

LA REPERCUSIÓN DEL SENADOCONSULTO JUVENCIANO EN MATERIA DE RECLAMACIÓN DE HERENCIA

F. JAVIER CASINOS MORA
Universidad de Valencia (España)

I. INTRODUCCIÓN

El senadoconsulto Juvenciano (= *scj.*) del 129 d. C. fue fruto de una *oratio principis* del emperador Adriano y su cónsul epónimo fue el jurista Juvencio Celso. Del contenido de la *oratio Hadriani* sólo disponemos de un pequeño fragmento que figura en un pasaje de Paulo procedente de su comentario al edicto del pretor: D. 5, 3, 20, 22. El conjunto de disposiciones que constituyen el *scj.*, cuya autenticidad ha sido reconocida por la moderna doctrina,¹ se halla por su parte en un pasaje de Ulpiano, D. 5, 3, 20, 6, también integrante de su comentario al edicto.

Se ha atribuido tradicionalmente una importancia decisiva al *scj.* en la evolución histórica de la acción para la reclamación de la herencia y según la opinión mayormente aceptada sus disposiciones introdujeron dos innovaciones fundamentales en materia de *hereditatis petitio* (= *h. p.*): una de ellas consistió en un tratamiento diferenciado de la responsabilidad del condenado en el juicio seguido con ocasión de dicha acción según su buena o mala fe; y la otra en una ampliación del grupo de sujetos legitimados pasivamente a la *h. p.* en el sentido de incluir como tales, por un lado, a los poseedores de los precios de bienes hereditarios vendidos y, por otro lado, a los que dolosamente dejaron de poseer bienes hereditarios². En

¹ Vid., entre otros, M. KASER, *Das römische Privatrecht*² I (München 1971), p. 739; y M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1990), p. 704.

² El primer autor que realizó un estudio independiente y no *per incidens* del SC Juvenciano fue J. DÉNOYEZ, *Le sénatus-consulte Juventien* (Nancy, 1926), con el objetivo de precisar su historia, discernir su contenido primitivo, sus efectos y las alteraciones llevadas a cabo por los compiladores del Digesto. La idea fundamental que subyace a lo largo de esta obra es la decisiva importancia del conocimiento de las circunstancias que motivaron el otorgamiento del

esta contribución se tratará acerca de la naturaleza y el contenido de esas innovaciones supuestamente introducidas en los términos indicados por el citado senadoconsulto en materia de reclamación de herencia. Antes de comenzar la exposición conviene reproducir todos los pasajes relictos atinentes a la *oratio Hadriani* y a las disposiciones del *scj.*:

D. 5, 3, 22 (Paul., 20 *ed.*): Si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem redemerit: an audiendus sit, si uelit rem dare, non pretium? in praedone dicimus electionem esse debere actoris: an hic magis possessor audiendus sit, si uelit rem tradere licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inuerecundum sit tale desiderium: an uero, qui ex re hereditaria locupletior sit, et id quod amplius habet ex pretio restituere debeat, uidentium. nam et in oratione diui Hadriani ita est: ‘Dispicite, patres conscripti, num quid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei uenditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum’ oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex uenditione eius rei lucratus est.

D. 5, 3, 20, 6 (Ulp., 15 *ed.*): Praeter haec multa repperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus de quibus cum forma senatus consulto sit data, optimum est ipsius senatus consulti interpretationem facere uerbis eius relatis. ‘Pridie idus Martias Quintus Iulius Balbus et Publius Iuuentius Celsus Titius Aufidius Oenus Seuerianus consules uerba fecerunt de his, quae imperator Caesar Traiani Parthici filius diui Neruae nepos Hadrianus Augustus imperator maximusque princeps proposuit quinto nonas Martias quae proximae fuerunt libello complexus esset, quid fieri placeat, de qua re ita censuerunt.

6a. Cum antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum uenditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis seruandum.

6b. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si aduersus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate uenditarum peruenisset, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutae fuissent, restituere debere.

6c. Item eos qui bona inuasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.

6d. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut

denuntiatus esset ei aut litteris uel edicto euocatus esset, censuerunt'. aptanda est igitur nobis singulis uerbis senatus consulti congruens interpretatio.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SCJ.

Comenzaremos por tratar de la cuestión del ámbito de aplicación del *scj*. Éste se otorgó para dar solución a un supuesto concreto pero ya en él se previó la extensión analógica, *in similibus causis*, de sus disposiciones a otras hipótesis (6a). Ante todo, la hipótesis original del *scj*. no se refería a una reclamación de herencia privada sino a una *h. p.* pública, como ya se desprende de la disposición 6a. Confirma este hecho la afirmación categórica de Ulpiano de que “no hay duda de que el senadoconsulto se hizo para una causa pública”:

D. 5, 3, 20, 9 (Ulp., 15 ed.): In priuatorum quoque petitionibus senatus consultum locum habere nemo est qui ambigit, licet in publica causa factum sit.

El *scj*. tuvo su origen en una *h. p.* fiscal entablada por el *aerarium* contra ciertos sujetos que creyéndose herederos (*qui se heredes esse existimant*) habían llevado a cabo ventas de bienes hereditarios que correspondían al tesoro público en concepto de *bona caduca* de acuerdo con la ordenación establecida por las leyes caducarias de Augusto³.

Una primera extensión del *scj*. se producirá dentro del mismo ámbito de las *hereditatis petitiones* fiscales: se trata de su aplicación a toda clase de bienes que por cualquier causa sucesoria pudieran corresponder al tesoro público. Por tanto, no sólo se aplicará a la reclamación de las porciones caducas de la herencia sino también a la de los *bona vacantia* y a la de los llamados *bona ereptoria*, es decir, a aquellos bienes que en virtud de la *lex Papia Poppaea* eran deferidos al tesoro público por concurrir en el instituido heredero una causa de indignidad⁴. Esta extensión objetiva del *scj*. aparece en D. 5, 3, 20, 7:

scj. para entender el alcance de sus disposiciones. Para una traducción al castellano de su primer capítulo vid. E. VALIÑO, *El senadoconsulto Juvenciano*, en *Cuadernos informativos de derecho histórico público, procesal y de la navegación*, 19 - 20 (1996), p. 5397 a 5438.

³ Como consecuencia de las llamadas leyes caducarias dirigidas a procurar el fomento de la natalidad y a sancionar el estado de soltería (situación de los *caelibes*: Gai. II, 111 y 286) y los matrimonios sin posteridad (situación de los *orbi*: Gai. II, 111 y 286a): *lex Iulia de maritandis ordinibus* (17 a. C.) y *lex Papia Poppaea nuptialis* (9 a. C.), los instituidos sin *ius capiendi*, *caelibes* y *orbi*, que no gozaban de los privilegios del *ius antiquum* (UE. 18, 1) o de la llamada *solidi capacitas* (FV. 216 - 219 y UE. 14, 1), no podían tener la consideración de *heredes*. Los bienes que les habían sido deferidos adquirían la condición de *bona caduca*, siendo preceptiva su entrega al erario público (Gai. II, 150 y D. 30, 96, 1.- Iul., 39 *dig.*) hasta la abolición de la caducidad por Justiniano en una constitución imperial de 534 (CI. 6, 51).

⁴ UE. 19, 17.

D. 5, 3, 20, 7 (Ulp., 15 *ed.*): Ait senatus: 'cum antequam partes caducae fisco peterentur'. hoc euenerat, ut partes caducae fisco peterentur: sed et si ex asse fiat, senatus consultum locum habebit: idem, et si uacantia bona fisco uindicentur uel si ex alia quacumque causa bona ad eum peruenerunt, senatus consultum hoc locum habebit.

Sin abandonar el ámbito de las *hh. pp.* públicas el *scj.* también se extenderá a las reclamaciones que provengan de otros entes públicos como las ciudades, de lo que da noticia Ulp. 15 *ad ed.* D. 5, 3, 20, 8: *et si ciuitati peteretur.*

La más importante es sin duda la extensión del *scj.* a las *hh. pp.* privadas. En el ámbito provincial tal extensión se produciría merced a una constitución de Marco Aurelio de 170, en la que se ordena expresamente la aplicación del *scj.* a las reclamaciones de herencia provenientes de los particulares:

C. 3, 31, 1 pr. (a. 170): Senatus consultum auctore diuo Hadriano, auo meo, factum, quo cautum est, quid et ex quo tempore euicta hereditate restitui debeat, non solum ad fisci causas, sed etiam ad priuatos petitores pertinet.

