conocida sustitución justiniana de interdictos por *acciones utiles*, por tanto, en régimen de procedimiento cognitorio y no en el del procedimiento formulario. En este pasaje se trataría, según el autor, del interdicto *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* (sic), pero éste sería el interdicto «ordinario» y, en ningún caso «útil». De manera que lo más probable, concluye este autor, es que [*hanc utilem actionem*] esté en lugar de <*hoc interdictum*>, es decir, del *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* del que se trata en el libro 68 de Ulpiano. En cambio, para LENEL, *EP*³ p. 455 y n. 5, se trataría, sí, del interdicto, pero en su función de «*utile*». Sobre nuestra posición respecto a esta categoría interdictal y sobre este texto en cuestión sobre el cual coincidimos con Valiño en su crítica, vid. ahora F. BETANCOURT, *Interdictos útiles* (en prensa).

237. Cfr. D. 43,5,3,10, además de los pasajes que se transcriben en el texto. A pesar del testimonio expreso de las anteriores fuentes que reconocen la legitimación activa al interdicto *de tabulis exhibendis* al heredero y al legatario, se plantea un problema: ¿cómo se establece *a priori* la identidad del presunto here-

un principio general sobre la *litis aestimatio*; principio que luego se concreta según el tipo de legitimado activamente se trate.

En primer lugar, se dice en D. 43,5,3,11 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Condemnatio autem huius iudicii quanti interfuit aestimari debet²³⁸.

Pero, si el heredero ejercita la *actio ex interdicto*, entonces el *id quod interest* se concreta referido a la herencia. Se dice en D. 43,5,3,12 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Quare si heres scriptus hoc interdicto experiatur, ad hereditatem referenda est aestimatio²³⁹.

Y, si la *actio ex interdicto* la ejercita el legatario, entonces el *id quod interest* se concreta referido al valor del legado, como dice D. 43,5,3,13 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato²⁴⁰.

Más aún, cuando se trata de un legado condicional, se dice en D. 43,5,3,14 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Et si sub condicione legatum sit, quasi condicione existente sic aestimandum est, nec compelli debet ad cavendum, ut se restitutum caveat, quidquid consecutus est, si condicio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet²⁴¹.

dero o del presunto legatario si su identidad sólo se conocerá con la apertura de las *tabulae testamenti* de las cuales no se dispone? Sobre este problema vid. últimamente F. BETANCOURT, *Sobre la pretendida transmisibilidad de los interdictos* (en prensa)

238. Algún autor corrige [*condemnatio*] por <*in condemnatione*>, lo cual no afecta a la sustantividad del pasaje; cfr. *Index Interp.* s.l.

239. El texto no ha sido objeto de críticas, que nosotros sepamos.

240. Tampoco este pasaje ha sido objeto de críticas.

241. E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, en *BIDR.* 38 (1930) p. 123, da por interpolado [*nec - caveat*] interpretando el texto en el sentido de que, en el caso de un legado condicional y donde el legitimado pasivamente al interdicto *de tabulis exhibendis* es el heredero, la condena contra éste tiene una cuantía por el valor del legado, por considerarse como cumplida la condición, y agrega que el legatario no tiene que garantizar al heredero la restitución del legado para el caso de que no se cumpla la condición, ya que aquél es quien debe soportar la pena. Vid. M. KASER, *RPR.* I²

Consecuentemente, creemos que los mismos principios se pueden aplicar a nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, al menos aplicado a la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*.

Se podría objetar que mientras nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* es prohibitorio, el *de tabulis exhibendis* es exhibitorio. Sin embargo, revisados todos los títulos interdictales, nos encontramos con una constante respecto a la *litis aestimatio* de la *actio ex interdicto* correspondiente: que todos ellos la tienen referida al *id quod interest*²⁴².

Por tanto, podemos concluir que la *litis aestimatio* tanto la de la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. (*quanti ea res erit*), como la *actio ex interdicto* del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (*id quod interest*) conducen a una *condemnatio* igual en uno y otro caso. Esto es lógico porque ambos recursos pretorios se dirigen a sancionar el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, con la diferencia de que mientras el primero (*actio in factum*) se refiere a muebles, el segundo (interdicto) se refiere a inmuebles. Naturalmente, también es lógico pensar que la *actio ex interdicto* podía traer cláusula arbitraria cuando el legitimado pasivamente a dicha *actio ex interdicto* en las *missiones in possessionem damni infecti nomine y legatorum servandorum causa*, pero también en aquellas *missiones in bona* que hacen efectiva una *cautio*, como en la *missio in bona si heres*

p. 614, donde el autor relaciona nuestro texto con D. 12,6,42 y al respecto dice que «Das galt wohl nicht für irrtümlich gezahlte Bussen, sondern für Wirklich verfallene, wenn der Tatbestand nachträglich weggefallen ist» Por último, algún autor da por interpolado [*ad cavendum*]; cfr. *Index Interp.* s]

242. Así, D. 43,3: *Quod legatorum* (restitutorio), 2,3: *id quod interest*; D. 43,8: *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* (prohibitorio), 2,20 y 2,35: *quanti actoris interfuerit*; D. 43,11: *De via publica et itinere publico reficiendo* (prohibitorio), 3: *quanti eius interest*; D. 43,16: *De vi et de vi armata* (restitutorio), 6 pr.: *quanti interest possidere . quanti actoris intersit*; D. 43,17: *Uti possidetis* (prohibitorio), 3,11: *quanti uniuscuiusque interest*; D. 43,19: *De itinere actuque privato* (prohibitorio), 3,3: *quanti eius interesse*; D. 43,24: *Quod vi aut clam* (restitutorio), 15,17: *quanti actoris interest*; 15,9: *quod interfuit*; 15,12: *id quod interest*; D. 43,26: *De precario* (restitutorio), 8,4: *quanti interfuit actoris*; D. 43,27: *De arboribus caedendis* (prohibitorio), 1,4: *ipsius interest* Por otra parte, es muy dudoso que en algunas acciones la *litis aestimatio* se refiera al *quanti actoris interfuerit*, a pesar de D. MEDICUS, *Id quod interest Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes* (Köln/Graz, 1962) p. 275 ss.

suspectus non satisdabit, y a las cuales estaban legitimados pasivamente el titular del inmueble que amenazaba daño, o el heredero o *bonorum possessor*, o el *heres suspectus*, respectivamente, ofrecían las respectivas *cautiones* a cambio de la absolución en la *actio ex interdicto*. Aunque aquellas *cautiones* también se pueden ofrecer por el legitimado pasivamente a ellas como a la *actio ex interdicto* en el momento de ejercitarse la *actio ex interdicto* por el legitimado activamente, como nos lo dice expresamente, y a propósito del interdicto *quod legatorum*, D. 43,3,2,4 (Paul. 63 *ad ed*):

Si per legatarium factum sit, quo minus satisdatur, licet cautum non sit, tenetur interdicto. sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisdatur, eo autem tempore, quo editur interdictum, satis accipere paratus sit, non competit interdictum, nisi satisdatum sit. item si per bonorum possessorem stetit, quo minus satisdaret, sed modo paratus est cavere, tenet interdictum: illud enim tempus inspicitur, quo interdictum editur²⁴³

ii) *Interdicto «ne vis fiat ei qui (ventris nomine) in possessionem missus erit»*²⁴⁴.

Del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* aplicado al caso de la *missio in possessionem ventris nomine*, trata D. 43, 4,3,2 (Ulp. 68 *ad ed.*):

243. Sobre las críticas a este pasaje, que no afectan a nuestro interés actual, vid. LOTMAR, *Zur Geschichte* cit., en SZ. 31 (1910) p. 129 ss., y p. 137 ss.; J. PARTSCH, en SZ. 31 (1910) p. 430; LENEL, *Paling*, I col. 1081 n. 5; *Id*, *Die Aktivlegitimation beim «Interdictum quod legatorum»* cit p. 68 ss., y, últimamente F. BETANCOURT, *Interdictos útiles* (en prensa).

