

PROPUESTA SOBRE LA VENTA DE HERENCIA EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

Dedico la presente obra a la Escuela Libre de Derecho en su 85o aniversario, agradeciéndole la formación que me dio para entender la ciencia del derecho. También al profesor Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), con el que descubrí mi vocación por el derecho romano. Agradezco las observaciones realizadas por los profesores Javier Paricio Serrano (Universidad Complutense de Madrid); Andreas Wacke (Universidad de Colonia) y Sandro Schipani (Universidad de Tor Vergata).

No tengo palabras para expresar todo mi agradecimiento a mi querido amigo Aldo Petrucci, quien dedicándome horas y horas para la discusión de textos pude llegar a presentar la presente obra. Tuvo confianza en que podría llegar a presentar una obra de alto nivel científico, por lo que espero que ahora que se cristalizó todo el esfuerzo que me dedicó, pueda responder aunque sea en pequeña medida agradeciéndole todo su apoyo.

Por último agradezco a la Universidad Complutense de Madrid, la Sapienza y al Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Tor Vergata por permitirme la realización de mi investigación en sus centros. Y a mi padre el abogado Moisés Enrique González Pacheco que siempre me ayudó en todo momento para concluir mis estudios en Europa.

SUMARIO: I. *Introducción*. Capítulo 1. *Stipulationes y consensualidad en la compraventa de herencia*. Capítulo 2. *El objeto en la compraventa de herencia*. Capítulo 3. *La transmisión de la herencia*. Capítulo 4. *La calidad de heredero del vendedor y sus efectos jurídicos*. Capítulo 5. *Las obligaciones del comprador*. Capítulo 6. *La venta de herencia y la confusión hereditaria*. Capítulo 7. *La responsabilidad de las partes*. Capítulo 8. *La venta de herencia clásica, utilidades, derecho justinianeo y relaciones con el sistema romanístico actual*. II. *Referencias*.

INTRODUCCIÓN

El tema sobre el que hemos decidido realizar nuestra investigación tiene su origen cuando todavía era estudiante de la Escuela Libre de Derecho (México); al realizar el servicio social entré en el Instituto de Investigaciones Jurídicas dedicándome en su momento a estudiar el libro XVIII del Digesto, haciendo una comparación con el código civil del Distrito Federal; el tema que me causó entusiasmo fue el referente al Título IV,

verdaderamente quedé sorprendido de la cantidad de problemas jurídicos que se planteaban sobre la venta de herencia, por lo que pensé que tales textos podrían identificar principios que pudiesen explicar la institución hoy en día.

El estudio de la *venditio hereditatis* corresponderá a un análisis exegético de las fuentes que se encuentran principalmente en el libro XVIII, título IV del Digesto, así como del Código libro IV, título XXXIX. La institución se centra en la materia contractual; no obstante, como el objeto del negocio es la herencia, tal hecho implicará que se toquen aspectos de derecho sucesorio. La autonomía negocial desempeña un papel relevante en nuestro argumento, centrándose la jurisprudencia romana principalmente en el problema de la interpretación del contrato en caso de que las partes no hubiesen establecido algo al respecto, situación por la que hemos decidido dividir la investigación en los aspectos que particularmente tienen relieve en torno a tales problemas.

Iniciaremos primeramente con el estudio de las relaciones existentes entre las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* y la consensualidad en la compraventa de herencia, porque no se puede comprender nuestro tema si no se afronta en un inicio la mencionada relación que hoy en día, según nuestra opinión, todavía la doctrina no ha dado una respuesta que pudiera llegar a satisfacerlos.

El aspecto objetivo representa su característica típica, afrontándose los siguientes problemas: los presupuestos esenciales de la herencia para ser objeto de la venta; la posibilidad de realizarse una venta de esperanza de herencia; las consecuencias jurídicas de la venta de herencia ajena, los criterios para la determinación del monto de la herencia vendida y el papel que desempeña la libertad contractual de las partes en la determinación de tal.

Seguirá el examen de los aspectos referentes a la transmisión de herencia (cap. 3). Al respecto veremos si los bienes corporales se transmitían en bloque o en tantos negocios como bienes existiesen en la herencia, la utilización de la *in iure cessio hereditatis venditionis causa* y la problemática que ocasionaría tal empleo sobre todo al realizarse *ante aditionem*; la

función de la *mancipatio* y *traditio*, así como también las consecuencias jurídicas de la excepción de determinado bien en la transmisión. En lo referente a la transmisión de los derechos, veremos cuál fue la situación anterior y sucesiva a la reforma de Antonino Pío, así como su alcance en nuestra materia.

Además de la obligación fundamental del vendedor de transmitir la herencia, existen otras obligaciones específicas que se relacionan con la de garantizar la calidad de heredero, reflejándose en la producción de ciertos efectos jurídicos en cuanto al monto de la herencia, garantía por evicción y vicios ocultos (cap.4). La parte correspondiente a las obligaciones del comprador se centrará además del pago del precio, en responder por las pérdidas *ex hereditate* al vendedor; expresándose en diversos aspectos: la indemnización de lo que hubiere dado este último en razón de la herencia, los gastos funerarios, impuestos y deudas de la herencia, indemnización de lo prestado en razón de una condena judicial, la obligación de defensa judicial al vendedor. El aspecto referente a los efectos de la venta de herencia sobre la confusión hereditaria de obligaciones o derechos reales será analizado en otro capítulo (cap. 6), tratándose de explicar la causa por la que determinada obligación en una u otra parte de la relación jurídica puede hacerse de nuevo exigible una vez efectuada la extinción; o bien, por la que debe ser restablecida una servidumbre predial confundida. Una atención particular dedicaremos al perfil de la responsabilidad de las partes (cap.7), tratando de reconstruir el régimen respectivo con referencia a los criterios subjetivos de imputabilidad así como sus consecuencias.

Una vez estudiados todos estos puntos, en el cap. 8 nos tendremos en establecer algunos motivos para explicar la importancia que desempeñó la institución en la vida social romana y las utilidades de la misma; después de una rápida descripción de la disciplina justiniana, intentaremos al final de la investigación de relacionar los principios que se pueden identificar en las fuentes con el sistema romanístico actual, con la finalidad de indicar la *ratio* de sus normas y de llenar las lagunas que existen sobre la materia.

Este trabajo propone enfoques y perspectivas nuevas que serán desarrolladas a lo largo de la exposición, esperando que la presente aportación satisfaga las inquietudes de aquellos que se acercan al estudio de la institución.

Al final del estudio se agregará la traducción que realizamos sobre el libro XVIII, título IV del Digesto, así como del libro IV título XXXIX del Código. El motivo de tal traducción radica en la posibilidad de que los juristas y abogados puedan tener un instrumento de consulta ya sea en el aspecto teórico como en el práctico sobre la materia, así como también el de tratar de difundir la inclinación por el estudio del derecho romano en la América Latina.

¿Podrá el estudio de la institución en sus orígenes ayudar a los juristas de hoy en día a entenderla y aplicarla en el aspecto práctico? ¿El silencio de los ordenamientos jurídicos sobre determinados puntos de la venta de herencia, como la evicción o el límite de responsabilidad de las partes podría ser resuelto a la luz de las argumentaciones de los juristas romanos? Las respuestas a tales interrogantes las dejo en sus manos después de la lectura de la presente obra.

Yuri González Roldán
Madrid-Roma-Ciudad de México.

YURI GONZÁLEZ ROLDÁN

Este trabajo propone enfoques y perspectivas nuevas que serán desarrolladas a lo largo de la exposición, esperando que la presente aportación satisfaga las inquietudes de aquellos que se acercan al estudio de la institución.

LA VENDITIO HEREDITATIS

CAPÍTULO 1

STIPULATIONES Y CONSENSUALIDAD EN LA COMPRAVENTA DE HERENCIA

Venditionis hereditatis obligationes verbis sunt aut consensu? Quia ex stipulationibus et ex consensu fit, conabor statuere eius quaestionis resolutionem, notabo opiniones eruditorum modernorum de interpolatoinibus, quas in fragmentis examinatis sunt, studebo fontes iuridicas de diversarum stipulationum et contractus emptionis venditionis usu.

