

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA *MISSIO IN BONA* PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS REALES

M.^a DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ

I. La *missio in bona* es el primer acto del complejo procedimiento de la *bonorum venditio* que consiste en una decisión del magistrado, previa petición de uno o varios acreedores, autorizando a poseer el patrimonio de su deudor. Transcurrido un plazo de 30 días, si el deudor vive, o de 15, si ha fallecido, se entiende que la tentativa de coacción ha fallado y la ejecución asume netamente el carácter de un proceso de expropiación colectivo (cuando son varios los acreedores) y universal (porque se dirige contra todo el patrimonio del deudor). Por tanto, diremos que la *missio in bona* es una medida accesoria de la ejecución destinada a conservar el patrimonio (*rei servandae causa*) para asegurar el posterior derecho de venta.

Si bien los textos ¹ y en concreto, los comentarios de los juristas clásicos al edicto ², parecen señalar que el régimen de la *missio in bona* sólo tiene aplicación para tutelar los derechos de crédito en los casos recogidos por el Edicto, de un examen más profundo de las fuentes se puede llegar a la conclusión de que, al menos en la primera etapa del

1. Vid. ULP. D.29.4.1.9. ... *eum crediti servandi causa venisse in possessionem*... PAUL. D. 42.4.6.1. *Cum dicitur: et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus*...

2. Vid. los pasajes enunciados por LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3.^a edic., Leipzig, 1927, parágr. 204 y 205. Cfr. RICCOBONO, «Studi critici sulle fonti del diritto romano», BIDR, 8 (1895), p. 194, nota 4.

Derecho clásico, se aplicó a las acciones reales el mismo régimen que a las acciones personales: *missio in bona* y posterior venta del patrimonio del deudor o demandado a través de una *actio in rem*.

En Derecho romano, para que la *missio in bona* y consiguiente venta se produzcan, no se exige título ejecutivo derivado de una sentencia condenatoria ³ porque no es un medio exclusivo contra el *iudicatus* o el *confessus in iure* (equiparado al anterior como ya ocurriera en el proceso decenviral ⁴), sino también frente al *indefensus* en sentido lato. Por tanto, la *missio in bona* fue introducida por el pretor, no como forma de ejecución de sentencia, sino para el supuesto de falta de ella, comenzando a aplicarse en los casos en que la ejecución sobre la persona del demandado fuese imposible por *latitatio*, *absentia* o porque hubiese fallecido sin dejar herederos ⁵ y extendiéndose, posteriormente, a los casos del demandado que *praesens in iure* no responde o no quiere defenderse o se niega a concluir la *litis contestatio* en base a la fórmula aprobada. En tales hipótesis la *missio* y la sucesiva *venditio* aparecen preordenadas al fin de hallar un sujeto contra el que contestar la *litis* en el puesto de aquél contra el que no era posible porque hubiese muerto sin herederos o fuese *capite minutus* o porque fallaron las medidas de coacción para obtener su presencia *in iure* y su defensa ⁶. En este sentido, opinamos

3. Cfr. RAMADIER, *Les effets de la missio in bona rei servandae causa*, París, 1911, p. 38 y ss.; ANDOLINA, «I presupposti dell'esecuzione forzata nel diritto romano. Fondamento e limiti del principio `non est inchoandum ab exsecutione'», Jus, 19 (1968), fasc. 2, pp. 110 y ss.

4. Aquél que había realizado la *confessio in iure certae pecuniae*, se equiparaba al *iudicatus*, vid. D.42.1.56 (ULP. LXXVII ad ed.). ... *in iure confessi pro iudicatis habentur*.

En caso de que la *confessio* tenga por objeto una cosa distinta a una cantidad cierta de dinero, algunos autores afirman que era necesario un procedimiento de naturaleza particular que tenía por objeto la valoración de la deuda confesada. Vid. VOCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata (Diritto romano)*, v. XV, Varese, Ed. Giuffrè, 1966; ARU, *Il processo civile contumaciale*, Roma, ed. L'Erma, 1934 (reimpr. 1971), p. 41.

5. Cfr. KELLER, *De la procedura civile et des actions chez les romains*, tr. Ch. Capmas, París, Ed. E. Thorin, 1870, p. 403; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, ed. Athenaeum, 1918, p. 117; ANDOLINA, *I presupposti* (1968), p. 110 y ss; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961 (Reimpr. 1978), p. 238; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano. Ius, fonti, processo*, Palermo, Ed. Palumbo, 1984, p. 136.

6. Cfr. SCHERILLO, «La bonorum venditio come figura di successio», IURA, 4

que el nuevo régimen pretorio de la *missio in bona rei servandae causa* aparece preordenado a facilitar y asegurar el principio de contradicción, principio que preside todo el proceso civil romano, si bien opera con distinta intensidad en las diversas etapas; mientras que en el procedimiento de las acciones de la ley y en el formulario se exige la presencia física de ambas partes ante el magistrado y su activa participación en el rito procesal, en el procedimiento cognitorio como también ocurre en Derecho actual (donde la contradicción opera como principio informador del proceso civil ⁷) la participación de ambos litigantes no es indispensable, sino que es suficiente con que el demandado haya sido puesto en condición de intervenir en el proceso y asumir su propia defensa, condición que se entiende cumplida con la citación de áquel ⁸. En el procedimiento formulario no es suficiente para evitar la *missio* la presencia física ante el magistrado del *vocatus*, que ya no se relaciona con su participación en el rito solemne sino con la consecución de la *litis contestatio*, sino que era necesario por parte de ambos litigantes el cumplimiento de una concreta actividad procesal indicada en las fuentes con el término *defendere* y que comporta la adhesión del demandado a la *litis contestatio* ⁹. *Sensu contrario* el *se non defendere* se produce al rehusar la participación en la *litis contestatio*:

D.50.17.52. (*ULP. l. XLIV ad ed.*). *Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.*

Aparte la equiparación del latitante al indefenso, se deduce claramente del pasaje de ULPIANO que el *vocatus* presente *in iure* era considerado *indefensus*, no sólo cuando se negaba a participar en el proceso (*negat se defendere*), sino también cuando rehusaba la aceptación del texto de la fórmula propuesta por el actor. Por tanto viene considerado *indefensus*, no sólo el deudor que compareciendo

(1953), p. 208; PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto romano*, 3.^a edic., Torino, Ed. Giappichelli, 1991, p. 366.

7. Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, I, 5.^a edic., Barcelona, Ed. Bosch, 1992, pp. 339 y 458 y ss.

8. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, pp. 5 y ss. y pp. 90 y ss.; GUARINO, *La condanna nei limite del possibile*, 2.^a edic., Napoli, Ed. Jovene, 1978, p. 11 y ss.

9. Vid. D.5.1.63. (*ULP. l.LIX ad ed.*); *lex Rubria de la Gallia Cisalpina c. XXI y XXII*; ARU, *Il processo...*, pp. 41 y ss.

en juicio no hubiese *accipere iudicium* o prestado la *cautio iudicatum solvi* en los casos en que venga establecido, sino también el deudor latitante o ausente cuando nadie intervenga en juicio dispuesto a asumir su defensa ¹⁰; y el representante que, después de prestar la *cautio iudicatum solvi*, hubiese rehusado: *iudicium accipere nomine alieno*.

Todos estos supuestos, que fueron introducidos de forma lenta y progresiva por el pretor a través de su edicto, son igualmente idóneos para promover el *iter* de la *bonorum venditio* y el magistrado autoriza la *missio in bona ex edicto* ¹¹ cuando el deudor se encuentra en alguno de estos casos. Sin embargo, cuando es promovida una *actio in rem*, la *missio in bona* no tiene aplicación frente al demandado *indefensus* presente *in iure*, porque en estos casos nadie está obligado a aceptar el juicio ni a defenderse, sino que la cosa controvertida es transferida (*translatio possessionis*) al actor por medio del *interdictum quem fundum* o *quam hereditatem* ¹². En consecuencia, la falta de asunción del juicio únicamente impide el ejercicio de las *actiones in personam* pero frente al latitante, al ausente o al *vocatus* que no comparece no es posible ejercitar ningún tipo de acción, ni real ni personal; en estos casos, el demandante, que quería ejercitar una acción real, se veía avocado a pedir la *missio in bona*.