Si bien no es posible deducir de la anterior constitución imperial la extensión del *scj.* a las *hh. pp.* privadas que acontezcan en Roma, pues tal constitución aparece referida al ámbito provincial, tal extensión sí resulta, sin embargo, acreditada. En efecto, de ello nos informa Ulpiano en dos pasajes de sus comentarios al edicto: el primero de ellos, D. 5, 3, 20, 6 pr., pues el jurista aconseja en él acudir en materia de *h. p.* a la interpretación de las normas del *scj.* por razón de su directa aplicación a ciertas cuestiones relacionadas con dicha acción: bienes hereditarios vendidos, dolo pretérito y restitución de los frutos; el segundo es el pasaje D. 5, 3, 20, 9, que de modo más explícito afirma la aplicabilidad del *scj.* a las reclamaciones de herencia privadas: *in priuatorum quoque petitionibus senatus consultum locum habere.* De estos pasajes se deriva que al menos en el momento en que Ulpiano escribe sus comentarios al edicto, principios del siglo III, el *scj.* ya se aplicaba en Roma a las *hh. pp.* privadas. Además, tal extensión no aparece limitada ni en los pasajes citados ni en ningún otro pasaje de D. 5, 3 a las reclamaciones de *bona caduca*, a las cuales se refería la hipótesis del *scj.*, razón por la cual nada impide afirmar que debe entenderse producida la extensión a cualquier *h. p.* Respecto al momento en que se produce la extensión, si la constitución de Marco Aurelio de 170 no constituye una prueba definitiva lo cierto es que, como apunta Dénoyez⁵, la concesión de ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio, operada por el edicto de Caracalla en 212, bien pudo haber supuesto la aplicación uniforme del régimen de la *h. p.* en todo el imperio.

Por último, el *scj.* rebasará el marco sustantivo de la herencia y el procesal de la *h. p.* Efectivamente, se aplicará más allá de la esfera hereditaria: a la reclama-

⁵ J. DÉNOYEZ, *Le sénatus-consulte Juventien* cit. (n. 2), p. 100 y 101.

ción de todo tipo de universalidades, como v. gr., el *peculio castrense* o también el fideicomiso universal⁶; y, en la vertiente procesal, se aplicará a otras acciones hereditarias como la *actio familiae erciscundae*⁷. De ello nos informan respectivamente D. 5, 3, 20, 10 y *h. t.* 25, 19:

D. 5, 3, 20, 10 (Ulp., 15 *ed.*): Non solum autem in hereditate utimur senatus consulto, sed et in peculio castrensi uel alia uniuersitate.

D. 5, 3, 25, 19 (Ulp., 15 *ed.*): Hoc senatus consultum ad petitionem hereditatis factum etiam in familiae herciscundae iudicio locum habere placet, ne res absurda sit, ut quae peti possint diuidi non possint.

III. LA CUESTIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL SCJ. LA EXPRESIÓN ANTE LITEM CONTESTATAM

El *scj.* se otorga, como ya sabemos, con ocasión de una *h. p.* pública entablada por el *aerarium*. Por esa razón, los pasajes que reproducen el tenor de las disposiciones del *scj.*, D. 5, 3, 20, 6, deberían referirse a dicha *h. p.* pública y el tipo de procedimiento subyacente debería ser en congruencia con esa naturaleza pública el de la *cognitio extra ordinem*⁸ y en ningún caso el del *ordo*⁹. Apoya esta afirma-

⁶ Vid. B. 42, 1, 20, 7, *Heimbach*, IV, p. 209.

⁷ También por analogía a la petición posesoria de herencia (D. 5, 5, 2.- *Gai.*, 6 *ed. prov.*) y a la petición fideicomisaria de herencia (D. 5, 6, 2.- *Paul.*, 20 *ed.*).

⁸ La cognición de las reclamaciones de *bona caduca* correspondía a ciertos funcionarios con jurisdicción extraordinaria: los *praefecti aerarii* (vid. D. 49, 14, 42 *pr.*- *Val.*, 5 *fideicom.* Y D. 49, 14, 15, 6.- 3 *l. Iul. et P. Pop.*). El proceso se iniciaba con una *delatio ad aerarium* de naturaleza privada, en cuya virtud se denunciaba al fisco la existencia de alguna incapacidad, concurrente en la misma persona del *delator* o de un tercero, para recibir como heredero o legatario de conformidad con las leyes caducarias (D. 49, 14, 13.- *Paul.*, 7 *l. Iul. et P. Pop.*, D. 49, 14, 15.- *Maur.*, 3 *l. Iul. et P. Pop.* y D. 49, 14, 38.- *Pap.* 13 *resp.*). Desde Trajano en caso de autodenuncia espontánea de incapacidad se percibía una recompensa (D. 49, 14, 13, 4 a 10.- *Paul.*, 7 *l. Iul. et P. Pop.*, D. 49, 14, 15, 3.- *Maur.* 3 *l. Iul. et P. Pop.* y D. 34, 9, 5, 20.- *Paul.*, 1 *iur. fisc.*). A continuación procedía la intimación formal del demandado a través de la *euocatio*, que podía ser *denuntiationibus*, *litteris* o *edictis*, a la que expresamente alude la disposición 6d de D. 5, 3, 20.

⁹ La alusión a la *litis contestatio* en la disposición 6c indujo a ciertos autores a pensar que tal pasaje se refería originariamente al proceso formulario: así, M. WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer* (Wien, 1917), p. 153 y ss., para quien las disposiciones 6b y 6c corresponden al proceso formulario mientras que la 6a y la 6d al cognitorio; con dudas también sostuvo G. LONGO, *L'hereditatis petitio* (Padova, 1933), p. 104 y 105, que la disposición 6c era relativa al proceso formulario. En contra S. DI PAOLA, *La 'litis contestatio' nella 'cognitio extra ordinem' dell'età classica*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania* 2 (1948), p. 253 y ss., afirma que la referencia a la *litis contestatio* puede explicarse por el hecho de que en el proceso cognitorio también existe la *litis contestatio*, la cual puede entenderse ahí referida, además, al momento de la demanda.

ción el hecho de que el *scj.* fuera extendido a las *hh. pp.* privadas sujetas al proceso formulario o al proceso *per sponsionem*, a juzgar por los términos empleados en el fragmento D. 5, 3, 20, 9 –lo que se sería plenamente factible por el carácter sustantivo y no procesal, como veremos después, de las innovaciones del *scj.*¹⁰ – razón por la cual no sería justificable que ya originariamente parte de sus disposiciones se refiriesen al procedimiento formulario, especialmente la 6c que contiene una alusión a la *litis contestatio*, y parte al cognitorio, lo que, por otra parte, sería técnicamente inconcebible sobre todo desde el momento en que no hay alusión alguna al cambio de procedimiento en ninguna de las disposiciones; ni tampoco se justificaría la introducción de interpolaciones, como la supuesta de 6c: *ante litem contestatam*, con el fin de posibilitar la aplicación del *scj.* a las *hh. pp.* privadas, esfuerzo que además carecería de sentido en época justiniana, pues la *cognitio extra ordinem* llevaba entonces mucho tiempo generalizada.

Respecto a la supuesta interpolación de la expresión *ante litem contestatam* en 6c, contradice completamente la existencia de tal interpolación el hecho de que el mismo Ulpiano al interpretar las disposiciones del *scj.* está reconociendo la presencia de aquella expresión en dicho senadoconsulto e incluso dedica un pasaje a explicar su significado:¹¹

D. 5, 3, 25, 7 (Ulp., 15 *ed.*): ‘Si ante litem contestatam’, inquit, ‘fecerit’: hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controuersiam motam. quamquam enim litis contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen est post motam controuersiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. et hoc iure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur. qui uero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus.

¹⁰ En contra A. J. BOYÉ, *La denuntiatio introductive d’instance sous le Principat* (Bordeaux, 1922), p. 235 y ss., para quien el *scj.* no pudo aplicarse al procedimiento *per sponsionem* ante los *Cviri*, alegando que el carácter personal de la *l. a. s. i. personam* para reclamar la *sponsio praeiudicialis* es incompatible con la *petita hereditas*, pues ésta coincide con la citación a juicio. A ello cabría oponer que una extensión parcial del *scj.* a ciertas *hh. pp.* privadas y no a otras no tiene ningún apoyo en las fuentes; que la expresión *petita hereditas* debe entenderse en abstracto como el momento a partir del cual se entiende iniciado el proceso, por lo que es trasladable a toda suerte de procesos; y que en el procedimiento *per sponsionem* aunque interviene ciertamente una *l. a. s. i. p.* es evidente que en el fondo se persigue una herencia.