244. Como hemos establecido (cfr. supra n. 132), la primera jurisprudencia clásica, respecto a la *missio in possessionem ventris nomine*, se refería directamente al *venter* (género masculino) con lo cual concordaba perfectamente el género masculino del interdicto único y general para todas las *missiones in possessionem: ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Sólo posteriormente habló ya la jurisprudencia de la mujer *missa in possessionem*. Ahora bien, dado que hemos venido destacando el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* en su aplicación a cada caso concreto de *missio in possessionem*, aquí nos resulta imposible hacer alusión a la primera forma clásica de designación del interdicto aplicado a este tipo de *missio in possessionem* refiriendo aquél directamente al *venter (nasciturus)*, pues para la jurisprudencia y para el Pretor se trataba de un solo interdicto. Por ello recurrimos a la segunda forma clásica de designar, no

Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium [et restitorium] est. sed si mulier velit in factum actione uti ad exemplum creditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est²⁴⁵.

En lo que se refiere al contenido mismo del texto, sólo en este sitio que habla del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* se dice expresamente que el interdicto, además de prohibitorio, es

el interdicto, sino la *missio in possessionem* como *missio in possessionem ventris nomine* que hace alusión directamente a la mujer. Por lo demás, en este tipo de *missio in possessionem* quien administraba el patrimonio (herencia) embargado era el *curator ventris* (D. 26,7,48; D. 26,10,3,11; D. 27,10,8; D. 37,1,17/18; D. 37,9,5 pr./1, y D. 42,5,24 pr.) y resulta perfectamente explicable y lógico que legitimado activamente *alieno nomine* a nuestros recursos pretorios de tutela de la *missio in possessionem ventris nomine* fuese el mismo *curator ventris*.

245. El texto, además de haber sido criticado por su aspecto formal, también lo ha sido por su contenido. Así, respecto a la forma del pasaje BERGER, *Miszellen* cit, en *SZ* 36 (1915) p. 212 s, destaca la imposibilidad de que el texto clásico estuviese redactado como aparece actualmente, ya que, en primer lugar, resulta bastante violento el tránsito de *mittit a et hoc interdictum*, pasando por alto el requisito para el ejercicio del interdicto (*si non admittatur*); en segundo término, se habla de *hoc interdictum* sin que antes se hubiese hablado del mismo. En ambas observaciones tiene razón Berger, pues, efectivamente, el jurista en este § 2 empieza hablando de la *missio in possessionem ventris nomine* y sin el giro propio y necesario para poder hablar del interdicto —*si non admittatur* o similar—, pasa bruscamente a hablar de dicho recurso, sin presuponerlo, porque no siempre que se habla de una *missio in possessionem* se hace en razón de su defensa pretoria. Respecto a la segunda observación, sólo podríamos admitir el pronombre demostrativo *hoc* si aceptamos la posibilidad de que el § 1 precedente hablaba efectivamente, como creemos según la corrección del mismo Berger, del interdicto: [*actionem hanc utilem*] <*interdictum hoc*> *competere*, aunque nosotros, siguiendo a Valiño, excluimos la categoría de *utile* del mismo, que conserva Berger (cfr supra n. 236). Por último, respecto a la opinión de S. Solazzi, de que también en este texto se trataría de la que él denomina *bonorum possessio ventris nomine*, remitimos a la crítica que de tal opinión hicimos al inicio de este trabajo (cfr supra II 1 n. 20). En cuanto a la crítica del mismo autor sobre la interpolación de la parte final del texto [*sed-fin*], en nuestra opinión esta parte final más que interpolada está manipulada por los compiladores, ya que éstos dejan como el arbitrio de la mujer *missa in possessionem* el ejercitar indistintamente la *actio in factum* o el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, lo cual confirma, una vez más, el ánimo de los justinianos de confundir ambos recursos. Sobre la legitimación activa *alieno nomine* de ambos recursos en la *missio in possessionem ventris nomine*, cfr. supra n. 244

restitutorio. El carácter de restitutorio, que se indica en este párrafo, ha sido debatido ampliamente en la doctrina, desde aquel sector de la romanística que acepta sin más dicho carácter, para el caso de que la mujer *missa in possessionem* que ya había entrado en posesión y es desalojada de la misma lo vuelva a ejercitar como restitutorio, hasta el sector, mayoritario, que da por interpolado [*et restitutorium*] en el texto, es decir, que no acepta el carácter de restitutorio, no sólo en este interdicto sino, en general, de un interdicto a la vez prohibitorio. Niegan este carácter de restitutorio Burckhard²⁴⁶ y Berger²⁴⁷, para quien de la misma manera estaría interpolado [*restitutorium*] en D. 43,20,1,1 (perteneciente al título interdictal *de aqua cottidiana et aestiva*), ya que para este último autor, los interdictos prohibitorios, que se caracterizan por la orden *vim fieri veto* (a lo que corresponde el «*ne vis fiat*» del edicto pertinente) no comprenden ninguna orden de restitución. Por otra parte, continúa Berger, el giro *non admittatur*, que no aparece en nuestro texto pero sí en D. 36,4,5,27²⁴⁸; D. 43,4,3 pr.²⁴⁹ y D. 43,4,3,1²⁵⁰, en presente de voz pasiva, no alude a la hipótesis de que el *missus in possessionem* ya hubiese entrado en posesión sino que no ha entrado en ella todavía y, por tanto, el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (recordamos que Berger distingue, siguiendo a Lenel, tres interdictos según los tipos de *missiones in possessionem*) sólo estaría previsto para sancionar el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, pero no para el caso de expulsión de la posesión en la cual ya había entrado el *missus in possessionem*. Para estos casos, según Berger, dispondría el *missus in possessionem* expulsado de otros interdictos *adipiscendae possessionis*. En otros términos, Berger niega la posibilidad de que existan interdictos de carácter prohibitorio y restitutorio al mismo tiempo. En el mismo sentido de los autores anteriores, Lenel²⁵¹. En cambio,

246. BURCKHARD, *Commentario alle Pandette* cit. Parte II p. 425. «di un interdetto per cui a chi spelle il *missus* è imposta la restituzione non si fa parola».

247. BERGER, *Miszellen*, cit., en *SZ* 36 (1915) p. 212 s., y nuevamente en *RE IX* 2, s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub núms. 38, 39 y 40, col. 1657

248. Cfr. supra en esta sede 9 i y n. 233.

249. Cfr. supra en esta sede 9 i y n. 234.

250. Cfr. supra en esta sede 9 i y n. 236.

251. LENEL, *EP.*³ p. 455 n. 9, en donde remite a la n. 6 de la misma página

S. Solazzi²⁵², sin pronunciarse expresamente sobre el actual problema, da por interpolada la *missio in possessionem ventris nomine* en este pasaje. También da por interpolado el texto desde [*sed* - fin]. Toca directamente nuestro actual problema K. A. Schmidt²⁵³, quien reconstruye la fórmula de nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* de la siguiente forma: «*Quarum rerum illi in possessione esse a me eove cuius ea iurisdictio fuit permissum est, quominus ille ibi sit, vim fieri veto*» y para quien dicho interdicto sirve al *missus in possessionem*, no sólo para entrar en posesión por primera vez, caso en el cual el interdicto es prohibitorio, sino también para el caso de que habiendo entrado en ella sea expulsado de la misma, caso en el cual el interdicto es restitutorio. Por otra parte, este es el único texto de la compilación jurisprudencial en el cual aparecen acumulados ambos recursos²⁵⁴ interdicto y *actio in factum*, y dejados el ejercicio de uno u otro como al arbitrio de la mujer *missa in possessionem ventris nomine*. A dicha acumulación en nuestro pasaje se oponen Schmidt²⁵⁵, quien sostiene que *magis quam interdicto* «und zwar so zu interpungieren ist», y Ubbelohde²⁵⁶. Tanto uno como otro autor fundamentan su opinión en la equiparación completa que hacen del interdicto con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., porque, para el segundo de los autores mencionados, «... anche quest'azione ha luogo si quando al *missus* vien ritolto il possesso, come quando gli è stata impedita la prima presa di possesso»²⁵⁷. Ultimamente y en aquella misma línea de pensamiento,

455 y correspondiente al interdicto, según Lenel, *ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit*

252. S. SOLAZZI, *Dote e nascituro* cit. p. 317.

253. K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. p. 68.

254. Aunque vid. supra en esta sede 6 iv y n. 223 la confusión, no la acumulación, de ambos recursos en D. 43,4,1,8.

255. K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer* cit. p. 308 n. 26.

256. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 163 s.: «Le parole; *hoc interdictum prohibitorium et restitutorium* est secondo ogni probabilità, vogliono dire, che questo interdetto concepito in forma prohibitoria serve alla impetrante non solo ad ottenere per la prima volta il possesso di cose dell'eredità nella quale è stata immessa, ma anche al riacquisto di quel possesso, proibendo esso ugualmente di farle impedimento sia nella prima presa di possesso, sia nel riacquisto del possesso di quelle cose da eli perduto».