SUMARIO: I. Líneas de nuestra investigación. II. Las stipulationes emptae et venditae hereditatis en las Instituciones de Gayo. III. Vestigios de las stipulationes emptae et venditae hereditatis en los textos clásicos fuera de las Instituciones Gayanas. IV. La posición de la doctrina sobre la función de las stipulationes emptae et venditae hereditatis. V. El papel del contrato consensual como fuente de las obligaciones del vendedor y del comprador de la herencia. VI. Relaciones entre stipulationes y contrato consensual en la venta de herencia. El ámbito de aplicación de la autonomía negocial de las partes.

I. LÍNEAS DE NUESTRA INVESTIGACIÓN

En el presente capítulo, la materia de la investigación se centrará sobre las relaciones entre la compraventa consensual de herencia y las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. La doctrina antiguamente estaba orientada a considerar solamente las segundas como medio de perfeccionamiento del contrato durante todo el periodo clásico, considerando por tanto como interpolados los textos que se encuentran en el Digesto que hacen mención a las acciones correspondientes a la venta.¹ Con-

secuentemente la indicación del contrato consensual de compraventa de herencia sería fruto de los compiladores justinianos que habrían seguido orientaciones postclásicas. Actualmente los estudiosos manifiestan la opinión de que los dos tipos eran usados en la época clásica, siendo objeto de discusión las relaciones entre ambos;² por lo que el objetivo que nos proponemos es el de asumir la problemática examinándola a la luz de las fuentes jurídicas para llegar a posibles conclusiones.

Nuestra exposición se desarrollará de la siguiente forma: examinaremos los textos que hacen referencia a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* analizando primeramente el que se encuentra en las Instituciones de Gayo, interpretado paralelamente con los fragmentos de Autún y la Paráfrasis de Teófilo en virtud de que ambos dan informaciones preciosas sobre el contenido de tales *stipulationes*. Posteriormente procederemos a identificarlas y examinarlas a la luz de otros textos clásicos, manifestando la posición de la doctrina sobre su función. Determinaremos por último el papel del contrato consensual como fuente de obligaciones de las partes, tratando de explicar de esta manera las relaciones entre las *stipulationes* y la consensualidad.

II. LAS STIPULATIONES EMPTAE ET VENDITAE HEREDITATIS EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO

Gayo, al tratar la posición del fideicomisario en el fideicomiso universal, hace mención en Inst. 2.252³ de lo siguiente:

Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnisset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret,

*ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.*⁴

Gayo comenta al hacer referencia al fideicomisario universal que antiguamente no ocupaba el lugar del heredero ni del legatario, sino más bien el del comprador. Entonces en aquel momento se encontraba en uso que la persona a la cual la herencia le era "restituída" (fideicomisario), le fuese vendida por ejemplo a una moneda (*nummo uno*), y aquellas estipulaciones que entre vendedor de la herencia y comprador suelen interponerse, se interpusieran entre heredero (fiduciario) y la persona a la cual se le "restituía" la herencia (fideicomisario), es decir en el siguiente modo: el heredero (fiduciario) se hacía estipular de la persona a la cual la herencia le era "restituída" (fideicomisario) que de cualquier cosa él hubiese pagado porque condenado a título hereditario, o hubiese dado de otro modo en buena fe, debía ser rembolsado (*indemnisset*), y del mismo modo si alguien ejercitaba una acción contra él a título hereditario, correctamente debía ser defendido; la persona que recibía la herencia, por el contrario, se hacía estipular que, si algo en base a la herencia llegaría al heredero debería restituírsela, y que también le permitiese de ejercitar las acciones hereditarias como *procurator* o *cognitor*.

Gayo hace referencia a la práctica que en materia de fideicomiso se aplicaba antes de la instauración del senadoconsulto Trebeliano (emanado bajo el imperio de Nerón: 54-68 d.C.), cuando el fideicomiso se ejecutaba mediante una compraventa de herencia ficticia. El fideicomisario, en vez de ocupar el lugar de heredero o legatario, tenía el carácter de comprador de la herencia, y el fiduciario el lugar de vendedor, utilizándose las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*.

Remitiendo la cuestión de como se realizaba la transmisión de la propiedad de los bienes de los que era constituída la *hereditas* al capítulo correspondiente a la transmisión de la he-

rencia,⁵ concentremos en este momento nuestra atención sobre el contenido de tales *stipulationes*.

a). Con referencia a aquella que el vendedor o heredero fiduciario se hacía prometer del comprador o del fideicomisario, (*stipulatio venditae hereditatis*), el jurista señala lo siguiente: *ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset, sive quid alias bona fides dedisset, eo nomine indemnitas esset et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur*. Del texto no podemos saber con certeza si se trataba de una única *stipulatio* o de dos *stipulationes*;⁶ no obstante, es claro que, mientras la presente estipulación o estipulaciones no se aplicaban ya al fideicomiso hereditario, dada la vigencia del senadoconsulto Trebeliano, su utilización era empleada todavía por el vendedor y comprador de la herencia. La primera parte de la *stipulatio* o la primera *stipulatio* decía “que cualquier cosa que él (entiéndase vendedor) hubiese pagado porque condenado a título hereditario, o cualquier cosa hubiese dado de otro modo en buena fe, en nombre de éstos debía ser reembolsado”. Su finalidad era que el comprador se responsabilizaba de devolver al vendedor la suma que éste hubiera pagado en ejecución de una condena en razón de la herencia, v.g. a causa de acciones ejercitadas por acreedores hereditarios o legatarios y de reembolsarlo por las cosas dadas en buena fe.

La siguiente parte de la *stipulatio* o la otra *stipulatio* se expresa de la presente forma: “si alguien ejercitaba una acción contra él (entiéndase el vendedor) en razón de la herencia, él correctamente debía ser defendido.” En efecto, la palabra latina *defenderetur* en este contexto puede ser entendida abstractamente de dos modos ambos jurídicamente posibles, reflexivo (podía defenderse) o pasivo (debía ser defendido). En el primer significado implicará, que si un acreedor llegase a exigir del vendedor una deuda hereditaria o un legado mediante acción, él mismo podría oponer una excepción manifestando la realización de la presente *stipulatio*. Aceptando el segundo significado resultaría que el vendedor, llamado en juicio por un tercero, podía en base a esta *stipulatio* exigir al comprador su intervención en el proceso, en caso contrario el resarcimiento de daños.

Sin embargo, la primera interpretación es difícilmente compartible, porque resultaría extraño que el vendedor se hiciera prometer del comprador su posibilidad de defenderse en juicio, puesto que, como veremos en el punto b), el mismo queda titular de las acciones hereditarias otorgando al comprador su actuación como *procurator* o *cognitor*. Por el contrario, la segunda interpretación se encuentra fundamentada no sólo en la lógica, sino también en otras fuentes jurídicas.⁷ Dado que el comprador era el nuevo titular del patrimonio hereditario, es normal pensar que éste se obligase a intervenir en un proceso surgido por causa de tal patrimonio, sosteniendo las argumentaciones del vendedor. Y de una defensa del vendedor asumida por el comprador en una *stipulatio*, hablan expresamente los comentarios a las Instituciones de Gayo: tanto en 2.69. de los *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia*, cuyo texto es referido posteriormente, como la *Paraphrasis* de Teófilo 2.23.3. que dice: *omologeiv...defendeúein me (spondesne...me defendere)*.⁸

b) El contenido de lo que el comprador se hacía prometer del vendedor de la herencia (*stipulatio emptae hereditatis*), es expresado por el texto gayano en examen en el siguiente modo: *ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi*. El comprador de la herencia se hacía prometer con la presente *stipulatio* “que si algo en base a la herencia llegaría al vendedor, él debería restituírsela, y que también el mismo le permitiese que ejercitara las acciones hereditarias como *procurator* o *cognitor*.” También en el presente caso parece incierto si se trata de una o dos *stipulationes*. En base a ésta o éstas, el vendedor se encontraba obligado a transmitir al comprador todo lo que recibiese en razón de la herencia, por ejemplo si recibiese el pago de un crédito o un bien perteneciente a la misma del cual no tuviese conocimiento antes, sería responsable de la entrega al comprador. También tendría que permitir al comprador el ejercicio de las acciones hereditarias, de las cuales continua siendo titular, contra los deudores de la herencia como *procurator* o *cognitor*, realizando prácticamente una cesión de tales.