¹¹ Consideramos excesiva la interpretación de Albertario que para justificar la interpolación de la expresión *ante litem contestatam* extiende la intervención de los compiladores a la aclaración ulpiana de aquella, pues resulta cuanto menos extraña la misma necesidad de justificar una expresión interpolada poniendo en boca de un jurista una aclaración de la misma, cuando les hubiese bastado simplemente o bien con introducir sin más la expresión o bien con evitarla si resultaba de dificultosa exégesis. Vid. E. ALBERTARIO, *Lis contestata e controversia mota*, en *Studi di diritto romano IV* (Milano, 1946), p. 261 y ss.

De acuerdo con la explicación del jurista, se utilizaron los términos *ante litem contestatam* para expresar que el dolo pretérito del poseedor de bienes hereditarios no debía quedar sin sanción en la hipótesis de desposesión espontánea hecha presumiblemente con el fin fraudulento de soslayar los efectos de una previsible *h. p.* Habida cuenta de ello lo que concretamente establece el *scj.* en la disposición 6c es que a la mala fe del poseedor debe aplicarse un régimen de responsabilidad diferente al que procedería en caso de buena fe; que tal mala fe puede ser anterior o posterior al inicio del litigio; que *post controuersiam motam* todos los poseedores son de mala fe, pues ya saben que como mínimo puede existir un derecho hereditario preferente; y, por fin, que el hecho de la desposesión dolosa *ante petitam hereditatem* no debe impedir que se aplique a la restitución en caso de condena en juicio el régimen de la responsabilidad de mala fe, de modo que los sujetos que dejaron de poseer con dolo deberán ser tratados como si no hubiesen dejado de poseer (*quasi possiderent*) en el momento de la reclamación.

En definitiva, la perturbadora expresión *ante litem contestatam* debe entenderse con el significado de *ante petitam hereditatem* o *ante controuersiam motam* parafraseando a Ulpiano; y respecto al dolo pretérito, la desposesión espontánea y dolosa nunca puede implicar una mitigación de la responsabilidad, pues existiendo dolo pretérito en los demandados el régimen de su responsabilidad será el mismo con independencia de que continúen o no poseyendo en el momento de la reclamación de la herencia. Así la regla *dolus pro possessione est* de 6c significaría que el dolo que revela un acto de desposesión fraudulento equivale a la posesión de mala fe, o lo que es lo mismo que se estima que la posesión de mala fe continua aunque haya cesado la situación de posesión material merced a un acto doloso de desposesión.

IV. LA PRIMERA INNOVACIÓN DEL *SCJ.*: LA RECLAMACIÓN DE LOS PRECIOS OBTENIDOS EN LA VENTA DE BIENES HEREDITARIOS EN CASO DE PÉRDIDA FÍSICA O JURÍDICA DE LOS MISMOS

Lo que concretamente motivó el *scj.* fue el problema suscitado por la venta de bienes hereditarios correspondientes a la herencia de un tal Rústico llevada a cabo por sujetos que creían ser sus herederos teniendo, sin embargo, tales bienes la naturaleza de *bona caduca* en virtud de la legislación caducaria de Augusto. Tal venta se efectuó antes de producirse la reclamación y, por tanto, antes de que los sedicentes herederos tuviesen conocimiento del preferente derecho hereditario del tesoro público (6a).

La reclamabilidad para el erario de los precios de venta se basa ciertamente en la idea de subrogación real de aquéllos en el lugar de los *bona caduca*, pero la subrogación no fue sancionada novedosamente como principio por el *scj.* y éste sólo supone una base textual del conocido aforismo medieval *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*. El *scj.* no crea sino que presupone la categoría jurídica de la subrogación. Efectivamente, ante todo la subrogación no es sino la consecuencia lógica de una concepción sustancial de la herencia como universalidad aunque su identificación formal con el término *universitas* sea ciertamente

tardía.¹² Además, la posibilidad de reclamar el precio de las cosas hereditarias vendidas aparece reconocida implícitamente en la disposición 6b, ya que en ella se parte del presupuesto de que la herencia ya ha sido efectivamente reclamada a los que vendieron bienes hereditarios y que éstos han sido condenados en el juicio correspondiente: *a quibus hereditas petita fuisset, si aduersus eos iudicatum esset*; no se está reconociendo, por tanto, la viabilidad de una reclamación de los precios sino que ésta ya se ha producido de hecho. También en otros pasajes de D. 5, 3, que invocan a juriconsultos anteriores al *scj.* y que versan sobre la *h. p.* pero no en relación con el *scj.* se admite la legitimación pasiva de los poseedores de precios¹³; y el mismo Ulpiano antes de tratar del *scj.* y dentro de los pasajes que se refieren básicamente a la legitimación pasiva a la *h. p.* de sus comentarios al edicto afirma en dos pasajes, sin basar su opinión en el *scj.*, que puede ser demandado por la reclamación de herencia el que posee el precio de los bienes de la herencia de la misma manera que el poseedor del importe cobrado a un deudor de aquélla, e incluso Gayo afirma en D. 5, 3, 35 que también puede ser demandado aquel que todavía no tiene en su poder el precio en calidad de poseedor del derecho en tanto que dispone de acción para reclamarlo:

D. 5, 3, 16, 1 (Ulp., 15 *ed.*): Sed et is qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

D. 5, 3, 16, 5 (Ulp., 15 *ed.*): Idem Iulianus ait, siue quis possidens siue non rem uendiderit, petitione hereditatis eum teneri, siue iam pretium recepit siue petere possit, ut et hic actionibus cedat.

D. 5, 3, 35 (Gasi., 6 *ed. prov.*): Idem Iulianus ait etiam si nondum pretia rerum consecutus sit seruus, posse a domino quasi a iuris possessore hereditatem peti, quia habet actionem, qua eam pecuniam consequatur, quae quidem actio etiam ignoranti adquiretur.

¹² Vid. P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*² I (Milano, 1967), p. 154.

¹³ Efectivamente, en el pasaje de D. 5, 3, 18, pr. (Ulp., 15 *ed.*), que al igual que el relativo a las disposiciones del *scj.*, también pertenece a los comentarios al edicto de Ulpiano, se invocan las opiniones de Labeón y Octaviano (s. I a. C. - I d. C.), según los cuales, puede ser demandado por la *h. p.* el que vendió la herencia por mediación de un banquero incluso habiendo perdido el precio por causa de éste, si bien cada uno atribuye un alcance distinto a la reclamación. Ulpiano, en tanto que conoce el *scj.*, añade a la cuestión debatida el criterio de la distinción entre posesión de buena fe y de mala fe. En Ulp. 15 *ad ed.* D. 5, 3, 31, 5, se menciona la opinión de Casio (s. I d. C.) favorable a que la restitución alcance al importe de los pagos recibidos por deudas de la herencia. En D. 5, 3, 36 pr. (Paul, 20 *ed.*), se invoca la opinión del jurista de la época de Tiberio, Próculo, dando por consabido que es posible la reclamación de los precios de los bienes hereditarios vendidos al padre o dueño en tanto que se reclama la herencia. También en D. 5, 3, 48 (Iavol., 3 *Cass.*) Javoleno estima que el precio de los bienes hereditarios vendidos *sui causa* forma parte de la herencia, así como el aumento que pueda reportar a ésta aquella venta; el hecho de que no sean exigidos los intereses de tal precio al poseedor de buena fe sería cosa del *scj.*

Por otro lado, el fragmento de la *oratio Hadriani*, que nos ha sido transmitido a través de D. 5, 3, 22 (Paul., 20 *ed.*), tampoco permite atribuir al *scj.* la introducción del principio de subrogación real y con él la extensión de la legitimación pasiva a los poseedores de *pretia* de bienes hereditarios vendidos, a pesar de que sus términos, sacados de un contexto más amplio en relación con un supuesto que no conocemos, podrían inducir a pensarlo así:

D. 5, 3, 22 (Paul., 20 *ed.*): [...] *Dispucite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei uenditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum [...]*

Sólo extrapolando la *oratio Hadriani* del resto del pasaje en que se halla inmersa y suponiendo que su tenor se limitase a las frases que aparecen en D. 5, 3, 22 podríamos entender que en su virtud se introdujo el artificio de la subrogación real. Como afirma Di Paola¹⁴, el fragmento en que se reproduce la *oratio Hadriani* atrae tanto la atención que hace olvidar el resto del pasaje. No conociéndose el resto de la *oratio* debe tenerse en cuenta el caso de que se está ocupando el jurista para cuya resolución invoca la *oratio Hadriani*.