En las páginas siguientes nos proponemos el análisis de los textos que aplican el régimen de la *missio in bona* para tutelar las dere-

10. Vid. ARU, *Il processo...*, pp. 55; PROVERA, *Il principio...*, p. 181.

11. En nuestra opinión, el pretor emana el decreto autorizando la puesta en posesión sobre los bienes del deudor sin necesidad de conocimiento prevenido de la causa (*causae cognitio*), lo que viene corroborado por. D.42.5.3.1.3. (*ULP. l.II de omn.trib.*); CICERÓN, *pro Quinct.*, VI.25: ... *Postulat a Burrieno praetore Naevius, ut ex edicto...* y XIX.60: *Attende nunc ex edicto praetoris bona P. Quincti possideri nullo modo potuisse*. CICERÓN, *Ad att.*, VI.1.15: *De bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis quae ex edicto et postulari et fieri solent...*; VAL. PROBO: *Bona ex edicto possideri proscribi venerique iubebo*. Sobre este punto vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a P., «*La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico.*», Madrid, UAM edics.-Mira edits., 2000, pp. 216 y ss.

12. Cfr. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano classico*, I, Napoli, Ed. Jovene, 1935, p. 45 y ss.; MARRONE, *A proposito di perdita dolosa del possesso*, STUDI IN ONORE DI ARNALDO BISCARDI, v.VI, Milano, Ed. La Goliardica, 1987, pp. 206 y ss. PROVERA, *Il principio...*, pp. 136 y ss.

chos reales, pero antes nos detendremos en la exposición somera de los supuestos edictales en que se aplicó dicho régimen.

II. La *missio in bona* se aplicó en hipótesis variadas que fueron recogiendo en el Edicto de forma lenta y progresiva. La lista más antigua de casos de puesta en posesión que se conserva es la recogida por CICERÓN en *Pro Quinctio* XIX.60:

Recita edictum. QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT. Non est is Quinctius; nisi si latitant qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. CUI HERES NON EXSTABIT. Ne is quidem. QUI EXSILI CAUSA SOLUM VERTERIT. Quo tempore existimas oportuisse, Naevi absentem Quinctium defendi aut quo modo? tum, cum postulabas, ut bona possideri?...

Este texto ha hecho pensar¹³ que éstos supuestos eran los únicos casos de *missio in bona* que existían en el año 81 a.C., es decir, que CICERÓN enumeraba completa y taxativamente los casos de *bonorum venditio* que el edicto del Pretor recogía en su época. Sin embargo, el orador habla en varias ocasiones de la ausencia dentro de su discurso¹⁴, y algunos autores del S. XVI y XVII¹⁵ declaran haber visto la

13. Vid. LENEL, *Das Edictum...*, pp. 415; RAMADIER, *Les effets...*, pp. 29 y ss. BIONDI, B., «Recensioni de études d'histoire juridique offertes a P.F. GIRARD», BIDR, 29 (1916), p. 232.

14. CICERÓN, *pro Quinct.*, XIX.61: *Quid aliud sit absentem defendi, ego non intelligo*; XX.62: *Et audes, Sex. Naevi, negare absentem defensum esse Quinctium...*; XX.65: *... probari omnibus necesse est, defensum esse iudicio absentem Quinctium...* XXI.66: *... ne quid atrocius in P. Quinctium absentem sine causa facere conetur... se paratum esse omni recta atque honesta ratione defendere...* XXII.68: *Quid affertur, quare P. Quinctius negetur absens esse defensus?* XXIII.74: *Quis est, qui fraudationis causa latuisse dicat, quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium?* Cfr. FLINIAUX «Les effets de la simple absence dans la procédure de l'ordo iudiciorum privatorum a l'époque de Cicéron (pro Quinctio XIX.60, in verbe II.2.22-26)», ÉTUDES D'HISTOIRE JURIDIQUE OFFERTS À P.F. GIRARD, I, París, Ed. P. Geuthner, 1913 (Reimpr. Aalen, Ed. Scientia, 1981) p. 54 y ss.; COSTA, *Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologna, Ed. Nicola Zanichelli, 1899, p. 13 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso*, I, p. 67.

15. S. XVI, LAMBINUS, *M. Tullii Ciceronis opera omnia quae exstant, a Dionysio Lambino Monstroliensis ex codicibus manuscriptis emendata et aucta*, Parisiis, 1566, p. 11 y HOTOMANUS, *Opera*, t. III, Lyon, 1600, col. 803 (ambos citados por FLINIAUX *Les effets de la simple absence...*, p. 53, núm.1) y HOTOMANUS en el S. XVII *In omnes M. T. Ciceronis orationes selecta commentaria nota scholia*, Coloniae

cláusula *QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT* en manuscritos antiguos, hoy perdidos. Por estos motivos, es posible –como afirma un sector doctrinal¹⁶– que se recogiese un cuarto edicto que iría después de «*verterit*»: *qui absens iudicio defensus non fuerit* y que no estaba recogido en el texto debido al error de un copista¹⁶, integrando el final del texto de CICERÓN de la manera siguiente: ...¹⁷ *QUI EXILII CAUSA SOLUM VERTERIT. Dicit id non potest. QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT. Quo tempore existimas....*

Por su parte, GAYO, en sus *Instituta*, recoge las hipótesis en las que después de la *missio in bona* se llevaba a cabo la *bonorum venditio*:

III.78: *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum velut eorum qui fraudationis causa latitant nec absen-*

Agripp., 1621, p. 1-47 (citado por COSTA «Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone», ed. Nicola Zanichelli, 1899, p. 3, nota 1.). Cfr. LENEL, *Das Edictum...*, p. 415, nota. 13; SOLAZZI, *Il concorso...*, I, p. 68.

16. KELLER, *De iure causae Quinctianae nei Semestr. ad M. Tull., Cic. libri sex*, Turici, 1842; BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn, 1865, p. 560; LENEL, *Das Edictum...*, p. 415; FLINIAUX, *Les effets de la simple absence...*, pp. 51 y 56; RAMADIER, *Les effets...*, pp. 29 y ss; ROTONDI, «*Bonorum venditio (Lineamenti)*», Per il XIV centenario della codificazione giustiniana, Milano, Ed. Fratelli Bocca, 1938, p. 121 [= s.v. *Bonorum venditio*, Enciclopedia giuridica italiana, v.II/1, Milano, 1911]; ARU, *Il processo...*, pp. 46 y ss.; SOLAZZI, *Il concorso...*, I, p. 66.

En contra BIONDI, [«Recensioni de études d'histoire juridique offerts a P.F. GIRARD», BIDR, 29 (1916) p. 232] opina que en época de CICERÓN no existía el edicto general: *qui absens iudicio defensus non fuerit* y se basa en el propio CICERÓN *pro Quinct.* XXVIII.86 que sólo menciona al *latitans* y al *exilii causa*: *Ex edicto autem non potuisse bona possideri demonstravi, quod neque fraudandi causa latitasset neque exsili causa solum vertisse diceretur*. Por su parte, FILOMUSI GUELFI, *Il processo contumaciale nel diritto romano*, Napoli, 1873, p. 25, basándose en que la cláusula se expresa en tiempo pasado y que recoge el término *iudicium*, estima que se refiere a la obligación de aceptación del proceso, es decir al *vadimonium desertum*.