Otras noticias relativas al contenido de las presentes *stipulationes emptae et venditae hereditatis* se encuentran en los textos II 68, 69 y 70 de los ya mencionados *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia*¹⁰ y en la *Paraphrasis* de Teófilo.

Mayor importancia al fin de nuestra investigación presenta la primera obra, puesto que, si bien su carácter de texto postclásico y su parcial corrupción, completa el cuadro explicado hasta el momento. Empezamos a analizar el texto 2.68. que dice lo siguiente:

Nam quando heres hereditatem deferre uolebat, generaliter, quia onera hereditaria apud eum manebant et actiones.....ut quidquid uenditor hereditario nomine soluerit bona fide.....di.....rit emptoris nomine.....t.....esset.....debet.....debeat sed distr.....se.....et stipulabatur quidquid uenditor test.....emptor ita: stipulor a te, interrogo te solemnibus uerbis spondes.....quidquid hereditario nomine condemnatus fueris uel bona fide solueris.....condemnatus fuero in iudicio bona fide soluero illis priuatim, iis semper de.....atur.....manifestum esse debetum.....litigare.....d..... soluero.

No obstante sus lagunas, tal texto es útil para dar luz al argumento tratado. Cuando el heredero quería transferir la herencia, puesto que las cargas hereditarias quedaban a él y las acciones según el anexo de Ferrini¹¹ *ei et in eum dabantur, ab emptore ita stipulabatur*- eran dadas a él y contra él, se hacía prometer del comprador la indemnización de cualquier cosa que hubiese pagado en buena fe a causa de la herencia. La expresión *indemnitas esset* (o similar) falta en el texto de Autún; no obstante la reconstrucción que la incluye es bastante segura sobre la base del texto 2.252. de las Instituciones de Gayo.

Visto que la parte siguiente del texto es incompleta y de difícil lectura, Ferrini trató de reconstruir el sentido de la misma en este modo: *bona fide soluitur, cum ita videatur manifestum esse debitum, ut non expediat litigare, etsi privatim et non condemnatus in iudicio solvero. Ideo hoc dicitur, ne supponas venditorem hereditatis non nisi per iudicem coactum debita hereditaria soluere oportere.*¹² (Es pagado en buena fe, resultando así manifiesto que es debido, de modo que no es conveniente litigar, también si privadamente y no porque condenado en juicio habré pagado. Por lo tanto, se dice esto a fin que tu no creas que el vendedor de la herencia sea obligado a pagar las deudas hereditarias a menos que constreñido por el juez). En realidad la reconstrucción de Ferrini no toma en consideración la parte del texto que mayormente interesa a nuestra investigación, donde se lee la existencia de la *stipulatio* o de las *stipulationes* del comprador frente al vendedor: *stipulabatur quidquid venditor test.....*(incompleta); donde se manifiestan algunas palabras de la interrogación del vendedor al comprador: *stipulor a te, interrogo te solemnibus uerbis spondes...*, y de la correspondiente respuesta de éste último: *quidquid hereditario nomine condemnatus fueris uel bona fide solueris...condemnatus fuero in iudicio bona fide soluero illis privatim*. El párrafo refiere parte del contenido de la mencionada *stipulatio* o *stipulationes* que dice: “Me hago prometer de tí, te pregunto con palabras solemnes tu prometes...” y “cualquier cosa de la que fuiste condenado a pagar a título hereditario o pagaste en buena fe...seré condenado en un juicio de buena fe <y> pagaré privadamente por éstas cosas”. La primera parte de la *stipulatio* o *stipulationes* hasta *bona fide solueris* corresponde en la sustancia a lo que dicen las Instituciones de Gayo, con la sola diferencia de *bona fide soluere* en lugar de *bona fide dare*, que podría implicar una extensión de tal régimen jurídico a cualquier forma de cumplimiento, como sería el pago de una suma de dinero o un *facere*.

La novedad del Gayo de Autún es una clara referencia a la obligación del comprador de pagar la suma a la cual el vendedor habría sido condenado mediante un *iudicium bonae fidei*. Como el texto hace mención a la venta de herencia, es posible

que el juicio de buena fe al que se refiere sea el de compraventa. Este punto tendría gran relieve en la demostración de la postura que, aún existiendo las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, el fundamento del contrato de compraventa de herencia podría ser simplemente la consensualidad, y que por lo tanto serían aplicables al mismo tiempo o bien las acciones propias de la compraventa, o bien la acción de lo estipulado, como veremos más adelante en el presente capítulo.

Una vez tratado el texto anterior, pasemos a analizar *Frag. Aug. 2.69*. que dice:

Ideo hoc dicit,.....ne per iudicem supponas hoc.....modo... creditor.....dicat.....soluis hereditatis nomine....d condemnatus fuero uel.....reddi mihi spondes? stipulabatur et emptor hoc modo: si quis creditor hereditarius uelit contra me proponere actionem.....defensionem suscipere.....spondes?.....postea..... creditor i ego soluam.....et postea agam contra te: suscipe defensionem in rem.....fueris. Aut r.....si uictus fueris.....sustineas.....non sequetur ut onera hereditaria.....

La primera parte del texto no puede ser reconstruida completamente pero es probable la mención de una *stipulatio* con la cual una de las partes prometía rembolsar (*reddi mihi spondes*) "cuanto la otra parte hubiese sido condenada a pagar a título de la herencia". (*soluis hereditatis nomine <quidquid> d condemnatus fuero*). Confrontando el texto con el de Gayo en Instituciones 2.252. podríamos pensar que es la misma *stipulatio venditae hereditatis*, (palabras más, palabras menos) *ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset*, que realizaba el comprador frente al vendedor y que también se trataba en el fragmento 2.68. Tal consideración es fundamentada en la semejanza de terminología de los conceptos jurídicos: la expresión *solvis hereditatis nomine...quidquid condemnatus fuero* puede considerarse correspondiente a *quidquid hereditario no-*

mine condemnatus solvisset; así como el término *eo nomine indemnus esset* puede bien pensarse que se manifieste en una estipulación cuyo contenido es *reddi mihi spondes*.

En la siguiente parte del texto hay una mayor claridad con referencia a una estipulación que decía *si quis creditor hereditarius uelit contra me proponere actionem...defensionem suscipere...spondes?* (Si un acreedor hereditario quiere ejercitar una acción contra mí...¿prometes asumir la defensa?). Esta estipulación encuentra paralelo con la *venditae hereditatis* mencionada por Gayo en Instituciones 2.252 que se expresa de la siguiente forma: *si quis cum eo* (el vendedor) *hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur*. Tal paralelismo nos permite establecer de que ésta también era realizada por el comprador frente al vendedor; no obstante, las palabras del texto de Autún *stipulabatur et emptor hoc modo*, entendidas técnicamente, podrían hacer pensar en una *stipulatio* donde el comprador fuese el acreedor. Por otra parte, el empleo del verbo *stipulor* para indicar el negocio verbal también *ex parte debitoris* no es una particularidad de los *Fragmenta Augustodunensia* pues se encuentra ya en algunos textos jurídicos de época clásica.¹³ Precizando que, en vista de una posible demanda de un acreedor de la herencia, el vendedor se hizo prometer del comprador la asunción de su defensa, los fragmentos de Autún confirman nuestra interpretación del correspondiente texto de las Instituciones gayanas ya tratado, que a través de tal *stipulatio* el vendedor obligaba al comprador a asistirlo en juicio.

La sucesiva parte del texto hasta el final del párrafo resulta lagunosa; el único punto entendible es el referente a la existencia de una acción de regreso que tiene el vendedor contra el comprador en caso de que haya pagado al acreedor hereditario: *postea...creditori ego solvam...et postea agam contra te*.

En el texto 2.70 se dice:

.....et e contrario fideicommissarius interrogabat heredem: quidquid hereditario nomine exegeris mihi dare spondes?..... hereditarios proponere actiones, facturum esse spondes? t...erem in rem.....siue non ille exigat, sed mihi teneatur..... actio-

nem cedere.....sed hae.....t....interponi inter heredem et fideicommissarium, ideo apud ueteres loco emptoris.....