257. A. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. Parte III-IV p. 164.

X. d'Ors²⁵⁸, quien, basándose precisamente en nuestro texto (D. 43,4,3,2) y en D. 43,20,1,1, los únicos pasajes de la compilación jurisprudencia que hablan de *prohibitorium et restitutorium* para referirse a un mismo interdicto (ambos prohibitorios) y no a cláusulas interdictales distintas de un mismo título interdictal, admite la posibilidad de dichos interdictos de carácter prohibitorio y restitutorio al mismo tiempo o, como de otra forma dice el autor, «... es posible pensar que se trata de dos interdictos correlativos»²⁵⁹. Igualmente alega X. d'Ors la posibilidad de dichos interdictos «mixtos» con base en D. 43,8,2 pr. en donde, según él, se niega la concesión de otro interdicto restitutorio.

Por nuestra parte, siguiendo a Berger²⁶⁰, criticamos a K. A. Schmidt y Ubbelohde la equiparación que hacen del interdicto y la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. para sostener el carácter de prohibitorio y restitutorio del interdicto porque, efectivamente, como dice Berger, se trata de una equiparación que no aparece expresamente documentada en las fuentes y, por otra parte, como hemos visto, nuestra *actio in factum* no se dirige contra la cosa mueble para hacer efectiva la *missio in possessionem* inicial o posterior, es decir, para recuperar la cosa mueble que tenía ya el *missus in possessionem* y de la cual es despojado, sino que se dirige contra la persona del que impide el *venire in possessionem* de la cosa mueble o incluso contra el que le despoja de ella, como hemos establecido por primera vez, que nosotros sepamos, en la doctrina. La equiparación que hacen aquellos dos autores de ambos recursos llevaría a pensar que nuestra *actio in factum* también es «prohibitoria» y «restitutoria» de igual forma que el interdicto. Por otro lado, si partimos de la base que interdictos «mixtos» son aquellos prohibitorios y «exhibitorios» al mismo tiempo, como dice expresamente D. 43,1,1,1²⁶¹, parece extraño que tanto en D. 43,

258. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit., p. 75 n. 1, p. 99 n. 9, y p. 101 n. 13.

259. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 75 n. 1. Y antes que este autor, aunque con incertidumbre, G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo «extra ordinem»* cit. p. 171: «Prohibitorio, e probabilmente anche restitutorio. Serviva a conservare l'eredità al nascituro, e a provvedere i mezzi di sussistenza alla donna incinta».

260. BERGER *Miszellen* cit., en *SZ* 36 (1915) p. 214.

261. Aunque algún autor haya dado por interpolado [*exhibitoria*] por <*restitutoria*>; cfr. Digesto Milanés, *ad leg.*

4,3,2 como en D. 43,20,1,1, que tratan ambos de interdictos prohibitorios, se añade que también son restitutorios; de allí que los mismos autores que critican nuestro texto D. 43,4,3,2, también den por interpolado [*et interdum restitutorium*] en D. 43,20,1,1²⁶², y en donde los compiladores interpolan indebidamente *restitutorium* porque un efecto jurídico de este interdicto *de aqua cottidiana*, que es prohibitorio, es el de la «restitución» del derecho de servidumbre de acueducto, cuando el titular del fundo dominante la perdió por *non usus* precisamente a consecuencia del impedimento (*prohibitio*) del titular del fundo sirviente u otra persona al uso del agua cotidiana objeto de servidumbre de acueducto²⁶³.

Respecto a D. 43,8,2 pr., perteneciente al título interdictal *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, texto en el cual, efectivamente, como dice X. d'Ors²⁶⁴, se niega la concesión de un interdicto restitutorio.

262 Además de BERGER, *Miszellen* cit., en SZ 36 (1915) p. 209 s, LENEL, EP³ p. 480: *Hoc interdictum prohibitorium [et restitutorium] est*, «so sind hier die eingeklammerten Worte zweifellos itp.».

263. Cfr D. 43,20,1,23 (Ulp. 70 *ad ed*: *Praeterea illud sciendum est, si cum aquam duxisses, adversarius te prohibuerit, deinde tu interim ius aquae ducendae amisisti, in restitutionem hoc venire, ut tibi praestetur per hoc interdictum quod amisisti: et hoc verum puto*. Para BERGER, *Miszellen* cit., en SZ. 36 (1915) p 211 n. 2, habrían sido las palabras *in restitutionem venire* del texto anteriormente transcrito, las que llevaron a los compiladores a interpolar *interdum restitutorium* en D. 43,20,1,1, en lo cual estamos de acuerdo con Berger. No, en cambio, en la crítica meramente formal que le hace al mismo. En efecto, Berger pretende ver contradicción entre el que él califica de «categórico» *illud sciendum est* y el que él califica de «modesto» *et hoc verum puto* para concluir que el texto no pudo haber sido escrito por el mismo autor. Sin embargo, como es sabido aquella primera forma de expresión, bastante frecuente en las fuentes, la emplean los juristas para introducirnos en el supuesto de hecho que, en nuestro pasaje, es perfectamente factible y lógico, y por lo que se refiere a *et hoc verum puto* no expresa más que la conformidad de Ulpiano a lo que parece era la solución generalizada en la jurisprudencia: que en tal supuesto y ya fuese en el ejercicio de la *actio ex interdicto*, como acepta Berger, o antes del ejercicio de ésta, el legitimado pasivamente debía «restituir» el derecho de servidumbre extinguido por *non usus* a resultas de la *prohibitio* al legitimado activamente. Ahora bien, el hecho que un interdicto prohibitorio como es el que tratamos, presente como uno de sus efectos jurídicos y para este supuesto concreto una «restitutio» de un derecho no significa que el mismo recurso tenga también la naturaleza de restitutorio; aquí no es más que un efecto dada la naturaleza del supuesto de hecho.

264. X d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit. p. 75 n. 1.

torio: *de eo quod factum erit interdictum non dabo*, que sería correlativo del prohibitorio de que trata D. 43,8,2 pr., es decir, se trataría de uno distinto y no del prohibitorio dado como restitutorio. Pero analicemos detenidamente este título interdictal. Aquella parte final de D. 43,8,2 pr. no es más que una contaminación a la fórmula interdictal inicial del texto; contaminación perteneciente a la cláusula edictal en la cual se anunciaba el interdicto prohibitorio. Ahora bien, en dicha parte final se niega un interdicto restitutorio para el *opus iam facti* cuando lo hecho fue en un solar, edificio o campo públicos (*locus publicus*) y autorizado por ley, senadoconsulto, edicto o decreto: esta es la hipótesis prevista en D. 43,8,2 pr. En cambio, para la vía o camino públicos rústicos —el cuidado de las vías públicas urbanas y de otras construcciones urbanas se encomendaba al esmero directo de los magistrados²⁶⁵— está previsto en este mismo título interdictal otro interdicto prohibitorio cuya fórmula interdictal, sin contaminación edictal, nos encontramos en D. 43,8,2,20 y cuando, a pesar de este interdicto prohibitorio, se hacía la obra (*opus iam factum*), entonces aquí sí que procede el interdicto restitutorio correspondiente o «correlativo» cuya fórmula interdictal, también sin contaminación edictal, nos hallamos en D. 43,8,2,35. Esto indica la conveniencia de hablar de título interdictal²⁶⁶ cuando nos referimos a uno de los títulos del libro 43 del Digesto y no identificar cada uno de los interdictos por la rúbrica de cada título del libro 43 de la compilación jurisprudencial, pues, efectivamente, en algunos títulos interdictales que tratan de interdictos prohibitorios, nos encontramos con un correspondiente o «correlativo» interdicto restitutorio. Pero esto no depone en favor de la opinión de X. d'Ors, quien llega a afirmar que «... quizá todos los interdictos prohibitorios tuviesen, en principio, su correspondiente interdicto restitutorio...»²⁶⁷, porque respecto a D. 43,4,3,2 y D. 43,20,1,1 hay que distinguir dos planos: i) si estos dos interdictos prohibitorios tenían su correspondiente o «correlativo» interdicto restitutorio, y ii) si aquellos dos interdictos prohibitorios son al mismo tiempo restitutorios, es decir, si puede haber interdictos «mixtos» prohibitorios y restitutorios.