17. FLINIAUX, [*Les effets de la simple absence...*, p. 59] seguido por SOLAZZI [*Il concorso...*, I, p. 66] reconstruye el final del texto, por analogía con el caso recogido en CICERÓN, *pro Tullio*, XX. 48: *Mum quem tribunum plebis servi Tullii pulsaverunt? Non opinor. Num furatum domum P. Favii noctu venerunt? Ne id quidem. Num luce furatum venerunt et se telo defenderunt? Dicit non potest.*

tes defenduntur; item eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. Mortuorum bona veneunt velut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.

El jurista, después de distinguir los casos de venta de bienes de una persona viva de aquélla de los bienes de un difunto, recoge entre las primeras los supuestos del que se oculta fraudulentamente, del ausente indefenso, el caso del que ha hecho la *cessio bonorum* después de la *lex Iulia* y el del *iudicatus*; entre los segundos sólo recoge el caso del difunto sin herederos, sin *bonorum possessor* y sin ningún otro heredero legítimo¹⁸. El elenco gayano no es completo como lo pone de manifiesto el término «*velut*» que precede a las dos enumeraciones en los bienes de un vivo y en los bienes de un difunto.

La lista más reciente de casos en que el pretor concede la *missio in bona* es la del Edicto de Juliano, que según la reconstrucción de LENEL¹⁹, comprende un caso en el título V: «*De in ius vocando*» frente al *vocatus*, que habiendo presentado un *vindex*, llegado el día no se presenta *in iure* ni se defiende y ocho casos en el Tít. XXXVIII del Edicto, bajo la rúbrica «*Quibus ex causis in possessionem eatur*», recogiendo los siguientes supuestos de *missio in bona* seguida o no de venta²⁰:

18. Esta última referencia al heredero legítimo se refería al *bonorum sector* según SCHERILLO «La bonorum venditio come figura di successio», *IURA*, 4 (1953) p. 207 y al *populus* según CARRELLI, *Per una ipotesi sull'origini della bonorum venditio*, *SDHI*, 4 (1938), p. 449, núm. 51. *Vid.* D.49.14.1.1.

19. LENEL, *Das Edictum...*, pp. 413 y ss.

20. Hay casos en los que no se aplicaba el procedimiento de la *bonorum venditio*, limitándose el pretor a conceder la *missio in bona*. Estos supuestos son los siguientes: 1.º Cuando el demandado era un *pupillus* del que no se asume su defensa (D.42.4.3.pr. *ULP. l.LIX ad ed.*), pues en caso contrario la *missio* cesa (D.42.4.5.2. *ULP. l.LIX ad ed.*), 2.º El caso del *absens rei publicae causa sine dolo malo* (D.42.4.6.1. *PAUL. l.LVII ad ed.*); 3.º Acaso, por interpretación jurisprudencial, el supuesto del que *ab hostibus captus est* (D.42.4.6.2. *PAUL. l.LVII ad ed.* y D.42.5.39.1. *PAUL. l.V sententiarum*). A la venta sólo podía procederse después de que llegase a la pubertad o después de su retorno respectivamente; 4.º *Si diu incertum sit, heres extaturus nec ne sit* (D.42.4.8. *ULP. l.LX ad ed.*). *Vid.* ROTONDI, *Bonorum venditio...*, p. 124; ARU, *Il processo...*, pp. 48-49; SOLAZZI, *Il concorso...*, II, pp. 61 y 71; Íd., «In tema di bonorum venditio» *IURA*,

- 1.º *Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensus non fuerit.*
- 2.º *Qui ex lege Iulia bona cesserit.*
- 3.º *Quod cum pupilo contractum erit, si eo nomine non defendetur.*
- 4.º *Qui fraudationis causa latitabit.*
- 5.º *Qui absens iudicio defensus non fuerit.*
- 6.º *Cui heres non extabit.*
- 7.º *Si heres suspectus non satisdabit.*
- 8.º *Qui capitali crimine damnatus erit.*

La doctrina no es unánime en relación con la redacción de algunas de estas cláusulas edictales y en general, se discute cuál fue el primer supuesto al que se aplicó la *bonorum venditio* y cuál fue el orden de colocación de aquéllos supuestos dentro del Edicto perpetuo. Si tomamos en cuenta, tanto el texto de GAYO como las reconstrucciones de LENEL y SOLAZZI²¹, observamos que se colocan siempre en primer lugar las *missiones in possessionem* de los bienes de un vivo y después las de los bienes del difunto, pero estos supuestos no están ordenados cronológicamente puesto que en todos los casos viene recogida antes la cláusula introducida por la *lex Iulia de cessione bonorum* de época de César²² o de Augusto²³ –según la opinión

6 (1955), p. 89 [=Scritti di Siro SOLAZZI, V (1947-1956), p. 609 y ss]; VOICI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata...*; PUGLIESE, G., *Istituzioni...*, p. 332.

21. SOLAZZI reconstruye este título de la siguiente manera: 1.º *Qui contraxerit, si ita ut oportet non defendetur*; 2.º *Qui fraudationis causa latitabit*; 3.º *Qui absens iudicio defensus non fuerit*; 4.º *Qui ex lege Iulia bona cesserit*; 5.º *Qui iudicatus prove iudicatus erit*; 6.º *Cui heres non extabit*; 7.º *Si heres suspectus non satisdabit*; 8.º *Qui capitali crimine damnatus erit*. A estas causas prevista en el título *Quibus ex causis in possessionem eatur* se añade: 9.º *Qui se alieno iuri subicierit, si defensus non fuerit*, recogida en el título *De restitutionibus*. Vid. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori...*, I, p. 111. Para SCHERILLO [*La bonorum venditio...*, p. 207] esta reconstrucción es preferible a la de LENEL. Cfr. ROTONDI, «*Bonorum venditio...*, pp. 119 y ss.

22. A pesar de que GAYO 3.78, el CTh.4.20.1 y C.7.71.4. (*Imp. Diocl.*) relacionan la *condemnatio* limitada del *bonis cedens* con una *lex Iulia*, GIUFFRÈ [«La c.d. *Lex Iulia de bonis cedendis*», LABEO, 18 (1972) p. 173 y ss.] ha sostenido recientemente que la *cessio bonorum* fue introducida en época de César y por creación pretoria, no legislativa.

23. La mayoría de la doctrina sostiene que esta ley es de creación augustea, Vid. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1922, (Reimpr. Hildesheim,

que preferimos²⁴– y después la cláusula *cui heres non extabit* que debe ser bastante más antigua y que ya recogía CICERÓN en *pro Quinctio* XIX.60. En este sentido, parece lógico que JULIANO siguiese un orden racional en la exposición de estas cláusulas, como ya hiciera GAYO, recogiendo en primer lugar los casos de *bonorum venditio* en los bienes de un vivo y después los casos de venta de los bienes de un difunto; sin embargo, el antiguo Edicto recogido por CICERÓN²⁵, no sigue orden lógico alguno, por lo que nos parece probable que estos supuestos fueran colocados uno detrás de otro por orden cronológico de aparición²⁶.

- *Qui fraudationis causa latitarit.*
- *Cui heres non extabit.*
- *Qui exsilii causa solum verterit.*
- *Qui absens iudicio defensus non fuerit.*

En cuanto a las otras cuatro cláusulas recogidas por el Edicto de Juliano dos son fáciles de datar:

1966), p. 451; BERGER, *Bonam copiam iurare*, STUDI IN ONORE DI VICENZO ARANGIO-RUIZ, II, Napoli, Ed. Jovene, 1945, p. 129; SOLAZZI, *Il concorso...*, IV, pp. 133 y ss.; PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 334; GUARINO, *La condanna nei limite...*, p. 38; MARRONE, «Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae», STUDI IN ONORE DI ANDREA ARENA, v. III, Padova, Ed. Cedam, 1981, p. 1314, núm. 4; PAKTER, «The mystery of cessio bonorum» INDEX. Omaggio a Peter STEIN, 22 (1994), p. 326.

Algunos autores opinan que esta ley es probablemente un capítulo de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* de Augusto, así ROTONDI, «*Bonorum venditio...*», p. 116; D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 1968, p. 119.