El texto vuelve a examinar la relación entre fideicomisario y heredero; la parte que se puede reconstruir, refiere una *stipulatio* donde el fideicomisario interrogaba al heredero en el siguiente modo (*et e contrario fideicommissarius interrogabat heredem*): “prometes darme cualquier cosa que tú habrás exigido a título hereditario?” (*quidquid hereditario nomine exegeris mihi dare spondes?*). El contenido de tal *stipulatio* es conforme a lo que dice Gayo en Instituciones 2.252 de la *stipulatio emptae hereditatis: ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur*, con la siguiente diferencia: los fragmentos de Autún hablan de lo que el vendedor (o heredero) haya exigido por los deudores hereditarios, mientras las Instituciones hacen referencia a un contenido más general, en base al cual el vendedor era obligado a transmitir todo lo que le hubiese llegado de la herencia.

No es posible reconstruir con certeza la parte sucesiva del texto, pero de las palabras legibles se puede apreciar que se trata de otra *stipulatio* que regulaba la relación entre el fideicomisario y el heredero en el caso de ejercicio de acciones a título hereditario. En base a las palabras restantes (*hereditarios proponere actiones, facturum esse spondes?*) se puede considerar la hipótesis de que los acreedores hereditarios ejerciten estas acciones contra el fideicomisario o la hipótesis contraria en que este último ejercite tales acciones contra los acreedores hereditarios. Comparando tal fragmento con el texto de las Instituciones de Gayo podríamos considerar como mayormente convincente la segunda postura porque en tal texto se menciona como contenido de la *stipulatio* entre heredero y fideicomisario la autorización del primero al fideicomisario de ejercitar las acciones hereditarias como *procurator* o *cognitor*.

De lo que se puede observar en la frase sucesiva es digno de destacar la expresión *sed mihi teneatur...actionem cedere*, que indica seguramente según las primeras palabras una responsabilidad de un *debitor* hereditario frente al fideicomisa-

rio (*mihi teneatur*), mientras las palabras finales expresan una cesión de acción entre vendedor y comprador. Teniendo en consideración el contenido de la *stipulatio emptae hereditatis* inmediatamente precedente y el texto de Gayo en Instituciones 2.252 es verosímil la suposición de que esta frase que falta completase la primera en lo que respecta a que el heredero cediere la acción contra el deudor hereditario al fideicomisario como un representante.

La parte conclusiva del texto se puede reconstruir de este modo: *sed hae <solebant> <stipula>t<iones> interponi inter heredem et fideicommissarium, ideo apud veteres loco emptoris...* (estas estipulaciones se solían interponer entre heredero y fideicomisario, porque en los antiguos era en lugar del comprador); retomando lo que al final del 2.67. se dice *et stipulationes interponebantur inter heredem et fideicommissarium, quae solent interponi inter venditorem et emptorem*.

Limitada en su explicación es la *Paraphrasis* de Teófilo, que en el presente punto, según la opinión común de la doctrina, retomaría una traducción griega de las Instituciones de Gayo.¹⁴ Al respecto el texto 2.23.2. de tal obra dice con referencia a la *stipulatio emptae hereditatis*:

ὁμολογεῖς, ὃ κληρόνομε, εἰὰν ἀπαιτήσης
hereditarium debitora διδόναι μοι τοῦτο ἤγουν καὶ ἐκχώρειν
μοι τὰς ἀγωγὰς ὥστε δύνηθῆναι με *procuratorio nomine*
κινήσαι ταύτας; ὁμολογεῖς¹⁵

Como podemos observar, el jurista bizantino resume en la forma interrogativa y reducida el mismo contenido de esta estipulación ya referido por Gayo, haciendo notorias las obligaciones del vendedor de transmitir al comprador lo que hubiese recibido por los deudores hereditarios o de cederle las correspondientes acciones, de modo que pudiese ejercitarlas a título de *procurator*. Después, haciendo mención a la *stipulatio venditae hereditatis* (2.23.3) Teófilo continúa diciendo:

ὁμολογεῖς, ὃ *fideicommissarie*, εἰὰν ἀπαιτηθῶ τι ὑπὸ
hereditarium creditoros διδόναι μοι τοῦτο ἤγουν καὶ
defendeíein με καὶ περιποιεῖν μοι τὸ ἀνενόχλητον;
ὁμολογεῖς¹⁶

También el objeto de tal estipulación resulta más breve en el comentario del antecesor respecto al de Gayo 2.252, limitándose a afirmar que el comprador quedaba obligado o a reembolsar al vendedor lo que éste último había debido pagar a un acreedor hereditario o a defenderlo en juicio; en uno u otro caso, el vendedor tenía derecho a la indemnización respectiva.

El texto de Gayo, Inst. 2.252, y de las respectivas interpretaciones que acabamos de observar han constituido la base sustancial más importante del nuevo tentativo de reconstrucción del formulario de estas *stipulationes*, realizado por Manthe.¹⁷

Además del texto de Gayo en Instituciones 2.252. y de las respectivas interpretaciones apenas vistas, existe el texto 2.257. de las mismas instituciones gayanas, donde al hablar del fideicomiso universal el jurista hace una analogía entre las *stipulationes* que se realizan en tal institución y las correspondientes a la venta de herencia, como se puede apreciar:

Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.

El texto comenta que, una vez que el heredero ha aceptado voluntariamente la herencia objeto del fideicomiso, tanto si retiene como si no quiere retener la cuarta parte, gravan sobre él las totales cargas hereditarias: pero si retiene la cuarta parte, deben interponerse con el fideicomisario las estipulaciones de parte y por parte, como se hace entre el legatario (parciario) y el heredero; si por el contrario se "restituye" toda la herencia, han de interponerse estipulaciones al ejemplo de las que se hacen en la compraventa de herencia.

Como hemos visto anteriormente, antes de la aprobación del senadoconsulto Trebeliano, el fideicomisario tomaba el lugar

del comprador de la herencia, mientras que después de tal senadoconsulto su posición es la del heredero, dejando de ser necesaria la aplicación de *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. No obstante, con la vigencia del senadoconsulto Pegasiano (bajo el imperio de Vespasiano 69-79 d.C.), serán necesarias de nuevo *stipulationes* en caso de que se restituya toda la herencia, no siendo las *emptae et venditae hereditatis*, sino otras de carácter análogo.¹⁸ Si bien el presente texto no nos da mayor información en lo referente al contenido de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, su importancia radica en la confirmación de que tales *stipulationes* continuaban en vigencia en la época del jurista.

III. VESTIGIOS DE LAS *STIPULATIONES EMPTAE ET VENDITAE HEREDITATIS* EN LOS TEXTOS CLÁSICOS AL MARGEN DE LAS INSTITUCIONES GAYANAS

En numerosos textos de los juristas clásicos se hace referencia a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. Los testimonios más antiguos se mencionan por Labeón citado por Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1 y por Aristón, cuya opinión se encuentra referida por Meciano, *libro secundo fideicommissorum* D.32.95. Otros ejemplos son indicados por Celso, *libro trigensimo secundo digestorum* D.50.16.97; Juliano, *libro quinto decimo digestorum* D.18.4.18. y *libro duodecimo digestorum* D.15.1.37.pr; Escévola, *libro vicensimo septimo digestorum* D.44.4.17.2; Ulpiano, *libro quinquagesimo ad Edictum* D.45.1.50.1. y Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, donde se hace patente tal utilización. A los presentes textos podemos añadir también una constitución del emperador Antonino Caracalla (211-217 d.C.) recogida en C.4.39.2. Comenzaremos ahora con el análisis individualizado de cada uno de ellos.

a). El caso examinado por Labeón y comentado por Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1. es el siguiente:

*Apud Labeonem ita scriptum est:*¹⁹ *filium et filiam in sua potestate pater intestatus reliquit: filia eo animo fuit sem-*

per, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere: deinde frater eius filiam procreavit et eam infantem reliquit: tutores servo avito eius imperaverunt, ut ab eo, cui res avi hereditatis vendiderunt, stipularetur, quanta pecunia ad eum pervenisset: ex ea stipulatione quid pupillae adquisitum sit, peto rescribas. Paulus: est quidem verum bona fide possessum servum ex re eius cui servit stipulantem possessori adquirere: sed si res, quae ex hereditate avi communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt, non videtur ex re pupillae totum pretium stipulari ideoque utrisque adquiri.