Se trata de un supuesto de venta de una *res hereditaria* y de posterior readquisición de la misma por el vendedor. La cuestión que se plantea es la de si el vendedor-poseedor de buena fe debe restituir el bien hereditario o su precio al *petitor hereditatis* en caso de condena en el juicio seguido por la *h. p.* La solución dada por Paulo es la de la restitución de la cosa junto con el lucro obtenido con la venta de la misma, es decir, la diferencia entre el precio recibido en la primera venta y el precio inferior pagado en la readquisición o bien una compensación por la depreciación sufrida por la cosa. Se trata, pues, de una condena en la medida del lucro obtenido (*in quo locupletior factus est*) en armonía con la regla establecida en la disposición del *scj.* contenida en D. 5, 3, 20, 6c. Así pues, la solución de Paulo en D. 5, 3, 22 no se basa sin más en la aplicación de la subrogación real, que ciertamente no sería por sí sola aplicable en este caso porque el bien hereditario ha vuelto a la posesión del demandado, desapareciendo así el presupuesto objetivo de la subrogación, sino en la regla de que todo poseedor, incluido el de buena fe, debe restituir el lucro obtenido con los bienes hereditarios. Precisamente, a causa de esta hipótesis de D. 5, 3, 22 se ha llegado a afirmar por muchos autores que la subrogación real no tiene lugar en materia de reclamación de herencia y que la reclamación del precio procede en todo caso por tratarse de un enriquecimiento injusto.¹⁵

¹⁴ S. DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* (Milano, 1954), p. 103.

¹⁵ Vid., entre otros, J. DÉNOYEZ, *Le défendeur à la petition d'héritité privée en droit romain* (Paris, 1953), p. 156 y ss.; y F. SCHWARZ, *Studien zur hereditatis petitio*, en *TR.* 24 (1956), p. 299.

La cuestión es saber por qué Paulo invoca para avalar su respuesta la *oratio Hadriani*, que se refiere a la subrogación real, es decir, por qué conecta la subrogación con la sanción del lucro del poseedor. Como bien advirtió Di Paola¹⁶, la clave podría hallarse en la expresión final de la *oratio*: *quodammodo ipsum (pretium) hereditarium factum*, el mismo precio se ha convertido en cierto modo en parte de la herencia. Efectivamente, en esta expresión se halla la explicación. Lo que la *oratio* pretende, a nuestro juicio, no es simplemente basar la exigibilidad del precio en la subrogación real, pues tal cosa no constituiría novedad alguna, sino prescribir que una vez que se produce una subrogación, lo que acontece automáticamente cuando es vendida una *res hereditaria*, el precio o aquella parte de él que eventualmente pueda representar un enriquecimiento queda atrapado inexorablemente en la masa hereditaria aunque después desaparezca el presupuesto objetivo de la subrogación por volver la *res hereditaria* a manos del vendedor y esta prescripción de la *oratio* es lo que constituye precisamente el fundamento de la exigibilidad del lucro al poseedor de los bienes hereditarios que aparece también en la disposición 6c. Así dirá Paulo, después de invocar los términos de la *oratio*, inciso final de D. 5, 3, 22, que el poseedor debe restituir al *petitor* no sólo la cosa sino también el lucro obtenido en la venta de la misma: *oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex uenditione eius rei lucratus est*¹⁷.

De acuerdo con lo anterior debe necesariamente ser interpretada la disposición contenida en 6b. Esta sólo puede partir igualmente del caso singular de venta y posterior readquisición de *res hereditariae* e introduce una nueva hipótesis: la de pérdida de los bienes adquiridos en manos del vendedor. En efecto, la cuestión a la que da respuesta dicha disposición es la de si cabe exigir la restitución del precio de los bienes hereditarios vendidos y después readquiridos no sólo en el supuesto de que tales bienes se hallasen en posesión del vendedor o los hubiese perdido después de entablada contra él la *h. p.*, sino también en el caso de que los bienes se hubiesen perdido antes de la reclamación. No se trata, pues, de la hipótesis de la mera pérdida de bienes hereditarios en poder del poseedor porque en relación con lo perdido o usucapido nada queda en poder del poseedor¹⁸. La duda sobre esta hipótesis debió plantearse con toda probabilidad dado que eran dos las opciones posibles: una más estricta consistente en entender que puesto que la pérdida se había producido con anterioridad a la reclamación debía considerarse el caso como una pérdida patrimonial sufrida por la misma herencia y que hubiera podido acontecer igualmente en manos del heredero, en este caso del tesoro público, y por ello dejaría de estar justificada su reclamación; o bien cabía una interpretación más

¹⁶ S. DI PAOLA, *Saggi* cit. (n. 14), p. 105 y 106.

¹⁷ Y como recordará posteriormente un rescripto de Antonino Pío, referido en D. 4, 2, 18 (Iul., 64 *dig.*), en el que además parece clarificarse que la subrogación también es operativa en caso de venta de toda la herencia y no sólo de bienes hereditarios aislados.

¹⁸ D. 5, 3, 20, 18 (Ulp., 15 *ed.*): [...] *sed etsi senatus rerum ex hereditate distractarum, non hereditariarum fecit mentionem, restitui tamen non debet, quia nihil apud eum remanet [...]*

flexible y ajustada a la equidad, según la cual, si las cosas vendidas y después readquiridas hubiesen estado en poder del tesoro público como heredero también éste hubiera podido obtener un beneficio con su venta antes de ocurrir la pérdida del mismo modo que lo obtuvo efectivamente el vendedor¹⁹. Esta segunda opción más flexible será la adoptada en la disposición 6b. Además de consecuente con la *oratio* se evitaban con ella los coyunturales enriquecimientos que los vendedores pudieran experimentar de modo fortuito de producirse la pérdida de las *res hereditariae* antes de la reclamación, obteniéndose al tiempo una solución más equitativa para el heredero y ajustada asimismo a la regla de la medida del enriquecimiento o *in quo locupletiores facti sunt* que contiene la disposición 6c, sobre la cual descansará el régimen de la responsabilidad del condenado en una *h. p.*

Por otra parte, entre los supuestos de pérdida debe también entenderse comprendido el de la pérdida jurídica como consecuencia de una usucapión. El término *deminutae* que aparece en el binomio *deperditae et deminutae* de 6b no se refiere a la pérdida de valor de los bienes hereditarios, como afirma insistentemente Dénoyez,²⁰ sino a la usucapión como explica Gayo en el siguiente pasaje:

D. 5, 3, 21 (Gai., 6 *ed. prov.*): Deperditum intellegitur, quod in rerum natura esse desiit: deminutum uero, quod usucaptum esset et ob id de hereditate exiit.

La disposición 6b no distingue entre poseedores de buena fe y de mala fe siendo aplicable a ambos, ya que se trata de dar una solución a los supuestos de pérdida de los bienes en manos del vendedor antes de la reclamación de la herencia, cosa que podía suceder tanto si éste era un poseedor de buena fe como si era de mala fe, pues en ambos casos con la venta había actuado *sui causa* o en provecho propio²¹. A falta de precio porque todavía no ha sido entregado al vendedor deberá éste ceder las acciones oportunas para su reclamación al demandante en la *h. p.*:

D. 5, 3, 20, 17 (Ulp., 15 *ed.*): [...] bonae fidei possessor si uendiderit res hereditarias, siue exegit pretium siue non, quia habet actionem, debebit pretium praestare: sed ubi habet actionem, sufficet eum actiones praestare.

¹⁹ D. 5, 3, 20, 21 (Ulp., 15 *ed.*): [...] *at ubi deperditae sunt et deminutae, uerum pretium debet praestari, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et uerum pretium rei non perderet.*

²⁰ J. DÉNOYEZ, *Le sénatus-consulte Juventien* (cit. n. 2), *passim*.