265. Cfr D. 43,10

266. Como hacen los mismos juristas en sus comentarios *ad edictum*, así Ulpiano en D. 43,23: *De cloacis*, 1,1: *Sub hoc titulo duo interdicta praetor subiecit, unum prohibitivum, alterum restitutorium.*

267. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio* cit p. 75 n 1

torios, cuando lo aceptado por la doctrina, con base en las fuentes (D. 43,1,1,1), es que interdictos «mixtos» son aquellos prohibitorios y exhibitorios. Respecto a lo primero, como hemos visto en el caso del título interdictal de D. 43,8 (y en otros casos también ocurre lo mismo), los compiladores nos conservaron al menos las cláusulas edictales de aquellos interdictos restitutorios que eran complementarios de uno prohibitorio y curiosamente son aquellos interdictos prohibitorios en los cuales la actividad prohibida produce un resultado material que ahora se debe restituir, es decir, reponer en la situación anterior²⁶⁸, incluso demoliendo lo hecho, excepto en el caso del interdicto *unde vi* (restitutorio) que complementa al prohibitorio *uti possidetis* y en donde el «restituir» consiste en la posesión del inmueble. Veamos, pues, qué títulos interdictales prohibitorios vienen complementados por su correspondiente restitutorio: (D. 43,8) *Ne quid in loco publico vel itinere fiat*; (D. 43,12) *De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*, y (D. 43,13) *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit*. Respecto a lo segundo, es decir, a si nuestros dos interdictos (D. 43,4,3,2 y D. 43,20,1,1) son «mixtos» como prohibitorios y restitutorios, creemos con Berger y Lenel que, efectivamente, el término *restitutorium* que aparece en los dos pasajes está interpolado, pues sólo en ellos nos encontramos con esta anomalía. En efecto, en lo que respecta a nuestro interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, los justinianeos, al perder de perspectiva las categorías formularias, no se dan cuenta de que el impedimento al *venire in possessionem* de la cosa inmueble se puede realizar tanto por el impedimento inicial como por la posterior expulsión del *missus in possessionem*, pues si bien es cierto que el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* es un interdicto prohibitorio, también es cierto que, desde otra perspectiva, es uno de los interdictos *adipiscendae possessionis*, es decir, pertenece a aquel grupo de interdictos que permiten entrar en posesión o detentación de un patrimonio o cosa sin necesidad de que se la haya tenido anteriormente²⁶⁹. Tal ocurre en los demás interdictos de esta naturaleza; así, en el interdicto *quorum bonorum* (D. 43,2), restitutorio; en el interdicto *quod legatorum* (D. 43,3), restitutorio; en el interdicto

268. Cfr. A. d'ORS, *DPR* 4 p. 134 n. 3.

269. Cfr. F. SAMPER, *Derecho Romano* cit p. 127.

de tabulis exhibendis (D. 43,5), exhibitorio, y en el interdicto *a quo hereditas petetur si rem noli defendere* (llamado *quam hereditatem*)²⁷⁰, restitutorio, y, respecto al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Ello es así respecto al último porque el impedimento al *venire in possessionem* tanto en el momento inicial como en el momento de la expulsión del *missus in possessionem* está implicada una desobediencia a la orden pretoria del *vim fieri veto* y esto precisamente por lo atípica que es esta *possessio*, una *possessio* fundamentada en el *iussum praetoris* que nadie, ni el mismo legitimado pasivamente al interdicto, puede discutirle, no al *missus in possessionem*, sino al Pretor. Más aún, a este respecto es bastante aleccionador un pasaje de Venuleyo de contenido general. Nos referimos a D. 41,2,52,2 (1 *interd.*):

Species inducendi in possessionem alicuius rei est prohibere ingredienti vim fieri: statim enim cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem iubet, quod multo plus est quam restituere.

A pesar de que Lenel²⁷¹ refiere el pasaje únicamente al interdicto *uti possidetis* para caracterizar el contenido prohibitorio del mismo, nosotros, por el contrario, lo referimos a los interdictos *adipiscendae possessionis* por la caracterización que hemos dado anteriormente de dicho tipo de interdictos. De las diversas críticas que Beseler²⁷² ha hecho al pasaje, la más interesante para nuestro interés actual es la que da por interpolada la parte final del pasaje desde [*iubet* - fin]. La crítica de Beseler está determinada por la ausencia del sujeto en el verbo *iubet*, que en derecho clásico no puede ser más que el Pretor. Sin embargo, así como aceptamos con Berger la crítica a la motivación final de que el *vim fieri veto* del Pretor es más que restituir, así también aceptamos que la idea de fondo es clásica. Por otra parte, se debe tener en cuenta que los interdictos prohibitorios son de retener la posesión y en el nuestro se ve plenamente esta caracterización, sin necesidad de que el *missus in possessionem* tenga que recurrir a un correlativo interdicto restitutorio para recuperar la detentación del inmueble cuando pierde la misma, ni, mucho menos, que el mismo interdicto prohibitorio *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* cumpla él mismo la función de restitutorio para aquella eventualidad.

270. LENEL, *EP.*³ p. 454 y p. 455 n. 1.

271. LENEL, *EP.*³ p. 473 y n. 5.

272. Cfr. *Index Interp.* s.l.

En efecto, en las fuentes nos encontramos con una larga serie de interdictos prohibitorios que no presentan un correlativo interdicto restitutorio. Así, fuera de los dos que tratamos, es decir, el nuestro en D. 43,4,3,2 y el de D. 43,20,1,1, también tenemos: (D. 43,6) *Ne quid in loco sacro fiat*; (D. 43,9) *De loco publico fruendo*; (D. 43,11) *De via publica*; (D. 43,14) *Ut in flumine publico navigare liceat*; (D. 43,15) *De ripa munienda*; (D. 43,18) *De superficiebus*; (D. 43,19) *De itinere actuque privato*; (D. 43,21) *De rivis*; (D. 43,22) *De fonte*; (D. 43,27) *De arboribus caedendis*; (D. 43,28) *De glandae legenda*, y (D. 43,32) *De migrando*. Incluso nos encontramos con el título interdictal de D. 43,23: *De cloacis*, en donde los compiladores conservaron el testimonio de Ulpiano de que en este título interdictal se contienen dos interdictos (D. 43,23,1,1): uno prohibitorio (D. 43,23,1 pr.) y otro restitutorio (D. 43,23,1,15). Pero no se crea que el segundo es correlativo del primero, porque mientras éste (D. 43,23,1 pr.) se refiere exclusivamente a las cloacas privadas, aquél (D. 43,23,1,15) se refiere a las cloacas públicas. Ahora bien, el interdicto de cloacas privadas es sólo el prohibitorio porque quien hace la obra y legitimado activamente al interdicto, previamente le ha dado la *cautio de damno infecto* al propietario de la cloaca vecina, lo cual explicaría la no existencia de un correlativo interdicto restitutorio para este prohibitorio de cloaca privada²⁷³. Más aún, fuera del libro 43 del Digesto, nos encontramos el título interdictal *De mortuo inferendo et sepulchro aedificando* (D. 11,8) que nos ofrece dos interdictos prohibitorios: uno, en D. 11,8,1 pr. (Ulp. 68 *ad ed.*), para que no se impida por la violencia llevar un cadáver y sepultarlo donde se tiene derecho, y otro, en D. 11,8,1,5 (Ulp. 68 *ad ed.*), para que no se impida por la violencia que se construya sin dolo malo un sepulcro allí donde se tenga derecho a construirlo. Ahora bien, no es fácil imaginar dos interdictos restitutorios «correlativos» de aquéllos; salvo para el segundo (D. 11,8,1,5) en donde se podría pensar como interdicto restitutorio «correlativo» el interdicto «*demolitorium*» que sigue a la *novi operis nuntiatio* (D. 39,1,20 pr.), factible para este supuesto. Pero según el testimonio de Pomponio en D. 11,8,3 pr. (9 *Sab.*), si se hace la obra sólo es posible