24. En nuestra opinión es más verosímil que la ley sea de época augustea, lo que viene corroborado por dos motivos: En primer lugar, por el hecho de que todas las referencias a la *cessio bonorum* que se conservan se recogen tanto en fuentes literarias (*Vid.* OVIDIO, *Her.*, 9.110; QUINTILIANO, *Inst. or.*, 6.1.19.) como jurídicas (el primer jurista que hace referencia a la *cessio bonorum* es SABINO. *vid.* D.42.3.4.1.) contemporáneas o posteriores al reinado de Augusto. En segundo lugar, nos parece definitivo el hecho –señalado ya por BIONDI (NNDI, *s.v. Cessio bonorum*, Torino, 1967, p.137)– de que el Edicto del Prefecto de Egipto Tit. Iul. Alex. del año 68 d.C.24 menciona expresamente la *voluntas divi Augusti*.

25. CICERÓN, *pro Quinct.*, XIX.60.

26. En este sentido, expresamente FLINIAUX, *Les effets de la simple absence...*, pp. 56 y ss.; RAMADIER, *Les effets...*, pp. 30 y ss.

– *Qui iudicatus prove iudicato erit quive ita ut oportet defensus non erit*: Este supuesto habría aparecido ²⁷ entre el año 81 a.C., fecha de la *oratio* ciceroniana que no recoge este supuesto, y el 49 a.C., fecha en la que la *Lex Rubria de la Gallia Cisalpina* ya lo recoge en el c. 22: «*iudicium det itaque iudicare iubeat*» ²⁸.

– *Qui ex lege Iulia bona cesserit*: Supuesto al que empezó a aplicarse desde una *lex Iulia* de época de Augusto ²⁹.

– En cuanto a los otros dos supuestos recogidos por el Edicto Juliano, *Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur* y *Si heres suspectus non satisfacit*, RAMADIER ³⁰ opina que no hay índice alguno en las fuentes para poder datar su aparición. Sin embargo, al menos con respecto al supuesto del pupilo, existe un indicio en un texto de *ULPIANUS l.LIX ad ed. D. 42.4.7.pr.*, que refiriéndose a este caso, cita una opinión de *FULCINIUS*, jurista de mitad del s. I a.C. ³¹.

La opinión más difundida ³², corroborada por el texto de CICE-RÓN que recoge en primer lugar el caso del latitante, es que la *bonorum venditio* nace como forma subsidiaria a la ejecución personal,

27. Cfr. RAMADIER, *Les effets...*, p. 30.

28. La doctrina data la aparición de este supuesto en fechas muy dispares: Así, CANNATA [*Profilo istituzionale del processo privato. Il processo formulare*, II, Torino, ed. Giappichelli, 1982, p. 188, núm.7] afirma que el empleo de la *bonorum venditio* como procedimiento ejecutivo es una extensión que se produce en el último período republicano. De forma más general, CERVENCA se limita a decir que se comenzaría a aplicar al *iudicatus* a partir del S.I a.C. *Il processo privato romano. Le fonti*, Bologna, Ed. Patron, 1983, p. 127, núm. 2. Para GIUFFRÈ la fecha más probable es la segunda mitad del S.II a. C. «Sull'origine della bonorum venditio come esecuzione patrimoniale», *LABEO*, 39 (1993) 3, p. 348, nota 110.

29. Vid. *Supra*, p. 116, n. 24.

30. RAMADIER, *Les effets...*, p. 30.

31. Vid. KIPP, *Geschichte der Quellen*, 3.^a edic., 1909, p. 120.

32. Vid. SERAFINI, E., *Della revoca degli tai fraudolenti*, I, Pisa, 1887, p. 66 y ss; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6.^a edic., París, 1918, p. 1064; RAMADIER, *Les effets...*, p. 31; COSTA, *Profilo storico...*, p. 93; DONATUTI, «Voci dal Nuovo Digesto Italiano: Bonorum possessio, Cessio bonorum, Bonorum venditio», *STUDI DONATUTI*, v. II, Milano, 1977, p. 1023; ARMUZZI, «Il magister ed il curator de la bonorum venditio (Contributo allo studio del concorso nel diritto romano)», *AG*, 72 (1904) 1, p. 481; ROTONDI, «*Bonorum venditio...*», pp. 102 y 119.

comenzando a aplicarse en los casos en que el deudor impidiese la ejecución sobre su persona huyendo y ocultándose para no acudir ante el magistrado («*qui fraudationis causa latitabat*»), y de ahí se extendería a todas las demás hipótesis recogidas en el Edicto ³³.

III. El régimen de la *missio in bona*, en relación con el ejercicio de las acciones *in rem*, continúa estando dirigido a garantizar el principio de contradicción. Sin embargo, es de advertir que, en relación con la *indefensio*, hay una radical diferencia entre la posición procesal del demandado a través de una *actio in personam* y la del demandado con una *actio in rem*, en el primer caso aquél sufría inevitablemente la *ductio* y la *missio in bona* que opera como sanción a la obligación de *accipere iudicium*, en el segundo caso, la falta de adhesión a la *litis contestatio* no comporta ninguna sanción, el poseedor o detentador de la cosa no contrae responsabilidad alguna si el *rem non defendere* se traduce en el abandono de la cosa litigiosa. En este sentido, estimamos con PROVERA ³⁴, que los medios procesales que producen la *traslatio possessionis* no operan como sanción a la indefensión del demandado, sino que tienden a castigar el comportamiento de quien, a pesar de la *indefensio*, pretendía conservar la posesión de la *res* litigiosa. Por tanto, mientras que frente al ejercicio de una acción real nadie está obligado a defenderse, sino que la posesión de la cosa es transferida al actor a través del *interdictum quem fundum* o de la *actio ad exhibendum*, frente al latitante, al ausente o al *in ius vocatus* que no comparece ante el magistrado ³⁵ no es posible ejercitar ningún tipo de acción, ni real ni personal, por

33. En este sentido, GIUNTI [«*Ius controversum e separatio bonorum*», Cagliari, Ed. AV, 1993, p. 57, núm. 18] sostiene que debió aplicarse por primera vez al deudor vivo, concretamente al caso del *indefensus*, de ahí se extendería al caso del latitante y del *absens iudicio defensus non fuerit*.

34. PROVERA, *Il principio...*, pp. 171 y ss.

35. El *in ius vocatus* está obligado a comparecer ante el magistrado (aunque puede liberarse presentando un *vindex*); si no comparece, el demandante cuenta con varias vías para hacer respetar esta obligación, como son: 1.º Solicitar una *missio in bona* frente al *vocatus* que habiendo presentado un *vindex*, llegado el día no se presenta *in iure* ni es defendido; 2.º Una *actio in factum* frente a aquél que, citado ante el pretor, ni acude ni presenta un *vindex* (GAYO IV.46); 3.º Una *actio in factum* frente al *vindex* que llegado el día no exhibía al *vocatus* (D.2.8.4 PAUL. l.IV ad ed.); 4.º Una *actio in factum* frente a terceros que impidían por la fuerza la comparecencia del *vocatus* (2.7.5.pr. ULP. l.V ad ed.). Para el estudio más profundo de estos medios directos a asegurar la comparecencia del demandado *vid.* PUGLIESE, «*Les voies de recours sanctionnant l'in ius vocatio*»,

este motivo, en estos supuestos, el edicto del pretor autoriza la *missio in bona* de los bienes del demandado.