²¹ Vid. D. 5, 3, 20, 21 (Ulp., 15 *ed.*). Sin embargo, Paulo interpreta que debe establecerse un correctivo en contra del poseedor de mala fe, quien ciertamente puede considerarse mejor parado por el simple hecho de la no distinción en 6b entre poseedor de buena fe y de mala fe cuando hay pérdida o menoscabo de los bienes (D. 5, 3, 36, 3.- (Paul., 20 *ed.*). En todo caso la discriminación de los poseedores de mala fe podría deducirse fácilmente si se pone en relación la disposición 6b con la 6a, de tal modo que la exigencia de los intereses de los precios de los bienes hereditarios vendidos, que también sería procedente en caso de pérdida o deterioro de los bienes en manos del comprador, sería exigible en caso de mala fe, pues 6a sólo exime de la misma a *qui se heredes esse existimant*.

Por tanto, una primera innovación del *scj.* fue la posibilidad de reclamar los precios obtenidos en la venta de bienes hereditarios a pesar de que éstos ya no existiesen en poder del vendedor y se hubiesen perdido tanto para él como para el heredero. Precisamente, el hecho de que el *scj.* hubiese sido otorgado con ocasión de una *h. p.* pública y no privada podría deberse a la circunstancia de una mayor desprotección del tesoro público en relación con los bienes hereditarios que le competían, pues era más fácil que los bienes escapasen a su control que en el caso de los particulares o al menos era previsible que tal control se produjera más tardíamente, puesto que las reclamaciones del *aerarium* de *bona caduca* dependían de delaciones privadas²². Por ello, el riesgo de pérdida de los bienes por el transcurso del tiempo o las hipótesis de usucapión en contra del tesoro público debían ser ciertamente más recurrentes que tratándose de herederos privados.

V. LA SEGUNDA INNOVACIÓN: LA REGLA *IN QUO LOCUPLETIORES FACTI SUNT* Y EL TRATO DIFERENCIADO A LOS DEMANDADOS SEGÚN SU CONDICIÓN DE BUENA O MALA FE

Una segunda innovación introducida por el *scj.* es la distinción en el trato dispensado a los demandados en la *h. p.* según su condición de buena o mala fe. La responsabilidad del condenado en el juicio seguido por la *h. p.* se articula a partir de la regla básica *in quo locupletiores facti sunt*, contenida en la disposición 6c y también en Paul. 20 *ad ed.* D. 5, 3, 28, del que resulta la exigibilidad del lucro obtenido por todo poseedor:

D. 5, 3, 28 (Paul., 20 *ed.*): Post senatus consultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est.

Partiendo de esta regla general se establece un régimen diferenciado para el poseedor de buena fe y de mala fe. Esta innovación presenta en las concretas disposiciones del *scj.* dos vertientes: una relativa al supuesto motivante del *scj.* (6a) y la otra de más amplio alcance (6c). De conformidad con la disposición 6a, la restitución del precio cuando los vendedores hubiesen sido poseedores de buena fe en el momento de la celebración de la venta por creerse herederos (*se heredes esse existimant*) no alcanzará a los intereses del dinero cobrado. Por tanto, se establece un límite al normal desenvolvimiento de la regla *in quo locupletiores facti sunt* relativa al alcance de la restitución con fundamento en la buena fe. Dicha regla se aplicará en toda su extensión a los vendedores que hubiesen procedido con mala fe por saber que su posesión no era *causa hereditatis* alcanzando así al lucro total derivado de la venta. El hecho de que la citada disposición parta del presupuesto de la reclamación por el fisco de los bienes caducarios a ciertos sujetos (*cum antequam partes caducae ex Rustici bonis fisco peterentur*) es demostrativa de que era perfectamente factible la reclamación de los precios de las cosas hereditarias vendidas. Con la disposición no se establece, pues, la posibili-

²² Vid. n. 7.

dad de reclamar los precios en virtud de la introducción del principio de subrogación real sino que da por sentada la operatividad de este principio; lo que pretende es mitigar los efectos de la regla aplicable a los demandados en la *h. p.* de restitución de todo el enriquecimiento obtenido con los bienes hereditarios; reserva, por consiguiente, la plena aplicación de la regla *in quo locupletiores facti sunt* a los poseedores de mala fe y establece un límite en el supuesto concreto que contempla el *scj.* en beneficio de los poseedores de buena fe. Por otro lado, la referencia en 6a a “los intereses de los precios cobrados” ha de entenderse también respecto a los precios que pudiendo haber sido cobrados no lo fueron por causa imputable al vendedor²³.

La disposición 6c, siguiendo el mismo criterio de privilegiar a los poseedores de buena fe, contiene una norma que excede de la hipótesis concreta del *scj.* pero que también afecta como la anterior al *quantum* de la restitución en caso de condena del demandado en una *h. p.* En efecto, el *scj.* aprovechando la ocasión brindada por la hipótesis de venta de bienes hereditarios establecerá, por una parte, la aplicación general del mismo criterio de equidad, de modo que los poseedores de buena fe, es decir, *eos qui iustas causas habuissent*, verán limitada su responsabilidad a la medida del enriquecimiento obtenido (*usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent*) mientras que la responsabilidad de los poseedores de mala fe carecerá de esta limitación y se extenderá, por tanto, a todo el enriquecimiento que efectivamente les hubiese reportado la posesión de los bienes.

La apreciación de la buena o mala fe del poseedor resulta, por consiguiente, de especial interés para la aplicación del *scj.* Cuando Ulpiano interpreta la expresión *eos qui bona inuasissent* de 6c define al poseedor de mala fe como aquel que posee los bienes hereditarios a sabiendas de que su posesión carece de una *causa hereditatis*:

D. 5, 3, 25, 3 (Ulp., 15 ed.): Quod autem ait senatus ‘eos qui bona inuasissent’. loquitur de praedonibus, id est de his qui, cum scirent ad se non pertinere hereditatem, inuaserunt bona, scilicet cum nullam causam habere possidendi.

Aunque el *scj.* nada señalaba en relación con el poseedor de buena fe que antes de la reclamación de la herencia perdía tal condición, fruto de la interpretación jurisprudencial será la derogación de la regla clásica de que la mala fe sobrevenida no perjudica al poseedor, *mala fides superveniens non nocet*, a los efectos de la posesión de bienes hereditarios y de la restitución en caso de condena en la *h. p.*:

D. 5, 3, 25, 5 (Ulp., 15 ed.): De eo autem loquitur senatus, qui ab initio mente praedonis res hereditarias adprehendit. quod si ab initio quidem iustam causam habuit adipiscendae possessionis, postea uero

²³ D. 5, 3, 20, 15 (Ulp., 15 ed.): ‘Redactae’, inquit, ‘pecunia ex pretio rerum uenditarum’ redactam sic accipiemus, non solum iam exactam, uerum et si exigi potuit nec exacta est.

conscius ad se nihil hereditatem pertinere praedonio more uersari coepit, nihil senatus loqui uidetur: puto tamen et ad eum mentem senatus consulti pertinere: parui etenim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit uersatus an postea hoc facere coepit.

La asunción de la regla contraria, *mala fides superveniens nocet*, repercutirá directamente en la institución de la *usucapio pro herede*, sobre la que incidirá otro senadoconsulto adrianeo de fecha poco posterior en el sentido de admitir la rescisión de las *usucapiones pro herede* por adolecer el poseedor de mala fe. De esta manera, para poder usucapir *pro herede* habrá de conservarse la buena fe sin que bastase que ésta fuese inicial.

Respecto a la buena fe del poseedor es esencial en ella la ausencia de dolo, la cual se manifiesta en aquellos *qui se heredes esse existimant o qui iustas causas habuissent* para fundamentar su posesión. Esa creencia del poseedor de gozar de un título hereditario que legitime su posesión puede tener por causa tanto un error de hecho como un error de derecho. Así lo indica Ulpiano en otro pasaje de sus comentarios al edicto del pretor:

D. 5, 3, 25, 6 (Ulp., 15 ed.): Scire ad se non pertinere utrum tantummodo uidetur, qui factum scit, an et is qui in iure errauit? Putauit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: uel cum eum alius praecederet adgnatus, sibi potius deferri. et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quanuis in iure erret.