273. Aunque para LENEL, *EP.*³ § 254: *De cloacis*, p. 481: «Wahrscheinlich hatte der Praetor neben obigen Interdikten noch ein weiteres —restitutorisches— de cloacis privatis proponiert».

el interdicto *quod vi aut clam*, pero mientras este interdicto restitutorio se reserva para las obras hechas *in alieno*, supuesto que no es el de D. 11,8,1,5, el interdicto «*demolitorium*» sólo se aplica a las obras hechas *in suo* pero en perjuicio de un derecho ajeno, supuesto que sí se da en D. 11,8,1,5. Igualmente, fuera del libro 43 del Digesto, nos encontramos dos interdictos en relación con la *novi operis nuntiatio*: D. 39,1,20,9 (prohibitorio), y D. 39,1,20 pr. (restitutorio). Pero mientras el primero es el conocido como interdicto *ne vis fiat aedificanti*, que se concede al denunciado para que no se le impida la construcción una vez que ha dado caución, el segundo es el conocido como interdicto *demolitorium*, que se concede al denunciante para que el denunciado quite a su costa todo lo hecho contraviniendo la denuncia no remitida y antes de haber dado la caución. Por tanto, no son correlativos.

Por último, D. 43,4,3,2 es el único texto que nos atestigua el empleo del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para el caso del impedimento al *venire in possessionem* sobre la cosa inmueble de la mujer *missa in possessionem ventris nomine*, ya que el último párrafo de este fragmento nos recuerda la acción que se da contra la mujer que *calumniae causa* afirma su estado de gravidez. Nos dice D. 43,4,3,3 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem²⁷⁴.

iii) *Interdicto «ne vis fiat ei qui (bona = rei servandae causa) in possessionem missus erit»*

A diferencia del testimonio expreso que tenemos en las fuentes del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, para las *missiones in possessionem damni infecti nomine, legatorum servandorum*

274. Sobre esta acción, vid. D. 25,6: *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur* (LENEL, EP.³ § 120: *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa fuisse dicatur*). Cfr. supra n. 230 sobre la acción que se da contra la mujer *missa in possessionem ventris nomine* por haber traspasado a otro con dolo malo la posesión de la cosa mueble objeto de *missio in possessionem*.

causa y ventris nomine, no se nos ha conservado ningún pasaje de la compilación jurisprudencial, ni de ninguna otra fuente, que nos pruebe la aplicación del interdicto a la *missio in possessionem rei servandae causa* para alguno de sus tipos, ni siquiera para la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores²⁷⁵. Sin embargo, si aceptamos la reintegración de D. 43,4,4,4²⁷⁶, en donde Ulpiano, a propósito del comentario a la *missio in possessionem damni infecti nomine*, concluye dicho comentario diciendo que, si también por otra causa se presenta el caso de verse impedido de entrar en posesión el que fue puesto en ella, dispone del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. entonces debemos admitir que una causa puede ser, además de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y la *missio in possessionem ventris nomine*, la *missio in possessionem rei servandae causa*. Por tanto, podemos concluir que también para esta última se aplicaba el interdicto para sancionar el impedimento violento al *venire in possessionem* de las cosas inmuebles, ya que, de lo contrario, Ulpiano, que no hablaba desaprensivamente en este tema, la hubiese excluido expresamente. Al menos no vemos la razón para que el régimen del interdicto no se aplicase a la *missio in possessionem rei servandae causa* si tenemos en cuenta la diferencia de régimen entre las cosas muebles y las inmuebles de las otras dos *missiones in possessionem*: *legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*. La ausencia de fragmentos que traten del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* aplicado a la *missio in possessionem rei servandae causa* quizá se pueda explicar diciendo que dichos fragmentos deberían venir situados en el lugar que actualmente ocupan D. 43,4,1 pr.— 8 y D. 43,4,2, que tratan de la *actio in factum* para sancionar el impedimento doloso al *venire in possessionem* de la cosa mueble y que los compiladores trajeron de sus *sedes materiae* propia, es decir, la del concurso de acreedores, a esta *sedes materiae* del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, pero, desaprensivamente, no dejaron los pasajes correspondientes al interdicto aplicado a este tipo de *missio in possessionem*. Se explica también la colocación completamente irregular de la *actio in factum*

275. A pesar de lo anterior, obsérvese la intuición lógica de K. A. Schmidt transcrita supra n. 210, y de X. d'Ors transcrita supra en esta sede 4 y nn. 207 y 208 (pero cfr. supra III n. 133), sobre la aplicabilidad del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* a las *missiones in possessionem rei servandae causa*

276. Cfr. supra IV 6 y n. 174.

en sede de interdictos, aunque dicha colocación también resulta explicable porque el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, para sancionar el impedimento violento al *venire in possessionem* de la cosa inmueble y la *actio in factum*, para sancionar el impedimento doloso al *venire in possessionem* de la cosa mueble, completan el régimen de defensa pretoria en las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine*, pero también, lógicamente, en la *missio in possessionem rei servandae causa*. Lo mismo ocurre en D. 43,4,4,2 y 3, donde Ulpiano completa el régimen de defensa pretoria de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, cuya defensa normal es el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, con la *actio in factum* de resarcimiento del daño causado cuando no se dio la *cautio de damno infecto* ni se permitió el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, y entretanto se causó el daño del inmueble que amenazaba ruina.

Indirectamente, sí disponemos de un texto que nos llevaría a confirmar la aplicación del interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* a todos los casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, incluso la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores. Naturalmente, en todos esos casos por el impedimento violento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre inmuebles porque para las cosas muebles está prevista la *actio in factum*. Nos referimos a un pasaje de la *sedes materiae* del interdicto *Uti possidetis* y en el cual el mismo Ulpiano excluye expresamente la legitimación activa de este interdicto *Uti possidetis* de todos los *missi in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa, ventris nomine y damni infecti nomine (ex primo decreto)*. Dice así D. 43,17,3,8 (Ulp. 69 *ad ed.*):

Creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto uti possidetis uti non posse, et merito, quia non possident: idemque et in ceteris omnibus, qui custodia causa missi sunt in possessionem, dicendum est²⁷⁷.

277. La cita que hace el *Index Interp.* s.l. de BESELER, SZ. 53 (1933) p. 16, es errónea, pues este autor critica en su escrito D. 43,17,1,8 y no nuestro pasaje. Por otra parte, A. METRO, *L'obbligazione di custodire* cit. p. 79 y n. 81, siguiendo a M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*² (Köln-Graz, 1956) p. 334 y n. 19, cree que Ulpiano, en la primera parte del pasaje (*Creditores ... uti non posse*), está refiriendo el pensamiento de otro jurista, cuyo nombre no aparece