Por consiguiente, para el caso del *vocatus* que habiendo presentado un *vindex*, llegado el día no se presenta *in: iure* ni se defiende³⁶, el título V «De in ius vocando» del edicto del pretor contiene la promesa de una *missio in hora*. La cláusula edictal está recogida por ULPIANO:

D.42.4.2.pr. (ULP. l.V ad ed.). Praetor ait: '*in bona eius, qui [iudicio sistendi causa fideiussorem] «vindicem»³⁷ dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur³⁸, iri iubebo.*

Esta *missio in bona* no está seguida de la venta de los bienes del citado, porque éste no tiene la obligación de seguir inmediatamente al *vocans*, sino que puede liberarse de tal obligación presentando un *vindex*³⁹. Para evitar esta medida, el edicto establece que aquél que ha dado un *vindex* debe ponerse a disposición del adversario (*potestatem sui facere*), en otro caso, y cuando el *vocatus* no fuese defendido (*neque defenderetur*) el pretor otorgaba la *missio in bona* evitándole al demandante la carga de buscar de nuevo al demandado⁴⁰.

Igualmente, se procede a la *missio in bona* y consiguiente venta de los bienes frente a aquél que voluntariamente se sustrae a la búsqueda del demandante a través de una *actio in rem: Qui fraudationis causa latitabit*⁴¹.

RIDA, 3 (1949), p. 249 y ss.; BUTI, *Il praetor e la formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, Ed. Jovene, 1984, pp. 385 y ss.

36. LENEL, *Das Edictum...*, p. 72.

37. Vid. LENEL, *Das Edictum...* p. 72.

38. MONNSEN en la edición del Digesto corrige este término por *defendetur*. Igualmente, LENEL, *Das Edictum...*, p. 72; PUGLIESE, *Les voies...*, p. 273.

39. Vid. PUGLIESE, *Les voies...*, p. 272; PROVERA, *Il principio...*, p. 88, núm. 7.

40. PUGLIESE, *Les voies...*, p. 275

41. Esta cláusula ya se recogía en el Edicto en tiempos de CICERÓN (*pro Quinct.*, XIX.60). Vid. GAYO III.78; D.42.5.31.3. (ULP. l.II de omn. trib.). Cfr. LENEL, «*Das Edictum... cit.*», p. 415; ARU, *Il processo...*, p. 50; SOLAZZI, *Il concorso...*, I, pp. 58 y ss.; VOCI, EDD, s.v. *Esecuzione forzata...*; PROVERA, *Il principio...*, p. 87.

La cláusula edictal que recoge este supuesto viene transmitida por ULPIANO en D.42.4.7.1:

ULP. l.LIX ad ed. Praetor ait: «Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo».

El mismo jurista explica qué debe entenderse por *latitatio* en D.42.4.7.8: *Latitare autem est cum tractu aliquo latere, quemadmodum factitare frequenter facere*. Es latitante quien se sustrae a la búsqueda del acreedor, y por tanto, de la posibilidad de ser *vocatus*, ya sea porque, viviendo en Roma, se oculte, ya sea porque huya de la ciudad para defraudar a sus acreedores⁴². Por tanto, no importa el lugar donde aquél se encuentre, pero es necesario: 1.º un elemento subjetivo, el *animus latitans* o intención de defraudar a los acreedores⁴³ porque el hecho de ocultarse –dice ULPIANO⁴⁴– puede ocurrir sin una *turpis causa* como para escapar de la persecución de un tirano, de la violencia de los enemigos o de la guerra civil y 2.º un elemento objetivo: que el deudor no sea defendido *boni viri arbitrato*⁴⁵.

El otro caso, muy discutido por la doctrina, es el del *absens indefensus*⁴⁶: *Qui absens iudicio defensus non fuerit*. Esta causa de *bonorum venditio* estaba recogida ya en el Edicto del pretor en época de CICERÓN⁴⁷.

42. Vid. D.42.4.7.13 (*ULP. l.LIX ad ed.*) y D.42.5.36. (*ULP. l.XLV ad Sab.*) donde el jurista informa que tanto se oculta el que huye de la ciudad para defraudar como el que viviendo en Roma no se deja ver, e igualmente el que se oculta en casa e impide la *in ius vocatio* D. 2.4.18 (*GAI. l.I ad leg. XII tab.*) y D.2.4.19 (*PAUL. l.I ad ed.*). Cfr. ROTONDI, *Bonorum venditio...*, p. 119; SOLAZZI, *Il concorso...*, I, pp. 58 y ss.

43. Vid. D.42.4.7.2-7 *ULPIANUS, l. LIX ad ed.*

44. ULPIANO afirma en D.42.4.7.4 que el hecho de esconderse puede ser por otros motivos honestos: *potest enim quis latitare non turpi de causa, veluti qui tyranni crudelitatem timet aut vim hostium aut domesticas seditiones*.

45. *ULP. D.42.4.7.1*

46. Vid. *Lex Iulia municipalis*, ll. 116 y ss.; GAYO 3.78; CICERÓN, *pro Quinct.*, 19.60 y 17.54, D. 42.4.6.1.; D.42.4.7.17; D.43.29.3.14; C.2.50.4 (año 236).

47. CICERÓN, *pro Quinct.*, XIX.60. Autores del s.XVI y XVII declaran la existencia de la cláusula edictal «*Qui absens iudicio defensus non fuerit*». Vid. *Supra* p. 4, nota 16.

Se plantea la cuestión previa de fijar qué casos abarca este supuesto. Un sector doctrinal ⁴⁸—según la aparición que preferimos— lo limita al caso del que, no dejando procurador o no siendo defendido por un gestor ⁴⁹, se encuentra lejos de Roma o del lugar en el que tiene su sede el órgano jurisdiccional competente ante el que debe ser demandado. Otro grupo de autores ⁵⁰ sostiene que este supuesto se refiere en general al caso de ausencia *in iure* (excluyendo a los latitantes), no sólo por estar fuera de Roma, sino también, cuando hallándose en Roma, no se hubiera presentado ante el Tribunal después de producirse la *in ius vocatio*. Sin embargo, frente a esta segunda postura, advertimos que, una vez realizada la *in ius vocatio*, esta cláusula edictal no tiene aplicación porque el Edicto preveía para el caso del *vocatus neque venerit neque vindicem dederit una actio in factum* y para el caso del *vocatus* que hubiese dado un *vindex* y no hubiera comparecido, una *missio in bona* pero no seguida de venta ⁵¹.

Se discute si la simple ausencia *sine defensione* podía legitimar un procedimiento de tanta gravedad como la venta en subasta. La doctrina más antigua ⁵², anterior al descubrimiento del manuscrito veronés, afirma que la *missio* por causa de ausencia no conlleva, al contrario que la *latitatio*, la venta de los bienes del ausente.

47. Se basan especialmente en D.50.16.173.1. (*ULP. l.XXXIX ad Sabinum*); D.3.385. (*ULP. l.VII ad ed.*); D.3.3.6. (*PAUL. l.VI ad ed.*) Vid. DERNGURG, *Ueber die emtio bonorum*, Heidelberg, 1850, p. 56; BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess...*, p. 560; FLINIAUX, *Les effets de la simple absence...*, I, pp. 46 y 59; ROTONDI, *La bonorum venditio...*, p. 120; PROVERA, *Il principio...*, p. 87.

49. D.3.5.1. (*ULP. l.X ad ed.*)

50. Sobre la base de D.39.2.4.5. (*ULP. l.I ad ed.*); D.40.5.51.5. (*MARCIANUS l.IX Instit.*) y D.50.16.199. (*ULP. l.VIII de omn. tribun.*) Vid. FILOMUSI-GUELF, *Il processo civile contumaciale...*, p. 24; SOLAZZI, «L'editto `qui absens iudicio defensio non fuerit», Studi SIMONCELLI, Napoli, 1917, pp. 411 y ss; Íd., *Il concorso...*, I, pp. 69 y ss.; BIONDI, *Recensioni de études d'histoire...*, pp. 232 y ss.; LENEL, *Das Edictum...*, p. 415; PUGLIESE, *Il processo civile. Il processo formulare*, v.II/1, Milano, Ed. Giuffrè, 1963, p. 376.