Por otra parte, la posesión de buena fe equivale a la posesión del *possessor pro herede*. Para la anterior identificación nos basamos en que para el *scj.* son poseedores de buena fe los poseedores *qui se heredes esse existimant* y éstos no son sino *possessores pro herede*. En efecto, lo que determina que la posesión de los legitimados pasivos en la hipótesis concreta del *scj.* sea una posesión *pro herede* es el hecho de creerse herederos por tener causa para ello en virtud de una vocación hereditaria civil o bien pretoria en calidad de *bonorum possessores*, pues de acuerdo con D. 5, 3, 11 pr. (Ulp., 15 ed.), *pro herede possidet, qui putat se heredem esse [...] sed enim et bonorum possessor pro herede uidetur possidere*, con independencia de que tal creencia responda o no a la realidad –por ignorar, por ejemplo, la existencia de un testamento válido no revocado o el hallarse incursos en una causa de incapacidad legal para suceder, como bien podría tratarse en la hipótesis concreta del *scj.*²⁴–. Por otro lado, debe descartarse la consideración como

²⁴ Nos adscribimos a la teoría, según la cual, la diferencia en derecho clásico entre el *possessor pro herede* y el *possessor pro possessore* reside en el criterio sustantivo de la situación en que se encuentra el poseedor como tal poseedor en el momento de ser demandado con la *h. p.* y no a la teoría que delimita ambos conceptos atendiendo al criterio procesal de la actitud adoptada por el demandado en el proceso, en cuya virtud *possessor pro herede* es el que de buena o de mala fe afirma ser heredero y *possessor pro possessore* el que no manifiesta poseer *causa hereditatis*. Esta última teoría puede desecharse, casi sin necesidad de descender a la exégesis

poseedor *pro herede* del que es ciertamente heredero, pues a éste corresponde, precisamente, la legitimación activa para entablar la *h. p.* Por su parte, el *possessor pro possessore* podría ser definido como aquel poseedor que no puede considerarse heredero y es consciente de tal circunstancia. Tal definición puede extraerse de los dos siguientes pasajes de Ulpiano y Gayo susceptibles, en nuestra opinión, de una interpretación conjunta armónica:

D. 5, 3, 12 (Ulp., 67 *ed.*): Qui interrogatus cur possideat, responsurus sit ‘quia possideo’ nec contendet se heredem uel per mendacium.

Gai. IV, 144: [...] pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam uel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.

A la vista de ambos textos debe reputarse de mala fe la posesión del *possessor pro possessore*, en tanto que éste no puede alegar más causa de posesión que el simple hecho de poseer, es poseedor sencillamente *quia possidet*, por lo cual no están incluidos en esta categoría aquellos poseedores que pueden invocar una causa de posesión distinta de una *causa hereditatis*. Estos poseedores *pro emptore*, *pro donato*, etc. quedan fuera del grupo de poseedores legitimados pasivamente a la *h. p.* sin perjuicio de estarlo a otro tipo de acciones reipersecutorias. Todo poseedor de mala fe es, pues, *possessor pro possessore*, incluyendo como tal al poseedor con mala fe sobrevenida²⁵. Debe rechazarse, además, la posibilidad de una *possessio pro herede* de mala fe a efectos de la *h. p.*²⁶, por ser incompatible la

de textos, desde el momento en que, como afirma M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* (Milano, 1956), p. 18, si la calificación de la posesión depende de la manifestación que sobre ese particular haga el mismo poseedor en una *interrogatio in iure*, es decir, si *possessor pro herede* es aquel que manifiesta poseer a título de heredero y *possessor pro possessore* el que afirma poseer a título singular, se llegaría a la consecuencia absurda de que quedaría de hecho a la discreción del poseedor la facultad de elegir a su arbitrio entre ser demandado por una *h. p.* o por una acción reivindicatoria, según le conviniese en cada caso concreto. Sobre bibliografía relativa a las dos teorías sobre el criterio para la distinción entre *possessio pro herede* y *possessio pro possessore* vid. también M. TALAMANCA, *Studi cit. ibi*, p. 4, n. 10 y 5, n. 13.

²⁵ D. 5, 3, 25, 5 (Ulp., 15 *ed.*): [...] *puto tamen et ad eum mentem senatus consulti pertinere: parui etenim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit uersatus an postea hoc facere coepit.*

²⁶ Lo señalado por Gayo en II, 52 no contradice esta afirmación: *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, uelut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere. si modo ea res est, quae recipit usucapionem. quae species possessionis et usucapionis pro herede uocatur.* Aunque este pasaje habla de una *possessio pro herede* de mala fe que permite la usucapión se está refiriendo, sin embargo, a la posesión apta para la antigua institución de la *usucapio pro herede*, que Gayo calificará después de *inproba usucapio*, la cual subsistió hasta que se admitió la rescisión de estas llamadas usucapiones lucrativas o con ausencia de buena fe. En cambio, el pasaje IV, 144, ya contiene propiamente las definiciones clásicas de *possessio pro herede* y de *possessio pro possessore*. La antinomia entre ambos pasajes es tan sólo aparente, pues

mala fe con la creencia de ser heredero²⁷. De hecho, en. D. 5, 3, 20, 12 (Ulp., 15 ed.) se señala explícitamente la identidad entre *bonae fidei possessores* y *eos qui se heredes esses existimant*.

no es sino consecuencia del tratamiento de la posesión en relación con la institución de la *usucapio pro herede* en los dos estratos de la evolución histórica de ésta. Por otra parte, no compartimos la afirmación de J. DÉNOYEZ, *Le sénatus-consulte Juventien* cit. (n. 2), p. 52, de que hay que romper la unidad de significado de la *possessio pro herede* y de la *possessio pro possessore* según se las ponga en relación con el interdicto *quorum bonorum* o con la *h. p.*, sino que, por el contrario, entendemos que el poseedor *pro herede* no puede ser de buena o de mala fe en relación con la *h. p.*, pues no sólo Gayo con ocasión del interdicto *quorum bonorum*, como dice este autor, sino también Ulpiano al referirse a la *h. p.* coinciden en exigir en todo caso la buena fe en el poseedor *pro herede* (Gai. IV, 144: [...] *pro herede autem possidere uidetur tam is, qui heres est, quam is qui putat se heredem esse*; D. 5, 3, 11, 1 (Ulp., 15 ed.): *sed enim et bonorum possessor pro herede uidetur possidere. Pro possessore uero possidet praedo*). No contradice esta afirmación el caso del *bonorum possessor*, pues aunque éste sabe que no es heredero civil la legitimación para usucapir la herencia le viene de un título sucesorio pretorio y afirmar su mala fe impediría de hecho la usucapición por la vía pretoria. Tampoco consideramos admisible la afirmación que hace J. DÉNOYEZ, *Le sénatus-consulte Juventien* cit. (n. 2), p. 75, de que en la hipótesis del *scj.* los demandados eran poseedores *pro possessore* de buena fe después de dar una definición del poseedor *pro possessore* como “celui qui ne peut pas se dire héritier”, pues el hecho de no poder considerarse a sí mismos como herederos contradice abiertamente lo señalado por D. 5, 3, 20, 6a, que habla de *hi, qui se heredes esse existimant*. Para que sea aplicable el beneficio establecido por el *scj.* debe tratarse de *possessores pro herede* y es *possessor pro herede* el que se cree heredero y no sólo, como señala Dénoyez “celui qui peut se dire héritier”, pues tal afirmación excluiría la hipótesis de la creencia errónea en el poseedor de su condición de heredero o de su mejor derecho a la herencia, la cual quedaría sin solución jurídica, pues el *possessor pro possessore* siempre sabe que no es heredero y la mala fe siempre origina, como afirma Ulpiano *possessio pro possessore* (D. 5, 3, 11, 1). En fin, es incompatible la creencia de ser heredero con la imposibilidad de alegar una causa que dé soporte a esa creencia. Adviértase, además, el uso de los verbos *existimo* y *puto* y no de otros denotativos de certeza o de seguridad para expresar la actividad intelectual del poseedor *pro herede*, que se refieren a la creencia y no a la seguridad absoluta de poseer *causa hereditatis*, en las definiciones que de él proporcionan las fuentes. Por otra parte, del pasaje Ulp. 15 ad ed. D. 5, 3, 25, 5, que, invocando un senadoconsulto, señala que éste se refiere a *qui ab initio mente praedonis res hereditarias adprehendit*, al que se apoderó de los bienes de la herencia con mala fe inicial, no debe extraerse que el *scj.* se refería a los *possessores pro possessore*, pues el senadoconsulto invocado en aquel pasaje no es el Juvenciano sino otro poco posterior a éste, probablemente de 136, también de la época de Adriano, cuyo objeto fue la rescisión de las usucapiones *pro herede* lucrativas sobre la base de la distinción entre la buena o mala fe del poseedor.