Evidentemente, Ulpiano debía estar pensando aquí en cosas inmuebles, pues el interdicto *Uti possidetis*, como es sabido, sólo recae sobre

en la redacción actual del texto; pensamiento al cual se adhiere el mismo Ulpiano precisamente, según A. Metro, con la expresión *et merito*. Según este autor la aportación personal de Ulpiano sería la extensión de dicha regla, es decir, la no legitimación activa del interdicto *uti possidetis* a las demás *missiones in possessionem*. De ser cierta la primera observación de A. Metro, debemos tener en cuenta que, en todo caso, y, como lo hemos establecido, cuando Ulpiano habla de *missio in possessionem rei servandae* causa se está expresando con un neologismo introducido por Venuleyo en el siglo II d. C. y con el cual explicaría el pensamiento de la jurisprudencia anterior a aquella fecha, pero en el mismo sentido. Respecto a la segunda observación de A. Metro en relación con la extensión por Ulpiano de la mencionada no-legitimación activa del interdicto *uti possidetis* a los otros tipos de *missiones in possessionem*, no vemos por qué tuvo que haber operado por obra de extensión jurisprudencial y sólo hasta Ulpiano, pues con ello A. Metro está admitiendo que hasta Ulpiano estos otros *missi in possessionem* sí eran poseedores, puesto que dispondrían del interdicto *uti possidetis*. Todo lo contrario, en ningún momento las demás *missiones in possessionem* estuvieron tuteladas por el interdicto *uti possidetis*, pues, como ya establecimos, ni para la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* ni para la *missio in possessionem ventris nomine* se plantea la defensa posesoria de las cosas objeto de *missio in possessionem* por el *missus in possessionem* directamente, sino que dicha defensa posesoria ordinaria corresponde al heredero o al *bonorum possessor* en uno y otro caso; para la *missio in possessionem damni infecti nomine ex primo decreto* al propietario de la cosa inmueble que amenaza daño, y para la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, aunque posible para el *missus in possessionem* ya se hace inútil el interdicto *uti possidetis*, puesto que, como propietario bonitario que es, dispone de la *actio Publiciana* y del interdicto *unde vi*. Más aún, al introducirse en el Edicto el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, quizá inicialmente a propósito de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores, entonces también se hizo posible la tutela directa de las demás *missiones in possessionem* incluso contra el legitimado pasivamente a la *missio in possessionem*, y respecto a los inmuebles sin reconocerles la categoría de poseedores en sentido técnico; calidad que en estas *missiones in possessionem* sigue teniendo el legitimado pasivamente a la *missio in possessionem* respectiva. Por último, queremos señalar aquí que así como la romanística ha solido referir nuestro texto exclusivamente a propósito de la naturaleza jurídica de la *possessio* en las *missiones in possessionem* precisamente para negarles dicho carácter técnico y, evidentemente, también lo ha solido referir a la no legitimación activa de los *missi in possessionem* al interdicto *uti possidetis*, quizá no había observado la trascendencia de este pasaje y de esta no legitimación activa en relación con la defensa interdictal de los *missi in possessionem* respecto a las cosas inmuebles, es decir, en relación con la legitimación activa de todos los *missi in possessionem*, incluso de lo *missi in bona de-*

inmuebles. Consecuentemente, confirmamos, una vez más, nuestra tesis de que, para efectos de la defensa pretoria de las *missiones in possessionem*, el derecho romano clásico distingue entre cosas muebles e inmuebles. En efecto, de no ser así, Ulpiano no se hubiese planteado la legitimación activa del interdicto *Uti possidetis* para los *missi in possessionem*. Pero hay más: Ulpiano toma precisamente como paradigma para excluir la legitimación activa del interdicto *Uti possidetis* la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y, por tanto, si la *missio in bona debitoris* y, en general la *missio in possessionem rei servandae causa*, sólo estuviese tutelada por la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. y, consecuentemente, indiscriminadamente, es decir, sin distinguir cosas muebles e inmuebles ¿para qué iba Ulpiano a hacer este planteamiento en *sedes materiae* del interdicto prohibitorio *Uti possidetis* que sólo versa sobre inmuebles? Por otra parte, la misma motivación de este pasaje (*quia non possident*) se puede aplicar a la exclusión de la legitimación activa del interdicto *Utrubi* a los *missi in possessionem* respecto a las cosas muebles, a pesar de que el interdicto *Utrubi* también es prohibitorio como el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, pero, como aquél se aplica a cosas muebles, ya en su correspondiente título interdictal (D. 43,31), no aparece ninguna referencia simétrica sobre la legitimación activa de los *missi in possessionem* al mismo, lo cual es explicable, pues para las cosas muebles estaba prevista la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., más difícil de confundir con el interdicto *Utrubi*.

Por último, y esto nos reconduce al criterio procesal en la determinación de la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem*, tema que hemos analizado en el apartado segundo de este trabajo²⁷⁸ y en el cual desechamos la crítica del jurista Paulo a Quinto Mucio Escévo-la respecto a la naturaleza de verdaderos poseedores que este último jurista daba, por lo menos, a los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores y ello porque tenían la legitimación activa al interdicto *Uti possidetis*²⁷⁹, podemos observar en el fragmento transcrito, cómo Ulpiano no aprovecha este pasaje, que sería el indicado,

bitoris del concurso de acreedores y, en general, del *missus in possessionem rei servandae causa*, al interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* que como el interdicto *uti possidetis*, sólo versa sobre inmuebles.

278. Cfr. supra II 2.

279. Cfr. supra II 2 iv.

para adherirse a la crítica de Paulo, sino que se limita a negarle carácter de *possessio* a todas las *missiones in possessionem*, incluso a la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores y, por tanto, a todos los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa* junto con las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti nomine ex primo decreto*. En otros términos, Ulpiano se limita a exponer el *status quaestionis* de la defensa pretoria de los *missi in possessionem* —en este texto, para negarles la legitimación activa al interdicto *Uti possidetis*— para su época por una razón sustantiva: *quia non possident*, cuando el criterio realmente clásico sería el procesal: «*interdicto uti possidetis uti possunt, ergo possident*». Ahora bien, planteábamos en aquella sede del apartado segundo de esta investigación cómo la naturaleza de la *missio in bona debitoris* del concurso de acreedores estaba fundamentada en el decreto pretorio de *missio in possessionem* y su defensa pretoria inicial respecto a los inmuebles, es decir, a través del interdicto *Uti possidetis*, debió de haber llevado a la consideración de que esa protección por medio de este interdicto realmente se circunscribía a la *vis* que se podría realizar contra los acreedores, tanto para impedirles el *venire in possessionem* sobre el inmueble como para desalojarles del mismo. De los otros dos términos de la cláusula de posesión viciosa del interdicto *Uti possidetis, nec clam nec precario*, no era posible hablar respecto a los acreedores *missi in bona debitoris*, ni activa ni pasivamente. Más aún, la *vis* de que se trata aquí no es «relativa» (*alter ab altero*) como se contempla en el interdicto *Uti possidetis*, sino que se trata de una *vis* «unilateral»: la que impide el *venire in possessionem* sobre el inmueble a los acreedores *missi in bona debitoris*. Por tanto, y con esto completamos nuestra argumentación de aquel apartado segundo de nuestro trabajo, debió sentirse la necesidad de introducir un interdicto también prohibitorio como el *Uti possidetis*, pero, a diferencia de éste que es doble y de retener la posesión de los inmuebles (*retinendae possessionis*), el nuestro debía ser simple y de adquirir la detentación de los inmuebles (*adispiscendae possessionis*)²⁸⁰ objeto de *missio in*

280. Según A. d'ORS, DPR. ⁴ p. 195 n. 10 «*Detentatio*» no es término técnico. Desde el punto de vista de la posesión civil, estos detentadores son poseedores «naturales» (D 41,5,2,1), pero también lo son los poseedores interdictales no-propietarios...».

possessionem y limitado a la represión de la *vis* que impedía el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*, ya inicial ya por expulsión posterior del inmueble. No podía tratarse de un interdicto simple y de recuperar la posesión de los inmuebles (*recuperandae possessionis*) como puede ser el interdicto *Unde vi*, pues respecto a los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores, como respecto a todas las demás *missiones in possessionem*, no se puede plantear la posibilidad de que pierdan la detentación de los inmuebles objeto de *missio in possessionem* desde el punto de vista jurídico, pues dicha *possessio* está fundamentada en el decreto pretorio de *missio in possessionem* y, por tanto, dicha pérdida siempre nos llevaría a la represión de la misma con un interdicto prohibitorio, de adquirir la detentación de los inmuebles y simple. Dicho interdicto no puede ser otro que el *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, que indudablemente debió introducirse en el Edicto no antes de Quinto Mucio Escévola: es decir, dicho recurso pretorio surgió después del año 82 a. C., fecha del fallecimiento del gran jurista de la primera época clásica. A partir del momento en que se introdujo este interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* para tutelar la posición de los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores sobre los inmuebles, perdieron entonces su carácter de poseedores en sentido técnico, es decir, de legitimados activamente al interdicto *Uti possidetis*, aunque no por ello perdieron la legitimación pasiva a la acción reivindicatoria. Naturalmente, las demás *missiones in possessionem* que nunca habían tenido el carácter técnico de *possessio* se vieron ahora tuteladas por su recurso propio y a favor directamente de los *missi in possessionem* en estos otros tipos de *missiones in possessionem*, no sólo las de los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, sino también las *missiones in possessiones legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti nomine ex primo decreto* e incluso *ex secundo decreto* cuando el *missus in possessionem* no había entrado en el inmueble.