Un *pater familias* ha fallecido *intestatus* dejando un hijo y una hija que al momento de la muerte estaban bajo su potestad. La hija siempre era de la idea que nada de la herencia de su padre le hubiese pertenecido. Su hermano, después de haber procreado una niña, muere cuando ésta es todavía *infans*. Los tutores de la pequeña ordenan a un esclavo del abuelo fallecido de hacerse prometer del comprador mediante una *stipulatio*, el pago del precio de la herencia del mismo abuelo que el hijo muerto había recibido por sucesión de las cosas hereditarias. La cuestión presentada al jurista tiene por objeto lo que se podía considerar adquirido por la *pupilla* en base a esta estipulación. El texto nos conserva solamente la solución ofrecida por Paulo sin mencionarse la de Labeón, afirmando el principio general²⁰ de que, si un esclavo poseído en buena fe (y tal era la situación de la niña frente a la mitad del dominio de este esclavo, pues su tía era la copropietaria) adquiere algo mediante una estipulación relativa a los bienes del poseedor, tales adquisiciones pertenecen a éste último. No obstante, en el presente caso, si la venta de herencia del hijo fallecido ha incluido los bienes del abuelo que eran comunes con su hermana, tal principio no puede valer, porque la *stipulatio* no tenía como objeto sólo los bienes pertenecientes a la pupila, sino los de ella y de su tía, y por lo tanto el precio sería común a ambas.

En lo que respecta a nuestra investigación en el presente texto se señalan los siguientes aspectos interesantes. Primero, la obligación del comprador de la herencia de pagar el precio

forma objeto de una *stipulatio*. Es importante observar que el monto de tal precio no resulta ya determinado, sino simplemente determinable en la fórmula *quanta pecunia ad eum pervenisset*, que parece implicar una función intermediaria del comprador, el cual a su vez habría vendido la herencia a otros.²¹ En segundo lugar, el principio *semel heres semper heres* se aplicaba también a la hija que erróneamente creía no tener derecho sobre la herencia paterna, explicándose de éste modo que el precio pagado por el comprador fuere también a beneficio de ella como titular de bienes hereditarios que se encontraban dentro de la herencia del hermano fallecido. Si bien la herencia vendida contenía bienes de la tía, tal contrato era plenamente válido, al igual que todas las ventas consensuales independientemente que la mercancía no perteneciera al vendedor.²² Al final, en la respuesta de Paulo encontramos que la cotitularidad del precio de la herencia vendida es originada por la comunidad de bienes del *avus* muerto entre tía y sobrina.

b). De las *stipulationes emptae hereditatis* encontramos expresamente mención por parte de Aristón, el cual, citado por Meciano en D.32.95, dice en la parte que nos interesa lo siguiente:

“Quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo, uti det, quantas summas dicta vero dederó”. Aristo res quoque corporales contineri ait, ut praedia mancipia vestem argentum, quia et hoc verbum “quantas” non ad numeratam dumtaxat pecuniam referri ex dotis relegatione et stipulationibus emptae hereditatis apparet et “summae” appellatio similiter accipi deberet ...

Para la interpretación de las palabras *quantae summae* de un fidecomiso,²³ el jurista de la edad de los emperadores Severos retoma la opinión de Aristón de finales del I siglo d.C., según la cual tales palabras no se limitan al dinero contante (*pecunia numerata*), sino incluyen también las *res corporales* (fundos, esclavos, vestidos y plata), como resultaba del legado de dote y de las *stipulationes emptae hereditatis*. De tal opinión puede

apreciarse el empleo en la compraventa de herencia de estipulaciones con las cuales el comprador se hacía prometer por el vendedor la transmisión no sólo del dinero, sino también de otras cosas contenidas en ésta o que en futuro le hubiesen llegado por motivo de éste. Es útil observar, por un lado, un cierto paralelismo entre fidecomiso universal y compraventa de herencia también después de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, y, por otro lado, el uso del plural *stipulationes* que parecería implicar la interposición de más de una estipulación *emptionis hereditatis causa*.

Los testimonios de Labeón y de Aristón nos ofrecen un cuadro de la compraventa de herencia del siglo I d.C., donde las partes utilizaban *stipulationes emptae et venditae hereditatis* para determinar respectivamente la obligación del comprador de pagar el precio y la o las del vendedor de transferir las cosas pertenecientes a la herencia. Parecería por lo tanto deducirse un tipo de contenido más amplio de tales *stipulationes* frente a las mencionadas por Gayo Inst. 2.252., donde en aquella(s) *venditae hereditatis* falta la referencia a la obligación del pago del precio y en aquella(s) *emptae hereditatis* de la transmisión de las cosas que formaban actualmente la herencia vendida o que habrían podido llegar en un futuro por causa de la misma.

c) La interpretación de algunas palabras del formulario de la *stipulatio emptae hereditatis* es dada por el jurista Celso, libro *trigésimo secundo digestorum* D.50.16.97, que dice:

Cum stipulamur 'quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit' res ipsas quoque quae pervenerunt, non pretia earum spectare videmur.

Cuando nos hacemos prometer 'todo el dinero que te habrá llegado de la herencia de Ticio', resulta que nos referimos a las cosas que llegaron y no a sus precios. Explica Celso que la locución *quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit* que formaba parte del formulario de la *stipulatio emptae hereditatis* debía entenderse como obligación del vendedor de transmitir al comprador todas las cosas hereditarias obtenidas posterior-

mente a la celebración de la venta de herencia, no pudiéndose sustituir con su precio.²⁴ La palabra *pretium* en el presente texto asume el sentido de valor económico de dichas cosas si el vendedor hubiese preferido conservarlas en lugar de otorgarlas, así como de precio pagado por un tercero al que el vendedor las hubiese vendido. La interpretación de Celso, por un lado, confirma la opinión de Aristón examinada en el punto b), y, por el otro, se relaciona con la problemática tratada por Paulo en D.18.4.21, que veremos en el punto h).

d) En el texto de Juliano recogido en D.18.4.18. se manifiesta la posibilidad de que en una compraventa de herencia el vendedor opte por la acción de venta o la acción de lo estipulado contra el comprador. El caso que el jurista examina es el siguiente:

Si ex pluribus heredibus unus, antequam ceteri adirent hereditatem, pecuniam, quae sub poena debebatur a testatore, omnem solverit et hereditatem vendiderit nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quicquam servare poterit, cum emptore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur: omnem enim pecuniam hereditario nomine datam eo manifestius est, quod in iudicio familiae erciscundae deducitur, per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus suis consequi potest, quam quod tamquam heres impenderit.

La situación tratada por el texto es la referente a que un heredero, antes de que los otros aceptaran la herencia (*antequam ceteri adirent hereditatem*), paga todo el dinero que bajo estipulación penal debía el testador y después vende el patrimonio hereditario. Como los otros herederos son insolventes y no pagan la propia cuota al heredero vendedor, el jurista considera que este último puede correctamente ejercitar contra el comprador para conseguir tal fin o con la acción *ex stipulatu* o con la acción *ex vendito* (*cum emptore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur*). La justificación sobre la que Juliano fundamenta tal solución es que la estipulación penal ha sido pagada a título hereditario (*hereditario nomine*), y por

tanto el heredero vendedor de la herencia que la había pagado podía obtener de los otros coherederos la restitución de las respectivas cuotas con la *actio familiae erciscundae* en el momento de la división de la herencia, puesto que con esta acción todo coheredero podía obtener también la división de los gastos realizados como heredero a causa del patrimonio hereditario.