51. La cláusula edictal está recogida por ULPIANO, *l.V ad ed.*, D. 42.4.2.pr.

52. Los autores más antiguos afirman que la *missio* por causa de ausencia no autorizaba la venta de los bienes: CUJACIO, *Opera*, Ed. Prati, 1837, v.III, p. 286; DONELLO, «*Commentar. de iure civile*», 23.13. Entre los autores posteriores al descubrimiento del manuscrito veronés: DERNGURG, *Ueber die emtio...*, p. 58, núm.5; FILOMUSI GUELF, *Il processo civile...*, p. 25; MAYNZ, *Cours de droit*, I, 5.^a edic., Bruxelles, 1891, p. 543, núm. 47; SCIALOJA, *Procedura...*, p. 324.

Sin embargo la doctrina mayoritaria ⁵³ admite la *bonorum venditio* contra los ausentes, basándose principalmente en los siguientes textos: GAYO III.78; CICERÓN, *pro Quinct.*, XIX.60; D.42.4.6.1. (PAUL. *l. LVII ad ed.*); D.42.4.13. (PAPIN. *l. XIV responsorum*); C.2.50.4 (año 236).

GAYO III.78: *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum veluti eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur...*

El texto de GAYO admite dos interpretaciones diferentes: Mientras que los partidarios ⁵⁴ de que sólo el latitante sufre la *bonorum venditio* interpretan las palabras «*nec absentes defenduntur*» como una cláusula condicional del edicto contra el latitante, equivalente a la expresión: «*Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur*». Otros autores ⁵⁵ mantienen que son dos cláusulas independientes y que desde la aparición del manuscrito veronés en 1816 ⁵⁶ no cabe plantearse dudas sobre la posibilidad de venta de los bienes del ausente. Esta opinión viene corroborada por un texto de ULPIANO, D. 42.4.7.17, extraído del libro 59 de los Comentarios al Edicto, donde el jurista trata de estas cláusulas edictales de forma independiente ⁵⁷.

53. LENEL, *Das Edictum...*, p. 421; FLINIAUX, *Les effets de la simple absence...*, p. 59; SOLAZZI, *L'editto 'qui absens...*, pp. 415 y ss.; ROTONDI, *Bonorum venditio...*, p. 123; VOCI, EDD, *s.v. Esecuzione forzata...*, p. 425; PROVERA, *Il principio...*, pp. 88 y ss.; ARU, *Il processo civile...*, pp. 47 y ss.

54. Vid. HARTMANN, *Ueber das römische Contumacialverfahren*, Göttingen, 1851, parágr. 8; FILOMUSI GUELFU, *Il processo civile...*, p. 26, núm.13; ROBY, *Roman private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, v.II, Cambridge, 1902 (Reimpr. Darmstadt, Ed. Scientia Verlag, Aalen, 1975), pp. 471 y ss., al que se ha adherido WENGER, «*Litteratur Henry J. Roby, 'Essays on the law of Cicero's Private Orations'*, Cambridge, 1902», ZSS, 22 (1914), pp. 469 y ss.

55. BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess...*, v.II, pp. 560 y ss.; PUCHTA, *Istitutio-nem*, I, parágr. 160; COSTA, *Le orazioni...*, pp. 20 y ss.; Íd., *Profilo storico...*, p. 95, núm.1; ROTONDI, *Bonorum venditio...*, pp. 121 y ss.; SOLAZZI, *L'editto 'qui absens...*, p. 413; ARU, *Il processo...*, p. 49.

56. Año en que fue hallado por NIEBUHR en la Biblioteca Capitular de Verona un manuscrito casi incorrupto del jurista clásico.

57. Vid. D.42.4.7.17. (ULP. *l. LIX ad ed.*) donde se habla de estas cláusulas edictales de forma independiente. Sobre la existencia de la cláusula *qui absens iudicio defensus non fuerit* desde época de CICERÓN vid. *supra* apartado II.

Mucho más claro, a favor de la tesis que sostiene que el ausente indefenso que ha sufrido la *missio in bona* puede sufrir la venta de sus bienes después de transcurridos los plazos establecidos, es un texto de PAULO D.42.4.6.1:

Cum dicitur: «et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli es eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit», intelligimus eius, qui dolo malo afuerit, posse venire.

En nuestra opinión no hay duda de que la ausencia *sine defensione* estaba recogida en el Edicto entre las causas de venta del patrimonio del deudor, de lo contrario no se entendería el texto de PAULO, donde el pretor prohíbe expresamente la venta de los bienes del pupilo y del *absens rei publicae causa sine dolo malo*⁵⁸, que es la misma excepción que se recoge en la *lex Iulia municipalis municipalis* y en una Constitución del emperador GORDIANO del año 239 d.C.:

l.116 y ss: *praeterquam sei quouis quom pupillus esset reive publicae caussa abesset neque dolo malo fecit fecerit, quo magis rei publicae causa abesset...*

C.2.50.4: (Imp. Gordianus A. Mestriano).- *Ignorare non debes eorum, qui rei prublicae causa sine dolo malo absunt, si absentes boni viri arbitrato non defenduntur, bona tantum consideri, venditionem autem in id tempus differri, quo rei publicae causa abesse desierint.*

Estos textos afirman que los bienes de los que sin dolo malo están ausentes por causa de la república son únicamente poseídos, no vendidos, por lo que, *sensu contrario*, entendemos que pueden venderse los bienes del ausente con dolo malo.

Por tanto, el recurso de la *venditio* contra los ausentes tuvo aplicación desde el momento en que este edicto fue emanado, antes del año 81 a.C. (fecha de la *oratio pro Quinctio* que lo recoge).

Algunos autores⁵⁹ afirman que este supuesto fue suprimido del

58. Cfr. PROVERA, *Il principio...*, p. 88; ARU, *Il processo...*, p. 49.

59. SOLAZZI, *L'editto `qui absens...*, p. 413; Íd., *Il concorso...*, I, pp. 77 y ss.; PROVERA, *Il principio...*, pp. 133-134.

Corpus Iuris por los Compiladores, lo que explicaría porqué las *Pandectas* no reproducen la cláusula edictal: «*qui absens iudicio defensus non fuerit*». Por su parte, ARU⁶⁰ sostiene que si bien los ausentes indefensos sufrían en principio la venta de los bienes, esta práctica cayó pronto en desuso por el desarrollo de ciertas instituciones pretorias (la *in integrum restitutio*⁶¹ y la *negotiorum gestio*⁶²) animadas por un *favor absentia*, de tal modo, que en época clásica sólo el latitante sufría la *bonorum venditio*.

IV. Frente al latitante, al ausente o al citado que no comparece ante el magistrado no es posible ejercitar ningún tipo de acción, ni real ni personal. En el caso del *vocatus* el Edicto recoge varios remedios directos a asegurar la comparecencia del mismo ante el magistrado⁶³ y en el caso del que se oculta y del ausente el demandante se veía obligado a pedir la *missio in bona* que podía ser autorizada tanto por créditos como por *petitiones*⁶⁴, lo que viene confirmado expresamente por ULPIANO en D.43.4.1.5:

ULPIANUS [l.LXXII ad ed.] <l.LXII ad ed.> 65. ... proinde si ob falsum creditum vel of falsam petitionem missus est in posses-

60. ARU, *Il processo...*, pp. 47 y ss.

61. *Vid.* D.4.6.1.1. (*ULP. l.XII ad ed.*)

62. *Vid.* D.3.5.1. (*ULP. l.X ad ed.*)

63. *Vid. supra* p. 119, nota 34.

64. Este vocablo hace referencia a las acciones reales, *vid.* D.50.16.178.2 (*ULP. l. XLIX ad Sab*). ORESTANO, NDI, *s.v. persecutio*; SOLAZZI, *Il concorso...*, I, p. 128, núm.2.