VI. CONCLUSIONES

En la introducción de este trabajo planteamos una serie de preguntas que nos motivaron para llevar a cabo esta investigación. Ahora bien, tomando como criterio principal de diferenciación en la defensa preto-

ria del *missus in possessionem* la naturaleza de cosa mueble o inmueble sobre la cual recaiga la *missio in possessionem*, creemos haber dado respuesta a aquellas preguntas; respuestas que ahora podemos resumir en las siguientes conclusiones, no sin antes consignar otras conclusiones de tipo más general o accesorio a nuestro tema central.

i) La categoría nominal *missio in possessionem rei servandae causa* es un neologismo introducido por el jurista Venuleyo en su obra *de interdictis*, posterior a la redacción definitiva del Edicto por Salvio Juliano. Por consiguiente, en todo intento de reconstrucción de aquella obra no debe introducirse dicho término. Este neologismo viene a designar y a desplazar en la jurisprudencia a todos los casos de *missiones in bona*, ya recaigan sobre todo un patrimonio o sobre una herencia que es ella misma un patrimonio (ya que en tema de *missiones in possessionem* se distingue, a veces, el patrimonio propio del heredero del patrimonio hereditario objeto de embargo), que conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida. Este es el criterio clásico que verdaderamente distingue las *missiones in bona* de las demás *missiones in possessionem*, a pesar de que algunas de éstas recaen sobre un patrimonio como la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y la *missio in possessionem ventris nomine*, pero que en ningún caso conducen a una *venditio bonorum*. Por ello, en las fuentes, aquellas dos *missiones in possessionem* nunca recibe la denominación de *missiones in bona* y de ahí que no sea conveniente caracterizar estos dos tipos de *missiones in possessionem* —como suele hacer la doctrina—, con el término de *missio in bona hereditatis*. Igualmente, la doctrina ha venido caracterizando tanto las *missiones in bona* como las *missiones in possessionem* como medida pretoria coactiva y provisional. Esto es cierto para las segundas, es decir, para aquellas *missiones in possessionem* que no conducen a una *venditio bonorum* inmediata o diferida, salvo el efecto adquisitivo de la propiedad pretoria en la *missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto*, que es definitivo. En cambio, es menos certero darles únicamente el mismo carácter de coacción y provisionalidad a las *missiones in bona* o *missiones in possessionem rei servandae causa*, pues, si bien es cierto pueden cumplir la finalidad de coacción en algunos casos —piénsese, por ejemplo, en la *missio in bona si heres suspectus non satisfacit*—, también es cierto que no podemos hablar de mera provisionalidad para

una medida pretoria —las *missiones in bona*— cuyo resultado es el de la *venditio bonorum* inmediata o diferida, pues en ellas la provisionalidad sólo radica en que la tenencia del patrimonio no es definitiva, como tampoco en las *missiones in possessionem*, pero aquéllas conducen a una *venditio bonorum* y en este sentido no son provisionales sino ejecutivas.

ii) Sentada la anterior conclusión, que incide sobre la terminología técnica, nos encontramos con que la denominación constante en las fuentes de nuestros tipos de *missiones in possessionem* principales es la siguiente: a) *missio in possessionem rei servandae causa* o *missiones in bona*, cuyos casos están siempre en función de un derecho de acreedor; b) *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, en función de un derecho del legatario, y que sanciona la negativa a prestar la *cautio legatorum servandorum gratia* por el legitimado pasivamente; c) *missio in possessionem damni infecti nomine*, en función de la previsión del *damnum infectum* de un inmueble que amenaza ruina por *vitium aedium* o *vitium loci*, y que sanciona la negativa a prestar la *cautio damni infecti nomine* por el legitimado pasivamente y d) *missio in possessionem ventris nomine*, en función de la protección pretoria a una esperanza de vida (*spem animantis*) y a las expectativas hereditarias de un *nasciturus*.

iii) El criterio válido para determinar la naturaleza jurídica de las *missiones in possessionem* es el procesal, es decir, dicha naturaleza jurídica depende del momento histórico en que dicha situación estaba defendida. Primero, por el interdicto *Uti possidetis*, caso en el cual, al menos para los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores, se daba una *possessio* en sentido técnico; defensa que todavía ocurría en la época de Quinto Mucio Escévola, como se deduce de la crítica que le hace tres siglos después el jurista Paulo, aunque a través del testimonio de éste jurista hemos podido reconstruir dicha perspectiva procesal de Q. Mucio Escévola. Luego, por el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, con el cual, en todos los *missi in possessionem rei servandae causa*, incluso los *missi in bona debitoris* del concurso de acreedores deja de darse la condición técnica de poseedores; aunque, como se deduce del testimonio de Pomponio en su comentario a Quinto Mucio Escévola en D. 42,4,12, los *missi in possessionem legatorum servandorum causa*, *ventris nomine* y *damni infecti*

nomine (ex primo decreto) en ningún momento llegaron a tener la calidad técnica de poseedores.

iv) Cuando se introdujo en el Edicto Pretorio el nuevo interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, prohibitorio y de adquirir, como simple, todas las *missiones in possessionem* pudieron ser denominadas como *missiones in possessionem custodiae causa*.

v) En el orden del Edicto el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* estaba situado en el grupo de los interdictos *de universitate*, aunque en el caso de la *missio in possessionem damni infecti nomine* no cumpliera tal finalidad en puridad de términos, pues nada impide pensar en la posibilidad de que en la *sedes materiae* de interdictos *de universitate* sólo hubiese una cláusula edictal en donde se anunciaría un solo interdicto como lo indica la misma rúbrica interdictal de D. 43,4 con su correspondiente fórmula interdictal concebida en términos generales y utilizable para cualquier caso de *missio in possessionem*. Lo mismo ocurre con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. que, situada posiblemente en *sedes materiae* de concurso de acreedores, sin embargo, es aplicable a las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa, ventris nomine* y los demás casos de *missio in possessionem rei servandae causa*.

vi) El régimen de la defensa pretoria de las *missiones in possessionem* es unitario y profundamente lógico. En efecto, no se trata de que la tutela a la *missio in possessionem damni infecti nomine* estuviese constituida por el interdicto *Ne vis fiat ei qui damni infecti nomine in possessionem missus erit* y una *actio ficticia*, como venía sosteniendo la doctrina tradicional a partir de G. Branca y que desechamos en nuestro trabajo sobre la *cautio damni infecti nomine* y sus recursos supletorios. Tampoco se trata de que las *missiones in possessionem legatorum servandorum causa* y *ventris nomine* estuviesen protegidas exclusivamente por el interdicto *Ne vis fiat ei qui legatorum servandorum in possessionem missus erit* y el interdicto *Ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*, respectivamente, presumiendo como interpolada la referencia a estas dos *missiones in possessionem* en D. 43,4,1,2 respecto a la *actio in factum* contenida irregularmente en dicho título interdictal. Por último, menos aún se trata de que la *missio in possessionem rei servandae causa* estuviese tutelada únicamente por la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr.

vii) El régimen de la defensa pretoria de las *missiones in possessionem* es unitario, excepto para la *missio in possessionem damni infecti nomine*, ya que ésta sólo recae sobre inmuebles, mientras que las demás *missiones in possessionem: rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine* pueden versar tanto sobre cosas muebles como sobre inmuebles, ya conjuntiva —será lo normal— ya disyuntivamente.