Dentro de la doctrina que se ha ocupado del presente texto²⁵ señalamos la opinión de Torrent,²⁶ el cual lo considera confuso porque, según su postura, "no se entendería como era posible que el heredero hubiere vendido la totalidad de la herencia existiendo otros coherederos". Sigue diciendo Torrent que "se podría pensar que el vendedor ha realizado el cumplimiento de una obligación de una herencia que tiene más pasivos que activos, porque si los herederos no tienen para pagar las deudas, significa por ello que los activos de la herencia no eran suficientes. Por tanto la explicación que sigue a la declaración del texto sería con toda seguridad compilatoria, al menos remanejada, en donde el compilador no tomó bien lo que decía el jurista clásico y dió una explicación confusa, o añadió la última parte de su cosecha".²⁷ La conclusión de Torrent es que, si bien la mención del pago por causa hereditaria por parte del heredero es correcta, la referencia a la acción de partición de herencia no tendría relación con la idea narrada en un inicio.

La interpretación de Torrent ocasiona ciertas dudas. En primer lugar, en el texto se dice claramente que uno sólo de los herederos había aceptado la herencia, y que la vende antes que los otros hubieren aceptado. Esto hace pensar que los herederos eran voluntarios, y que por lo tanto la falta de aceptación de los otros impedía que fuesen herederos; el que había realizado la *aditio* era en ese preciso momento el único titular del patrimonio hereditario explicando por ello la causa por la que había tenido la facultad de venderla.²⁸ El siguiente criterio del autor sobre el carácter pasivo de la herencia y sus consecuencias para los otros coherederos, no parece admisible, a nuestro entender, por el hecho de que la interpretación debería realizarse de otro modo: el heredero que ha efectuado la venta ha recibido un precio, los otros llamados a la herencia, una vez habiéndola aceptado y por lo tanto teniendo el carácter de he-

rederos, exigen su parte correspondiente; no obstante, para otorgársela el vendedor pretende el pago de la obligación cumplida por él, a lo que éstos se manifiestan insolventes; frente a tal hecho el vendedor tendrá la facultad de exigir en vía de regreso el pago al comprador mediante la *actio ex stipulatu* o *actio ex vendito*. Es interesante destacar como el ejercicio de la acción contra este último sea subordinado al previo ejercicio contra los otros coherederos y a su insolvencia.

En base a tales consideraciones, también la objeción de una falta de coherencia entre la segunda parte del texto y la primera es difícilmente aceptable, porque el jurista explica la razón jurídica y el medio adecuado con el cual el heredero vendedor podía demandar la repartición de la deuda hereditaria a los otros herederos. El hecho de que el vendedor ha pagado *tamquam heres* (como heredero) un gasto de la herencia lo autorizaba en cuanto al ejercicio de la *actio familiae erciscundae* contra los otros coherederos, puesto que ya en la época clásica tal acción se utilizaba también para la repartición de las *praestationes personales*.²⁹ De lo anterior podemos compartir la posición de la doctrina más reciente que no considera interpolado el presente texto de Juliano.³⁰

En el presente punto de nuestra investigación nos interesa analizar la parte correspondiente al ejercicio alternativo por parte del heredero vendedor de la *actio ex stipulatu* o de la *actio ex vendito*; de las palabras del jurista resulta que se encuentran en un mismo plano la elección de cualquiera de las dos acciones.

La *actio ex stipulatu* mencionada por Juliano podría tener como origen una *stipulatio venditae hereditatis* por la que el comprador se obligaba a reembolsarle al vendedor los gastos que hubiese realizado; y tal acción se encuentra al mismo nivel que la *actio ex vendito* en cuanto a su fundamento causal. Si aceptamos la presente postura, sería pertinente determinar si tal *stipulatio* a la que hace referencia Juliano, correspondería a la *stipulatio venditae hereditatis* mencionada por Gayo en Instituciones 2.252. que hemos tratado anteriormente. De la exégesis que realizamos sobre tal texto, podríamos considerar que el contenido de la *stipulatio* que expresa Gayo encuentra

paralelismo con la mencionada por Juliano, puesto que el comprador se obliga a pagar las deudas correspondientes a la herencia.

La elección de una u otra acción manifestada por Juliano, podría demostrar que en su época la obligación del comprador de pagar las deudas hereditarias, podía establecerse en una *stipulatio* accesoria al contrato consensual de venta de herencia, o inmersa en el mismo contrato consensual, expresando probablemente una orientación de la práctica en esta última dirección. Tal afirmación resulta confirmada, como veremos en el párrafo V del presente capítulo, por otros dos textos del mismo Juliano, citado por Ulpiano, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14 pr. y *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.15, y por un texto también de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.11, donde la obligación del vendedor de la herencia de ceder las acciones y la del comprador de reembolsar los gastos *hereditario nomine* son un efecto natural del contrato consensual sin necesidad de una expresa *stipulatio*.

e) Se refiere a una *stipulatio emptae hereditatis* otro texto de Juliano, *libro duodecimo digestorum* D.15.1.37 pr, el cual manifiesta:

Si creditor filii tui heredem te instituerit et tu hereditatem eius vendideris, illa parte stipulationis "quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit" teneberis de peculio.

Un acreedor de tu hijo, que tiene un peculio, te ha instituido heredero y tú has vendido su herencia, en base a la parte de la *stipulatio emptae hereditatis*, donde se dice que el vendedor está obligado a transferir al comprador todo el dinero que llegara a él *ex hereditate* (*quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit*), podrás ser convenido en juicio con la *actio de peculio* y responderás dentro de los límites de este.

Renviando al capítulo respectivo el análisis del texto en lo referente al aspecto de la confusión hereditaria,³¹ en este momento nos limitamos a observar una identidad entre el contenido de la parte de la *stipulatio* referido por Juliano y el que

se encuentra mencionado por Gayo en Inst. 2.252. así también por los comentarios al manual gayano analizados en el párrafo anterior. Con la sola diferencia que Juliano al hablar de *pecunia* refiere exactamente las palabras originarias de la *stipulatio*, mientras Gayo hace mención de forma más general a *quid*, según la interpretación jurisprudencial que se había afirmado.³²

f) Una probable referencia a una *stipulatio venditae hereditatis* se aprecia en el caso analizado por Escévola, *libro vicensimo septimo digestorum* D.44.4.17.2, que señala:

Ex quadrante heres scriptus a coherede ex dodrante instituto emit portionem certa quantitate, ex qua aliquam summam in nominibus ex kalendario uti daret, stipulanti spondit: defuncto venditore hereditatis falsum testamentum Septicius accusare coepit et hereditatem ab emptore petit et ne quid ex ea minueret, impetravit: quaesitum est, cognitione falsi pendente an heredes ex stipulatu petentes doli exceptione summoventur. Respondit heredes venditoris, si ante eventum cognitionis pergant petere, exceptione doli mali posse summoveri.

El heredero instituido por la cuarta parte compra del coheredero de las tres cuartas partes de la herencia su cuota a un cierto precio, parcialmente constituido por créditos a término fijo (*nomina ex kalendario*) que prometía de pagar con una *stipulatio*. Fallecido el vendedor de la cuota hereditaria, un tercero, Septicio, propone una *accusatio falsi testamenti* y pide la herencia al comprador, obteniendo que no pueda actuar de modo de disminuirla. Estando pendiente el proceso de falsedad, los herederos del vendedor de la cuota hereditaria llaman en juicio al comprador con la *actio ex stipulatu* para el pago del precio, por lo que le pregunta al jurista la posibilidad de oponerles una *exceptio doli mali*. Su respuesta es afirmativa, si tales herederos ejercitaron su acción antes de la decisión del proceso de falsedad.

De la situación considerada por el jurista puede deducirse que: a) la compraventa de herencia podía tener por objeto la to-

talidad o una cuota hereditaria, siendo posible que las partes en el contrato fuesen los propios coherederos; b) el precio fuese constituido en parte por dinero y en parte por créditos que debían ser satisfechos en una fecha determinada. Bajo el perfil de que nos ocupamos en este momento, el hecho de que la obligación del comprador de pagar tal precio totalmente o al menos en la parte constituida por los créditos estaba incluida en una *stipulatio*, hace pensar que la venta de herencia se hubiese realizado mediante *stipulationes emptae et venditae hereditatis* y que en esta última (o estas últimas) se hiciese mención del precio o bien que a ésta(s) se acompañase la *stipulatio* que tenía por objeto el mismo. De eso deriva que los herederos del vendedor ejercitaban la *actio ex stipulatu* para exigir dicho precio. Otra circunstancia en favor del empleo de tales *stipulationes* para la realización del negocio en el presente caso podría ser la necesidad por parte del comprador de oponer la excepción de dolo, que habría sido inútil en caso de ejercicio de la acción contractual (*actio venditi*) de buena fe.

g) El texto de Ulpiano, libro *quingentesimo ad edictum* D.45.1.50.1.³³ hace mención expresa de una *stipulatio emptae hereditatis*:

Item stipulatione emptae hereditatis: "quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat" nemo dubitabit quin teneatur, qui id egit, ne quid ad se perveniret.