65. Si bien la *inscriptio* del texto hace referencia al libro LXXII de los Comentarios al Edicto de ULPIANO, LENEL [*Palingenesia...*, II (Ulp. 1418), col. 790, núm. 2; *Das Edictum...*, p. 424, nota 11] opina que es producto del error de un copista y que el texto realmente pertenecía al libro LXII de la misma obra del jurista pues estima que el fr. 1 de D.43.4. debía referirse a la misma materia que el fragmento siguiente que proviene del l.LIX *ad edictum* de PAULO relativo al trámite concursal. La doctrina admite mayoritariamente la corrección de LENEL, *vid.* entre otros, MONNSEN *ad leg.* en la edición del Digesto; RAMADIER, *Les effets...*, p. 74, núm. 2; SOLAZZI, *Il concorso...*, I, p. 25, núm. 2 y p. 163, núm.2; BERETTA, «L'annualità delle azioni pretorie nel diritto romano clásico», *RISG*, 3 (1949), p. 324; WESSENER, *Actiones ad exemplum*, *ZSS*, 75 (1958), p. 233; BETANCOURT, *La defensa pretoria del missus in possessionem*, *AHDE*, 52 (1992), pp. 373 y ss. Igualmente, admite esta corrección D'ORS, X. [*El interdicto fraudatorio en Derecho romano clásico*, Pamplona, 1974, pp. 98 y 99, núm. 8] pero señala que también cabría pensar en una atracción del texto a esta sede

sionem vel si exceptione summoverti potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est.

El régimen edictal aplicable a las acciones personales (*missio in bona* y consiguiente venta de los bienes) se aplicó también frente al que se oculta o está ausente cuando es demandado a través de una *actio in rem* ⁶⁶. Aunque la concesión de la *missio in bona* para la tutela de las acciones reales no fue un tema pacífico entre los juristas clásicos; así ULPIANO, siguiendo la opinión de NERACIO ⁶⁷ ratificada por un rescripto de ADRIANO, aconseja la *missio in bona* y la consiguiente venta de los bienes, mientras que CELSO y JULIANO, ambos contemporáneos de NERACIO y todos pertenecientes al *consilium imperiale* de ADRIANO, aconsejan un remedio más cómodo y rápido, la *missio in rem* de la cosa controvertida.

En relación con el latitante, ULPIANO afirma que se pueden poseer y vender los bienes del que se oculta respecto de aquél que tiene acción real:

D.42.4.7.16 (*ULP. l.LIX ad ed.*). *Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet, an bona eius possideri venumque dari possint. extat Neratii sententia existimantis bona esse vendenda: et hoc rescripto Hadriani continetur, quo iure utimur* ⁶⁸.

por la reordenación del Edicto por Juliano. En todo caso, hemos de advertir, como ha visto BETANCOURT [«La defensa pretoria...», p. 463, núm. 211], que si conservamos la *inscriptio* actual como proveniente del libro LXXII *ad edictum* de ULPIANO, entonces la *actio in factum* a la que hace referencia el pasaje estaría situada al final del libro XLIII del Edicto perpetuo, donde encontramos acciones complementarias a interdictos.

66. *Vid.* en este sentido RICCOBONO, *Studi critici...*, p. 194; MURGA, *Derecho romano privado II. El proceso*, Zaragoza, 1980, pp. 254 y ss.; MARRONE, «A proposito di perdita dolosa del possesso», *STUDI IN ONORE DI ARNALDO BISCARDI*, IV, Milano, Ed. La Goliardica, 1987, p. 206 y 207.

67. NERACIO fue consejero imperial en época de Trajano y después formó parte del *consilium* de Adriano. *Vid.* SCARANO USSANI, «Ermeneutica, diritto e valori in L. NERAZIO PRISCO», *LABEO*, 23 (1977), p. 197., núm.136.

68. En contra de este texto, que ha sido considerado genuino por la mayoría de la doctrina, LEPRI opina que para las acciones reales los clásicos recogían la *missio in bona* pero no conocieron la *bonorum venditio*, que habría sido extendida por los compiladores al latitante. Por tanto en congruencia con su

Para ULPIANO el procedimiento en caso de *latitatio* era para las acciones reales idéntico a las acciones personales. Si bien el pasaje se refiere únicamente al que se oculta fraudulentamente, la misma solución debió ser aplicada al ausente, lo que, como veremos, viene confirmado *a contrario* por el fragmento siguiente:

D.42.4.7.17 (ULP. l.LIX ad ed.). *Celsus autem Sexto respondit, si fundum, quem petere volo, Titius possideat neque absens defendatur, commodius se existimare in fundi possessionem mittendum quam bona eius possideri.*[hoc adnotandum est Celsum consultum non de latitante, sed de absente] ⁶⁹.

En este texto, el propio ULPIANO, prosiguiendo con su comentario, refiere la opinión contraria de CELSO, que aconseja, para el caso de la acción reivindicatoria ejercitada frente a un ausente, la *missio in fundum*, que constituía el objeto de la reclamación, como remedio más cómodo –*commodius*– y preferible a la expropiación de todos los bienes. Si bien el jurista se refería a un caso de ausencia, su doctrina inspirada en motivos de práctica utilidad y eficacia debió incluir el caso del latitante ⁷⁰.

En el párrafo siguiente, CELSO se refiere al caso de la *petitio hereditatis* frente al que se oculta fraudulentamente, aconsejando en beneficio del acreedor la entrada en posesión de los bienes hereditarios. En el caso de que el latitante *dolo fecit quo minus possideret* señala la aplicación de la *missio in possessionem* y consiguiente venta de todos los bienes del deudor ⁷¹, pues en este caso una *trasla-*

tesis estima que la frase [*Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet*] está interpolada. LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, Ed. Carlo Cya, 1939, p. 49.

69. La frase final [*hoc adnotandum hasta el final*] es un glosema: Vid. RICCOBONO, «Studi critici...», p. 195; SOLAZZI, *Il concorso...*, I, 129; PROVERA, *Il principio...*, p. 133, núm. 58; CHIAZZESE, *Jusurandum in litem*, Milano, Ed. Giuffrè, 1958, p. 139.

Por su parte LEPRI, en congruencia con su tesis de que para las acciones reales se aplicaba en derecho clásico la *missio in bona*, considera interpolada la frase [*commodius se existimare in fundi possessionem mittendum*] *Note sulla natura...*, p. 50.

70. Vid. RICCOBONO, «Studi critici...», p. 195; PROVERA, *Il principio...*, p. 133; MARRONE, «A proposito di perdita...», p. 207, núm. 86.

71. MARRONE, «A proposito di perdita...», pp. 204 y ss.

tio possessionis no habría sido posible, bien porque los bienes ya no se poseen o bien porque nunca llegaron a poseerse por dolo.

D.42.4.7.18 (ULP. *l.LIX ad ed.*). *Idem Celsus existimat, si is, a quo hereditatem petere velim, latitat, commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum, quas pro herede vel pro possessore possidet: sed si dolo fecit, quo minus possideret, bona eius possidenda et vendenda sunt* ⁷².

Los párrafos 17 y 18 recogen claramente la doctrina de CELSO para el caso de las acciones reales: el jurista sugiere un procedimiento más rápido y expedito (*commodius*) a través de la *missio in possessionem* de la cosa controvertida sin distinguir entre latitancia y ausencia ⁷³.

La doctrina de CELSO es adoptada por un rescripto de Antonino Pío, recogido por el propio ULPIANO en el fragmento 7.19 ⁷⁴, donde se concede a aquél que intenta la *petitio hereditatis* entrar en posesión de los bienes hereditarios utilizando la *missio in fundum* o *in hereditatem* como medida de presión para que el poseedor de la herencia (latitante o ausente) se presente y asuma su defensa.

D.42.4.7.19 (ULP. *l.LIX ad ed.*). *Divus quoque Pius in persona eius, qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat, rescripsit in possessionem rerum hereditariarum adversarium inducendum: in quo rescripto et fructum percipere iussit eum, qui per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, ut lucro eius cedat* ⁷⁵, *in possessionem inductus est rerum hereditariarum*

72. Para MARRONE la frase final [*sed si dolo* hasta el final] recoge una opinión del propio ULPIANO *A proposito di perdita dolosa...*, p. 204.