viii) Tratándose de cosas inmuebles, el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* en todas las *missiones in possessionem* sólo se realiza mediante la *vis*, dada precisamente la naturaleza de la cosa objeto de *missio in possessionem* y, por tanto,

ix) en todas las *missiones in possessionem* la *vis* se sanciona mediante un interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Interdicto prohibitorio y de adquirir la *possessio ex decreto praetoris*, pero, además, de carácter simple. Por consiguiente, la *vis* puede consistir tanto en impedir el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* como en expulsarle del inmueble; en uno u otro caso el interdicto es el mismo y no hay necesidad de pensar en un correlativo interdicto restitutorio para la segunda eventualidad.

x) La defensa pretoria de la *missio in possessionem damni infecti nomine* se integra con una *actio in factum* de resarcimiento del daño causado, cuando el legitimado pasivamente no da la *cautio damni infecti nomine* ni permite que el *missus in possessionem* entre en detención de la cosa inmueble y entretanto se causa el daño, caso en el cual el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* ya no tendrá eficacia procesal precisamente por haberse causado el *damnum* e, indirectamente, tampoco tendrá eficacia la *missio in possessionem damni infecti nomine*.

xi) La defensa pretoria de las demás *missiones in possessionem* para las cosas muebles se complementa con una *actio in factum*, ya que el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble se efectúa, más que mediante la *vis* —aunque no se excluya—, mediante el *dolus* y, consecuentemente,

xii) en tema de *missiones in possessionem*, las referencias a *vis* y *dolus* en el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* no son arbitrarias, sino que obedecen respectivamente a la naturaleza de cosas inmuebles o muebles sobre las que recae la *missio*

in possessionem, excluido, naturalmente, el *dolus* de la *missio in possessionem damni infecti nomine* que se sanciona mediante su propia *actio in factum* y en donde el *dolus* tiene un sentido distinto. En otros términos, no son la *vis* o el *dolus* los que determinan el recurso jurídico a aplicar —interdicto o *actio in factum*, respectivamente—, sino que es la cosa inmueble o mueble la que determina la *vis* o el *dolus* para el impedimento al *venire in possessionem* de la cosa inmueble o mueble, respectivamente y, en consecuencia, se aplicará uno u otro recurso pretorios aunque en la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. no se excluye la posibilidad de que el impedimento al *venire in possessionem* de una cosa mueble se realice mediante *vis* porque, en todo caso se aplicará dicha *actio in factum*. En cambio, sí se excluye la posibilidad contraria, es decir, el impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* de una cosa inmueble mediante *dolus*. Por tanto, podemos decir que mientras con el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* se persigue la cosa inmueble porque siempre está *in situ*, con la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. se persigue la persona del que impidió el *venire in possessionem* sobre la cosa mueble.

xiii) En todas las *missiones in possessionem* y respecto al interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, la *litis aestimatio* estará referida al *id quod interest*, pero según el tipo de *missio in possessionem* de que se trate. Así, en todos los casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, estará referida a todo el patrimonio o herencia embargados. En la *missio in possessionem damni infecti nomine* estará referida a la cosa inmueble que amenaza daño, y en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* estará referida al valor del legado. En estos dos últimos casos, la *actio ex interdicto* también debería tener cláusula arbitraria cuando el legitimado pasivamente a la acción del interdicto —en una y en otra *missio in possessionem* eran, el titular del inmueble que amenazaba daño, para la primera, o el heredero o *bonorum possessor*, para la segunda, ya actuasen *suo nomine* o a través de representante— ofrecía la *cautio damni infecti nomine* o la *cautio legatorum servandorum gratia*, respectivamente, a cambio de la absolución; aunque, para estos efectos, no se debe desechar completamente lo que dicen otros textos referidos a otros interdictos de que el momento procesal oportuno de ofrecer la caución es el momento en que se va a ejercitar el interdicto (D. 43,3,2,4).

xiv) Mientras la *litis aestimatio* de la *actio in factum* de la *missio in possessionem damni infecti nomine*, por el resarcimiento del daño causado, estará siempre referida a la equiparación con la *litis aestimatio* de la *actio ex stipulatu* de la *cautio damni infecti nomine* de haberse prestado ésta por el legitimado pasivamente, la *litis aestimatio* de la *actio in factum* de las demás *missiones in possessionem*, por el impedimento al *venire in possessionem* de la cosa mueble, estará referida al *quanti ea res erit* que, en los casos de *missio in possessionem rei servandae causa*, será por todo el patrimonio o la herencia embargados, mientras en la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* seguramente la *litis aestimatio* sería *cum taxatione*, ya que se refería al valor del legado y, por tanto, el *quanti ea res erit* no podría exceder la cuantía de la cosa mueble misma. Por otra parte, así como la *actio in factum* del *damnum infectum* no podría traer cláusula arbitraria, ya que la *cautio damni infecti nomine* había perdido su eficacia como también la correspondiente *missio in possessionem*, pues ya se ha producido el *damnum*, en la *actio in factum* de las demás *missiones in possessionem*, es posible pensar en la cláusula arbitraria, ya que la presentación *in iure* de la cosa mueble hacía posible la *missio in possessionem*, es decir, el *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble, a cambio de la absolución o, en el caso de la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* y cuando el legitimado pasivamente a la *actio in factum* era el heredero o el *bonorum possessor*, la cláusula arbitraria conduciría a la absolución a cambio de la *cautio legatorum servandorum gratia*.

xv) Así, pues, tanto el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* como la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. tendrán una *litis aestimatio* exactamente igual, y ello es así porque tanto uno como otra tienen la misma finalidad, sólo que bajo la distinción de la tutela pretoria de que se trate respecto a cosa inmueble o mueble, respectivamente. Por otra parte, téngase en cuenta que mientras el interdicto *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* se da contra el mandante de la *prohibitio* al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre el inmueble (D. 39,2,17,1) la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr. se da contra el mandatario del impedimento al *venire in possessionem* del *missus in possessionem* sobre la cosa mueble (D. 43,4,2,1).

xvi) La clasificación que nos da el jurista Ulpiano de las *missio-*

nes in possessionem en D. 2,12,1; D. 42,4,1 y, particularmente, en D. 43,4,1,2, donde se excluye la *missio in possessionem damni infecti nomine* con razón, es una clasificación auténtica y clásica, elaborada por la jurisprudencia desde un punto de vista procesal como es el de la defensa pretoria de las mismas, aunque respetando los aspectos sustantivos de cada una de las *missiones in possessionem*, y no desde otros puntos de vista, también posibles.

xvii) Dentro de una perspectiva más general, nos encontramos con que, en el régimen de la defensa pretoria del *missus in possessionem*, también se presenta la misma simetría que se observa en la acción reivindicatoria cuando el legitimado pasivamente no quiere aceptar el litigio petitorio o no puede aceptarlo porque dejó maliciosamente de poseer (*qui dolo desistit possidere*), en que el legitimado activamente dispone de dos recursos pretorios: a) del *interdictum quem fundum* cuando se trata de un inmueble, y b) de la *actio ad exhibendum* cuando se trata de un mueble. A este mismo propósito, quizá nuestro trabajo venga a confirmar, en parte, la tesis de Burillo sobre la naturaleza delictual de la *actio (in factum) ad exhibendum*.

xviii) Establecida la diferenciación de régimen de defensa pretoria en las *missiones in possessionem rei servandae causa, legatorum servandorum causa y ventris nomine* para las cosas muebles e inmuebles, se plantea lógicamente la tutela pretoria de las cosas incorporales, es decir, de los créditos en aquellos tres tipos de *missiones in possessionem*. Dicha defensa se resuelve fundamentalmente a través de la *actio in factum* de D. 43,4,1 pr., cuando la satisfacción del crédito se realiza a través de una suma de dinero (cosa mueble) o cuando la *missio in possessionem* recae sobre el medio de prueba normal del crédito, los documentos (cosa mueble) sobre los cuales se impide el *venire in possessionem* del *missus in possessionem*. Pero también están previstos otros recursos procesales cuando el legitimado pasivamente, es decir, el acreedor embargado, pretende burlar la *missio in possessionem* del crédito a través de otros medios.

FERNANDO BETANCOURT

Facultad de Derecho

San Sebastián