Ulpiano refiere una *stipulatio* empleada en la compraventa de la herencia, que el comprador se hacía prometer del vendedor de la misma, enunciada de la siguiente forma: *quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve quo minus perveniat*, (Cuanto dinero llegare a tí o con dolo malo tuyo hayas hecho o hagas que no llegue a tí); de tal *stipulatio* nadie dudará que estará obligado el que hubiere realizado alguna cosa para que no le hubiere llegado el dinero. Dicha *stipulatio* tiene como finalidad obligar al vendedor a entregar al comprador el dinero (y, según la interpretación de Aristón en D.32.95, anteriormente ofrecida, también las otras cosas here-

ditarias) que se encontrase en su poder después de la venta de la herencia. A la falta de tal entrega es equiparada la actuación dolosa del vendedor para que el dinero (y otras cosas) no se encontrara en su poder. En ambas situaciones se determina una responsabilidad del vendedor, como veremos a continuación.³⁴

La importancia del texto para nuestros fines actuales, es la referente a la indicación de una *stipulatio emptae hereditatis*, cuyo contenido es en sustancia idéntico a la mencionada por Gayo 2.252., todavía empleada en la época de Ulpiano, con la finalidad de establecer el contenido de una obligación del vendedor.

h) Pasemos en este momento a analizar el texto de Paulo, libro *sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, que, en la parte que nos interesa dice lo siguiente:

Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit: quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debeat...

El texto menciona que el vendedor, después de haber interpuesto una estipulación relativa a la herencia vendida, ha recuperado una cosa hereditaria y la ha vendido a otro. El jurista se pregunta, que deba responder el vendedor al comprador de la herencia mediante tal estipulación, porque en todo caso no es posible que sea obligado conjuntamente a entregar la cosa y el precio. Su respuesta se basa en el momento en que la estipulación ha sido interpuesta: si se ha realizado después que ha vendido la cosa el heredero, tiene que transmitir al comprador de la herencia el precio, si por el contrario la estipulación es anterior a la venta de la cosa singular será debida la misma.³⁵

El caso tratado por Paulo considera una doble venta: la primera que tiene por objeto una herencia y la segunda referente

a una cosa singular que pertenece a la misma. En la venta de la *hereditas* el vendedor ha realizado una *stipulatio* con el comprador, cuyo contenido puede ser deducido en base a la idea de que el vendedor está obligado a dar o la cosa o el precio que ha adquirido por motivo de la herencia. Tal contenido corresponde a la obligación del vendedor de entregar al comprador todo lo que por causa de la herencia hubiese recibido, como se menciona por Gayo en Instituciones 2.252 (*si quid ex hereditate pervenisset --al vendedor-- id restitueretur --al comprador*), Celso en D.50.16.97 (*quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit*), y por Ulpiano en D.45.1.50.1 (*quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat*). En el primer caso la solución que el jurista expresa se fundamenta en que, como la *stipulatio emptae hereditatis* fue realizada después de celebrada la venta con el tercero, el heredero ya no era titular de la cosa, por lo que tendría que considerarse incluido en la herencia el precio de la venta de la cosa singular. Tal solución es explícitamente manifestada por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.3 (*sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, palam est ad eum pretia rerum pervenisse*).³⁶ La causa en el segundo caso se deberá al hecho de que, como la *stipulatio* había sido anterior a la obtención de la cosa por parte del vendedor, al realizarse su venta se ha actuado contra el contenido de tal *stipulatio*, obligándose por ello a entregar la cosa, independientemente de que la hubiere vendido a un tercero; tal situación podría hacer pensar que, si la cosa no la hubiera entregado todavía al tercero, debería hacerlo al comprador de la herencia, responsabilizándose con el tercero; y si éste la hubiera recibido, ante la imposibilidad de que el vendedor entregase la cosa, será responsable con el comprador de la herencia en el *quanti ea res est*.³⁷

Como veremos a continuación (cap. 4 § III y cap. 7 § II), en la parte siguiente del texto el jurista examina las diferentes consecuencias jurídicas entre la venta a terceros de una cosa singular y de una cosa hereditaria después de haber vendido la herencia, explícitamente hablando en esta última hipótesis de *emptio venditio hereditatis* (*sed ubi hereditatem vendidi et*

postea rem ex ea vendidi ... y at cum hereditas venit ...).³⁸ En lo que respecta al presente punto de nuestra investigación, de dichas afirmaciones de Paulo se aprecia el hecho de que una *stipulatio emptae hereditatis* podía acompañarse al contrato consensual y celebrarse no sólo en el momento mismo de la realización de la compraventa de herencia, sino en un momento sucesivo. Nos parecen por lo tanto poco probables las posturas de los que tratan la *stipulatio emptae hereditatis* y la *emptio venditio hereditatis* del presente texto como dos hipótesis distintas.³⁹ El contexto de esta parte inicial del fragmento D.18.4.21 nos indica, hablando de otro comprador, que ya había sido concluida la venta de la herencia cuando el vendedor toma en posesión la *res hereditaria* (*venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit*). Es válida por lo tanto la suposición de la existencia en un mismo ámbito del contrato consensual y de la presente *stipulatio*; con el primero el vendedor asumía la obligación de entregar al comprador la herencia existente al momento de la celebración del negocio y con la *stipulatio* se obligaba a transmitirle todos los lucros de la misma adquiridos sucesivamente.

i) Por último consideramos la constitución de Caracalla, en C.4.39.2, donde se afronta un caso de aplicación práctica de la *stipulatio venditae hereditatis*, como a continuación podemos ver:

Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Nam ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciatur, excipere tamen actiones hereditarias invitatus cogi non potest.

El emperador en su respuesta al vendedor de una herencia reafirma su responsabilidad frente a los acreedores hereditarios, legatarios y fideicomisarios, precisándole que sólo después de haberlos satisfecho tenía el derecho de ejercitar la acción de

regreso contra el comprador. La diversa solución propuesta por el vendedor de hacer responsable al comprador directamente no es aceptada, puesto que tal responsabilidad no había formado objeto de una estipulación en el momento de la celebración de la venta de herencia, sino de una simple cláusula con la cual el comprador se obligaba a satisfacer a los acreedores hereditarios.

El vendedor sigue siendo heredero, y por lo tanto responsable frente a los acreedores hereditarios por el principio *semel heres, semper heres*. Estos últimos válidamente pueden exigir el crédito hereditario bien al heredero o al comprador de la herencia. El presente texto demuestra que la responsabilidad hacia los acreedores podía formar objeto de un acuerdo entre las partes mediante pacto o *stipulatio*, con la cual el comprador satisfaga directamente y exclusivamente las obligaciones que tiene con ellos. No obstante, el emperador aquí considera únicamente con fuerza obligatoria para el comprador, el hecho de que se hubiese celebrada la *stipulatio* entre las partes, ocasionando que sólo en ese caso el comprador sería responsable directo y exclusivo con los acreedores. Por el contrario, las partes se habían limitado a concluir un simple *pactum ut emptor creditoribus hereditariis satisfaciatur* que era considerado no suficiente por la Cancillería de Caracalla para excluir el ejercicio de las acciones hereditarias contra el vendedor; y por lo tanto, para determinar la sola responsabilidad del comprador.