73. *Vid.* RICCOBONO, *Studi critici...*, p. 196; SOLAZZI, *Il concorso...*, II, p. 130.

74. *Vid.* MARRONE, *A proposito di perdita...*, p. 205 y núm.82; CHIAZZESE, *Jusiurandum...*, p. 140.

75. Algunos autores han señalado la frase [*per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, ut lucro eius cedat*] como interpolada. *vid.* VOLTERRA, «Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penal romano», *BIDR* 38 (1930), p. 139; LEPRI, la estima probable, *Note sulla natura...*, pp. 50 y ss.; *Cfr.* CHIAZZESE, *Jusiurandum...*, p. 139.

La doctrina ⁷⁶ estima que el rescripto trata de un caso de latitan-
cia por parte del *hereditatis possessor*, lo que viene confirmado por
la locución «*qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat*» y
por el texto de Bas. 9.6.7., pero es probable –como señala
SOLAZZI ⁷⁷– que el emperador hubiese dado la misma solución para
el caso del ausente.

También JULIANO ⁷⁸ es reacio, al igual que CELSO, a aconsejar para
el caso del que se oculta, la *missio in bona* seguida de venta (medida
que era recomendada por NERACIO):

D.8.5.18 (*JULIANUS l.VI ex Minicio*). *Is, cuius familia vicin-
um prohibebat aquam ducere, sui potestatem non faciebat, ne
secum agi posset: quaerit actor, quid sibi faciendum esset. res-
pondi oportere praetorem [causa cognita] iubere bona adversa-
rii possideri et non ante inde discedere, quam is actori ius
aquae ducendae [constituisset] <restituisset> et si quid, quia
aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset,
vel uti si prata arboresve exaruisset.*

El pasaje se refiere al ejercicio de una *actio in rem* ⁷⁹, concreta-
mente una *vindicatio servitutis* ⁸⁰, que deviene imposible por latitan-
cia ⁸¹ del dueño del fundo sirviente. En este caso JULIANO aconseja la

76. Vid. CHIAZZESE, *Jusiurandum...*, p. 139; SOLAZZI, *Il concorso...*, I, p. 132, núm. 2. Este último autor fundamenta además esta opinión en el texto de Bas. 9.6.7.

Sin embargo, VOLTERRA lo refiere a un caso de ausencia *Osservazioni sull'ignorantia... cit.*, p. 139.

77. SOLAZZI, *Il concorso...*, I, p. 132, núm. 2.

78. La respuesta recogida por este texto es atribuida por LENEL dubitativa-
mente a MINICIO *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae, 1889, (Reimpr. Graz,
1960) 879, c.489.

Para RICCOBONO no hay duda de que el texto recoge una opinión de JULIANO,
lo que vendría ratificado por el verbo *respondi* que necesariamente se refiere al
jurista *Studi critici...*, pp. 192 y 197.

79. Vid. CUIACIO, *Opera... cit.*, VI, p. 50; DERNBURG, *Ueber die emtio bono-
rum...*, p. 90; RICCOBONO *Studi critici...*, p. 194.

80. Entre los autores que señalan una *vindicatio servitutis*. Vid. SOLAZZI, *Il
concorso...*, I, p. 131; LEPRI, *Note sulla natura...*, p. 48; PROVERA, *Il principio...*, p.
135. Por su parte, DERNBURG [*Ueber die emtio bonorum...*, p. 90, núm.2] la refe-
ría a una *actio negatoria* o *confessoria*.

81. Las palabras *sui potestatem non faciebat* hacen referencia a un caso de

missio in bona adversarii (excluyendo la sucesiva *bonorum venditio*), utilizando la *missio* como una medida coactiva o de presión ⁸².

En el texto llama la atención que la posesión se prolongue, no hasta la comparecencia del demandado, sino hasta la constitución de la servidumbre. Esta anomalía hace pensar ⁸³ que el texto pueda estar interpolado: encontramos algunos indicios en el verbo «*constituisset*», que debe ser sustituido por *restituisset* ⁸⁴, dado que se trataba de hacer cesar la perturbación en el ejercicio de la servidumbre ya constituida y no de constituirla.

Igualmente es extraño que la *missio in bona* se produzca previa *causae cognitio*, pues ésta se solía acordar cuando se daban los presupuestos recogidos por el pretor en su edicto, sin necesidad de un conocimiento preventivo de la causa ⁸⁵. Las explicaciones dadas por la doctrina son variadas: RAMADIER ⁸⁶ sostiene que la *causae cognitio* es necesaria porque ésta es una hipótesis especial no recogida en el Edicto. Riccobono ⁸⁷ opina que es un supuesto excepcional, donde el pretor debía valorar los daños derivados del impedimento de la servidumbre para ver si el interés del dañado exigía la *missio in bona* o si bastaba con la *missio in fundum* (aconsejada por CELSO para las acciones reales).

En nuestra opinión las palabras [*causa cognita*] están interpoladas ⁸⁸, dado que los textos, tal y como aparecen actualmente, nos informan que para el Derecho justiniano, el ausente, demandado a través de una acción real, sufre la *missio in fundum* o *in hereditatem*, mientras que para el latitante el pretor podía, según las circunstancias, autorizar la *missio in bona* o la posesión de la cosa controverti-

latitatio. Vid. RICCOBONO *Studi critici...*, p. 182; SOLAZZI, *Il concorso...*, I, p. 131; LEPRI, *Note sulla natura...*, p. 48.

Para RAMADIER el texto se refería al caso del *vocatus* que había dado un *vindex* y llegado el día no se presenta, en este caso el pretor concedía la *missio in bona* Les *effets...*, pp. 35 y ss.

82. Vid. RICCOBONO, *Studi critici...*, p. 194; RAMADIER, *Les effets...*, p. 36.

83. SOLAZZI, *Il concorso...*, I, p. 132; LEPRI, *Note sulla natura...*, p. 49.

84. Vid. RAMADIER, *Les effets...*, p. 35.

85. Vid. *supra* p. 3, núm. 11

86. RAMADIER, *Les effets...*, p. 36.

87. RICCOBONO, *Studi critici...*, pp. 196 y ss.

88. En este sentido se manifiesta LEPRI, *Note sulla natura...*, p. 48.

da ⁸⁹. Para este último caso era necesario que el órgano judicial autorizase, *causa cognita*, la *missio in singulas res* o la *missio in bona*.

IV. En conclusión, podemos decir que originariamente el régimen edictal referente al latitante y al ausente se extendía a las acciones *in rem*, produciéndose la *missio in bona* y la consiguiente *bonorum venditio* de los bienes, opinión mantenida por NERACIO y seguida por un rescripto de ARRIANO y ULPIANO ⁹⁰. Posteriormente, CELSO y JULIANO, ambos contemporáneos y pertenecientes al *Consilium Hadriani*, dejan de aconsejar la posesión y venta de los bienes, comenzando a utilizar la *missio*, ya sea de todo el patrimonio o ya sea de la cosa controvertida, como medida de coerción ⁹¹.

Probablemente, con el tiempo, se acabó generalizando la tesis según la cual el ausente o el latitante venían sujetos a la *missio in singulas res* del bien reivindicado como procedimiento más cómodo y expedito ⁹², lo que explicaría que los Comentarios al Edicto de los juristas clásicos posteriores sólo hagan referencia a la aplicación del procedimiento de la *bonorum venditio* a las acciones *in personam*.

89. Cfr. SOLAZZI, *Il concorso...*, I, p. 131; PROVERA, *Il principio...*, p. 134.

90. Vid. ULP. D.42.7.4.16. y ULP. D.43.4.1.5.

91. Tesis mantenida por RICCOBONO, *Studi critici...*, p. 197; MURGA, *Derecho romano privado II. El proceso...*, p. 255.

92. Cfr. PROVERA, *Il principio...*, p. 135.