²⁷ No obstante, *possessio pro herede* y *possessio bonae fidei* no son plenamente coincidentes, pues una posesión iniciada *pro herede* puede devenir de mala fe sobrevenidamente. Sin embargo, a efectos del *scj.* se exige la buena fe continuada (D. 5, 3, 25, 5.- Ulp., 15 ed.) y, por tanto, decae la regla clásica *mala fides superveniens non nocet* (Paul.), 7 *Plaut.* D. 41, 1, 48, 1), de donde se desprende que el poseedor *pro herede* de mala fe perdería el beneficio de la limitación de su responsabilidad en caso de ser condenado y sería tratado como un *possessor pro possessore* desde el momento en que comenzó la mala fe.

En relación con lo que el *scj.* entiende por “restitución en la medida del enriquecimiento”, aplicable solamente a los poseedores de buena fe, Ulpiano interpreta que ha de entenderse por tal enriquecimiento aquella parte del precio que todavía se conserve, no así la pérdida, donada o consumida, de modo que el verbo *peruenisse*, utilizado por el *scj.*, debe ser puesto en relación con el enriquecimiento conservado o actual:

D. 5, 3, 23 pr. (Ulp., 15 *ed.*): Utrum autem omne pretium restituere debbit bonae fidei possessor an uero ita demum, si factus sit locupletior, uidendum: finge pretium acceptum uel perdidisse uel consumpsisse uel donasse. et uerbum quidem peruenisse ambiguum est, solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an uero et id quod durat. et puto sequentem clausulam senatus consulti, etsi haec sit ambigua, ut ita demum competat, si factus sit locupletior.

Así pues, la regla *in quo locupletiores facti sunt* presenta diferente alcance según la condición del poseedor, pero también hay que tener presente el juego del factor temporal. Efectivamente, *ante petitam hereditatem* el poseedor de buena fe quedará obligado por el enriquecimiento actual mientras que el poseedor de mala fe lo hará por todo el enriquecimiento, conservado o no, que hubiese obtenido de los bienes; *post petitam hereditatem* el enriquecimiento sujeto a restitución será en todo caso el obtenido y no el conservado. La constitución de 170 de Marco Aurelio confirma el alcance de la restitución por el juego de los dos citados factores y lo hace en términos más generales pues añade una referencia a los frutos que no contenía el *scj.* por no ser relevantes en la hipótesis por él tratada²⁸:

C. 3, 31, 1, 1 (a. 170): Usuras uero pecuniarum, ante litis contestationem ex die uenditionis hereditariarum rerum ab eo factae, qui antea possidebat, collectas, nec non etiam fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint. Post litem contestatam tam fructus non uenditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras pretii rerum ante litis contestationem uenditarum, ex die contestationis computandas, omnimodo reddere compellantur.

En todo caso la idea de “enriquecimiento” no debe entenderse limitada a los precios aunque el *scj.* sólo aluda a los mismos, lo cual se explica por razón de la hipótesis tratada por el *scj.* Todo tipo de enriquecimiento debe ser tomado en cuenta a los efectos de la aplicación del *scj.* aunque éste sólo hable de “precios”. Así lo aclara Ulpiano en D. 5, 3, 23, 1 en relación con cantidades pagadas al vendedor como pena por morosidad en el pago del precio por el comprador, que en tanto suponen lucros para el primero deben ser tenidas en cuenta en la restitución.

²⁸ Vid. más ampliamente sobre la referencia a los frutos en C. 3, 31, 1, 1, S. DI PAOLA, *Saggi* cit. (n. 14), p. 88, n. 30.

ción²⁹; también en D. 5, 3, 25, 9, relativo a los frutos³⁰; y en D. 5, 3, 25, 11, en materia de gastos y remuneraciones³¹.

Por otra parte, la disposición 6c previene que la actuación fraudulenta de desposesión espontánea no evita la aplicación del régimen correspondiente a los poseedores de mala fe. De esta manera, para aquellos que siendo poseedores de mala fe (*praedoni*) hubiesen dejado de poseer con dolo o sabedores del riesgo del juicio *ante petitam hereditatem* y también para aquellos que con dolo no hubiesen querido recibir la posesión, como añade Ulpiano³², el alcance de la restitución se extenderá como en el caso de los poseedores de mala fe (*quasi possiderent*) a la totalidad del enriquecimiento obtenido, de modo que el dolo pretérito se habrá de tener en cuenta en la reclamación de la herencia³³, resolviéndose así las dudas que al parecer había suscitado el alcance de la restitución de estos sujetos. La disposición 6c introduce ciertamente la regla *dolus pro possessione est*, pero se trata de una norma relativa al *quantum* de la responsabilidad de aquel *qui dolo desiit possidere ante petitam hereditatem*³⁴, no significa, en cambio, la extensión de la legitimación pasiva a los que con dolo dejaron de poseer, pues la legitimación de estos sujetos debía admitirse desde el momento en que se reconoce la legitimación pasiva de los poseedores de derechos³⁵ e incluso en ciertos casos la de quien

²⁹ D. 5, 3, 23, 1 (Ulp., 15 ed.): *Proinde si non solum pretium, sed etiam poena tardius pretio soluto peruenerit, poterit dici, quia locupletior in totum factusest, debere uenire, licet de pretio solummodo senatus sit locus.*

³⁰ D. 5, 3, 25, 9 (Ulp., 15 ed.): *Sed utrum is solus qui possidet fructus praestabit an etiam is qui dolo fecit quo minus possideret? Et dicendum erit post senatus consultum ambo teneri.*

³¹ D. 5, 3, 25, 11 (Ulp., 15 ed.): *Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidauerunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. nec si donauerint, locupletiores facti uidebuntur, quamuis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligauerunt. plane si acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: uelut genus quoddam hoc esset permutationes.*

³² D. 5, 3, 25, 8 (Ulp., 15 ed.).

³³ D. 5, 3, 25, 2 (Ulp., 15 ed.): *Quod ait senatus 'eos qui bona inuasissent', quae 'scirent ad se non pertinere', etiam si ante litem contestatam fecerint quod minus possiderent, 'perinde condemmandos quasi possiderent', ita intellegendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur: sed et culpa. et ideo ab eo qui ab alio non exegit uel a semet ipso, si tempore esse liberatus, peti hereditatem posse: hoc utique si exigere potuit.* En este pasaje el jurista también tiene en cuenta a los que dejaron de poseer con culpa, a los que extiende el régimen de la restitución de los poseedores de mala fe. El ejemplo expuesto es el siguiente: puede reclamarse la herencia a aquel que no cobró de otro o de sí mismo pudiendo hacerlo de tal modo que gracias al transcurso del tiempo hubiese quedado liberado el deudor.

³⁴ La regla *dolus pro possessione est* será aplicada también a la acción reivindicatoria como testimonio D. 6, 1, 27, 3 (Paul., 21 ed.), argumentando que teniéndose en cuenta el dolo pretérito en la reclamación de herencia, que es también una acción real, por deducción racional debe tenerse en cuenta también en la acción real especial.

³⁵ Así, en D. 5, 3, 9 (Paul., 16 ed.), en D. 5, 3, 35 (Gai., 6 ed. prov.) o en D. 5, 3, 13, 15 (Ulp., 15 ed.), entre otros.

empieza a poseer algo de la herencia después de la reclamación³⁶. Además, el mismo Ulpiano así lo manifiesta sin invocar para ello el *scj.* en uno de los textos dedicados a la legitimación pasiva a la *h. p.*, D. 5, 3, 13, 2, en el que afirma que el dolo pasado se toma en cuenta en la petición de herencia como si se hubiera dejado dolosamente de poseer (*nam et dolus praeteritus uenit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere*); y también la propia disposición 6c, ya que ésta da por sentado que fueron demandados los que dejaron de poseer *ante petitam hereditatem, o ante litem contestatam*, según la terminología del *scj.*, pues la expresión utilizada es la de que “han de ser condenados” (*condemmandos*) y no la de que “han de ser demandados”.

VI. RECAPITULACIÓN Y ESQUEMA

La novedad más importante introducida por el *scj.* tendría por fundamento la equidad y consistiría en el establecimiento de un régimen diferenciado en cuanto al alcance de la restitución que procede en caso de condena del demandado a la *h. p.* de conformidad con el criterio de que no debe ser de mejor condición el poseedor de mala fe que el de buena fe (*praedo non debeat melioris esse conditionis quam bonae fidei possessor*)³⁷, partiendo de la regla general de exigibilidad a todo poseedor del enriquecimiento obtenido con los bienes hereditarios, enriquecimiento o lucro derivado lógicamente de actuaciones *sui causa* o en provecho propio, pues las actuaciones *causa hereditatis* beneficiaban directamente a la propia herencia. Para la posesión de buena fe se introducirá lo que en D. 49, 14, 38 pr. (Pap., 13 *resp.*) se califica de *beneficium senatus consulti*. Aplicaciones concretas de aquella norma general en lo relativo al *quantum* o alcance de la restitución son dos casos que debían resultar particularmente dudosos en la práctica: la limitación al precio efectivamente recibido en caso de venta de bienes hereditarios por los *qui se heredes esse existimant* y la aplicación del régimen de la posesión de mala fe a todo supuesto de dolo pretérito incluyendo así a los que los dejaron dolosamente de poseer.

La segunda novedad introducida por el *scj.* sería la posibilidad de reclamar no los precios como tales en caso de venta de bienes hereditarios, pues ello ya era posible a través de la subrogación real, sino en el caso concreto de venta seguida de readquisición los precios o la parte de ellos que representasen un lucro de producirse la pérdida o usucapión de los bienes antes de la reclamación de la herencia.

Ambas novedades, si bien introducidas con ocasión de una *h. p.* pública, serían extendidas a todas las *hh. pp.* Deben rechazarse como innovaciones atribuibles al *scj.* tanto la supuesta introducción del principio de subrogación real como la comúnmente aceptada extensión de la legitimación pasiva a los que con dolo

³⁶ (Ulp., 15 *ed.*) D. 5, 3, 18, 1.

³⁷ Regla que aparece recogida en D. 5, 3, 36, 3 (Paul., 20 *ed.*).

dejaron de poseer, pues ambas cosas ya eran reconocidas con anterioridad al *scj.*, el cual no hará sino presuponerlas. Así resulta, a nuestro entender, del tenor de las mismas disposiciones y de los pasajes de los comentarios al edicto del pretor de Ulpiano que se han citado.

Por último, la cuarta disposición (6d) tiene una finalidad hermenéutica y hay que ponerla en relación con la hipótesis concreta del *scj.* y con el procedimiento cognitorio a través del cual se tramitaba la reclamación de *bona caduca*. En su virtud se ha de estimar reclamada la herencia (*hereditas petita*) desde el preciso instante en que se hubiese notificado al demandado la reclamación, cualquiera que fuese el modo empleado para hacer dicha notificación: *aut denuntiatum esset ei aut litteris uel edicto euocatus esset*. El momento en que se produce la notificación al demandado es particularmente relevante, pues determina el tránsito a una posesión de mala fe en el caso de que la posesión del demandado hubiese sido inicialmente de buena fe. La disposición 6d es interpretada por Ulpiano en D. 5, 3, 20, 11 en términos tan generales que la hacen perfectamente aplicable tanto al procedimiento cognitorio como al del *ordo*, pues se entiende reclamada la herencia desde que el demandado sabe que se le reclama: *ex quo quis scit a se peti* y desde ese momento comienza a ser poseedor de mala fe a los efectos de la restitución en caso de condena y para los enriquecimientos que se obtengan a partir de ese momento se aplica la regla *in quo locupletiores facti sunt* sin la limitación prevista para el caso de buena fe. Tratándose del proceso cognitorio, por el que debió de tramitarse la *h. p.* fiscal en la hipótesis motivante del *scj.*, el momento en que uno sabe que se le reclama la herencia es el de la notificación (*cum primum aut denuntiatum esset*):

D. 5, 3, 20, 11 (Ulp., 15 *ed.*): ‘Petitam autem hereditatem’ et cetera: id est ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor. ‘Id est cum primum aut denuntiatum esset’: quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denuntiauit, an incipiat usuras debere pecuniae redactae? et puto debere: coepit enim malae fidei possessor esse. sed ponamus denuntiatum esse, non tamen scit, quia non ipsi, sed procuratori eius denuntiatum est: senatus ipsi denuntiari exigit et ideo non nocebit, nisi forte is cui denuntiatum est eum certiorauerit, sed non si certiorare potuit nec fecit. a quo denuntiatum est senatus non exigit: quicumque ergo fuit qui denuntiauit, nocebit.

En fin, las novedades introducidas por el *scj.* en materia de *h. p.* no son de índole procesal sino sustantiva y se refieren sustancialmente a la determinación del *quantum* de la restitución en caso de condena en juicio del demandado. La incidencia del *scj.* en materia de reclamación de herencia se podría resumir mediante el siguiente esquema:

A. Establecimiento de una regla general de exigibilidad del enriquecimiento que ha obtenido de los bienes hereditarios el poseedor demandado en la *h. p.*: *in quo locupletiores facti sunt* (6c).

- Aplicación de tal regla incluso en los supuestos de pérdida o usucapión *ante petitam hereditatem* de bienes hereditarios que con anterioridad habían sido vendidos por el poseedor y después readquiridos (6b).

B. Establecimiento de un régimen diferenciado en la aplicación de la anterior regla según el criterio de la buena o mala fe del poseedor demandado en la *h. p.*: *praedo non debeat melioris esse conditionis quam bonae fidei possesor*:

a) Reglas sobre la apreciación de la mala fe del poseedor:

i) *Ante petitam hereditatem* la condición del poseedor puede ser de buena o mala fe. Es de buena fe la posesión de *qui se heredes esse existimant* (6a) o de *qui iustas causas habuissent* (6c)

ii) *Post petitam hereditatem* todo poseedor es de mala fe (6d)

b) Poseedores de mala fe:

i) Aplicación sin límite de la regla *in quo locupletiores facti sunt* (6c)

ii) Regla *dolus pro possessione est*: aplicación plena de la regla *in quo locupletiores facti sunt* a los que con dolo dejaron de poseer o no quisieron recibir la posesión *ante petitam hereditatem* (6c)

c) Poseedores de buena fe: limitación de la regla *in quo locupletiores facti sunt* al enriquecimiento actual o conservado (6c):

Aplicación concreta de dicha limitación a la hipótesis de venta de bienes hereditarios: sólo es exigible el precio obtenido en la venta y no los intereses que hubiese podido devengar dicho precio (6a).

En sintonía con la tendencia a marcar las diferencias en lo concerniente a los efectos de la posesión según la buena o mala fe del poseedor que refleja el *scj.* se halla la posibilidad de rescindir las usucapiones *pro herede* de los poseedores de mala fe, que presumiblemente tuvo su origen en otro senadoconsulto de Adriano de fecha algo posterior, quizá del 136, del cual tenemos conocimiento gracias al pasaje Gai. II, 57³⁸:

Gai. II, 57: Sed hoc tempore iam non est lucratiua; nam ex auctoritate diui Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones reuocarentur; et ideo potest ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

Con este SC se abre aún más la brecha que separa al poseedor de buena fe de bienes hereditarios respecto al poseedor de mala fe, pues desaparece la que calificase Gayo como *usucapio inproba*³⁹ o *lucratiua*⁴⁰ y se aproxima y casi se identifica el régimen de la *usucapio pro herede* al de la *usucapio* ordinaria. Sin embargo, se ha cuestionado que un SC pudiese tener por objeto la abolición de las

³⁸ Sobre la distinción entre ambos ss.cc. vid. C. APPLETON, *Le vrai et le faux du SC Juventien*, en *RHD*. 1930, p. 1 y ss; y 621 y ss.

³⁹ Gai. II, 55.

⁴⁰ Gai. II, 57.

usucapiones por tratarse de una institución civil y porque habría constituido por añadidura una medida anómala en el modo habitual de proceder de los romanos en la creación del Derecho⁴¹. Sin embargo, no sería absolutamente descartable aquella posibilidad, pues no se trata de que por la autoridad del SC queden abolidas todas las usucapiones lucrativas o ímprobables sino que aquél sólo prevé su rescindibilidad y porque, además, coherente a la perfección la adopción de esta medida y la política seguida por Adriano, el príncipe más revolucionario de la época clásica como lo calificó Bonfante⁴², en relación con el derecho hereditario de lo que es manifestación el mismo *scj*.

⁴¹ P. FUENTESECA, en *AHDE*. 24 (1954), p. 722.

⁴² P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni. Parte generale* (Roma, 1930), p. 394.