La presente constitución se puede confrontar con algunos escolios de los Basílicos,⁴⁰ donde se reconoce al vendedor la posibilidad de ejercitar no sólo la *actio ex stipulatu*, sino también la *ex vendito* contra el comprador para ser defendido en juicio hacia los acreedores hereditarios, ocasionando que Manthe⁴¹ considerase que en su forma originaria el *rescriptum* contuviese la referencia a ambas acciones; las palabras *tu experiaris suo ordine* y *ut creditoribus hereditariis satisfaciatur* serían interpoladas y en su lugar se encontrarían las siguientes: en la primera frase *habeas actionem ex stipulatu, ut defendaris ab emptore vel tibi praestetur, quod hereditatis nomine soluturus sis, vel actionem ex vendito, si stipulatus non sis*, y en la segunda *ut contra creditores hereditarios defensionem suscipiat*.

En favor de esta opinión se expresa el texto analizado anteriormente de Juliano en D.18.4.18. así como los que serán analizados en este párrafo V, de los cuales puede deducirse una alternativa entre estipulaciones accesorias al contrato consensual y cláusulas o *pacta* incluidos en éste para determinar obligaciones del vendedor o del comprador en la venta de herencia.

En caso de que no se aceptase tal solución, el contenido de la constitución sigue resultando interesante, porque, de un lado, se indica la posibilidad para las partes de emplear una *stipulatio* o un *pactum in continenti* en el contrato consensual, cuya finalidad sería la de reglamentar la obligación del comprador de defender al vendedor (de que hable Gayo en Inst. 2.252.) y consecuentemente su responsabilidad frente a los acreedores de la herencia. Y, por el otro lado, parecería revelarse una tendencia de la práctica al uso del pacto más frecuente que el de la estipulación. La decisión, expresada por el emperador de la insuficiencia en éste caso del pacto, se podría explicar por la generalidad de su contenido, porque el simple deber del comprador de satisfacer a los acreedores hereditarios no se incluiría por ello la excepción del ejercicio de las acciones hereditarias contra el vendedor y la asunción de una responsabilidad directa y exclusiva del adquirente.

IV. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LA FUNCIÓN DE LAS *STIPULATIONES EMPTAE ET VENDITAE HEREDITATIS*.

Los textos de Gayo Inst. 2.252, de Celso en D.50.16.97 y de Ulpiano en D.45.1.50.1. expuestos en los párrafos anteriores y la explicación por éste último jurista del argumento en el libro 49 de su comentario a Sabino constituyeron el fundamento de las opiniones manifestadas por los estudiosos que se han ocupado de tales *stipulationes*.

Durante un largo tiempo ha prevalecido la opinión de Lenel, que en su *Palingenesia*⁴² ha considerado los textos, que en materia de venta de herencia hacen referencia a las acciones propias del contrato consensual, como interpolados, considerando por ello que en la época clásica, aún cuando el contra-

to de compraventa fuese consensual, si tenía por objeto una *hereditas* requería del empleo de *stipulationes* para determinar las obligaciones de ambas partes. Además de la referencia a las fuentes analizadas en los §§ II y III, el autor trata de demostrar su postura en base al orden sistemático de la obra de Ulpiano *ad Sabinum*, de que es compuesta gran parte del título D.18.4. En efecto dicha obra, a partir del *Liber LXVI* trata del argumento *De verborum obligationibus* hasta el *Liber L*, (los textos del *Liber LXVI* hacen referencia al título *De novationibus*, el *Liber XLVII De Vadimoniis*, el *Liber XLVIII* al Título *De inutilibus stipulationibus*, el *Liber XLIX* al tema que estamos tratando y el *Liber L* a textos también referentes al Título *De verborum obligatione*). Por lo que sería lógico pensar que en el derecho clásico la compraventa de herencia se efectuase a través de estas *stipulationes*.

A tal opinión por su autoridad se conformó toda la doctrina sucesiva.⁴³ Recientemente una explicación más articulada y respetuosa de la clasicidad de los textos ha sido expresa por Talamanca,⁴⁴ que, precisando la dificultad de aclarar la relación entre las dos figuras contractuales, ha considerado a las *stipulationes* como un modo de ejecución de la compraventa consensual, que permitía a las partes el uso alternativo de las acciones propias de la venta o la estipulación.

Para juzgar el fundamento de tales opiniones resulta por lo tanto necesario completar nuestro análisis también respecto a la parte de los textos clásicos, donde las obligaciones del vendedor y del comprador de la herencia no nacen de *stipulationes*, sino del contrato consensual.

V. EL PAPEL DEL CONTRATO CONSENSUAL COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR DE LA HERENCIA

Hablando en el §III del texto de Juliano en D.18.4.18, ya hemos recordado que existen textos en que algunas obligaciones del vendedor o del comprador de una herencia nacen directamente del contrato consensual sin mención de *stipulationes*.

a). El primer ejemplo del empleo de la acción de venta para hacer valer una obligación del comprador de una herencia se encuentra en un texto del libro cuarto de los *posteriores* de Labeón epitomados por Javoleno en D.18.4.24. que dice:

Hereditatem Cornelii vendidisti: deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat, priusquam legatum ab emptore perciperet, te fecit heredem: recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur, quia ideo eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emptor, nec quicquam intersit, utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an legatario.

Al tratar de un caso donde el vendedor de la herencia había sido nombrado heredero por un legatario de la misma, muerto antes de percibir el legado del comprador, el jurista augusteo afirma la posibilidad de ejercitar la *actio ex vendito* contra este último para conseguir tal legado: *recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur*. En el presente fragmento, de que tendremos ocasión de ocuparnos bajo diversos aspectos, el punto que en este momento debe relevarse es la mención de la *actio ex vendito*; no obstante, es incierto si la mención de esta acción se remonta efectivamente al mismo Labeón o es fruto del resumen de Javoleno. En uno u otro caso, el texto expresa el dato más antiguo del empleo en una *venditio hereditatis* de la acción naciente del contrato consensual.

b). Otros tres textos pertenecen a Juliano.

1. El primero se encuentra contenido en Ulpiano, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14. pr, que dice:

Heredem fideiussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est. Sed si vendiderit hereditatem et emptor solverit, an habeat mandati actionem quaeritur. Et Iulianus libro tertio quarto, corr. Lenel decimo scribit idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas, idcircoque competere ex empto actionem, quia potest praestare.

Después de haber afirmado el principio general de que el heredero del fiador que ha pagado tiene la *actio mandati* (contraria) contra el deudor principal que encargó al *de cuius* de

prestar garantía, el jurista se pregunta si, cuando el heredero haya vendido la herencia del fiador fallecido y el comprador haya cumplido la obligación garantizada tal acción continúe correspondiéndole. La respuesta indicada por Juliano en el libro 14 de los Digestos y compartida por el mismo Ulpiano es afirmativa: al heredero le corresponde la *actio mandati* contraria porque el mismo está obligado, en base a la compraventa de herencia, a ceder sus acciones al comprador mediante la *actio empti* (*idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenentur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas*), y en tal cesión debe incluirse también dicha acción de mandato.⁴⁶

En lo que respecta a nuestra investigación el presente texto manifiesta que Juliano ya consideraba suficiente el contrato consensual como fuente de la obligación del vendedor de la herencia de transferir al comprador las acciones contra los deudores hereditarios,⁴⁷ si bien es cierto que Gayo en Inst. 2.252. incluyó esta obligación en una (o en la) *stipulatio emptae hereditatis*. No obstante las dudas doctrinales sobre la parte final del texto (*idcircoque - praestare*) considerada como un glosema o una interpolación formal,⁴⁸ porque tales palabras no hacen sino repetir lo manifestado anteriormente, la claridad del restante y por lo tanto de la solución ofrecida por los dos juristas resulta claramente de la confrontación con el mencionado texto del mismo Juliano en D.18.4.18, donde una obligación del comprador de la herencia ya es originada por el contrato consensual alternativamente a una estipulación.

2. Una referencia a la orientación de Juliano en esta materia se encuentra también en un segundo texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum*, D.18.4.2.15, donde el jurista adrianeo concede una *actio venditi* al vendedor de una herencia para el reembolso de los gastos *hereditario nomine*. Sobre el presente punto el texto dice:

Si Titius Maevi hereditatem Seio vendiderit et a Seio heres institutus eam hereditatem Attio vendiderit, an ex priorie venditione hereditatis cum Attio agi possit? Et ait Iulianus: quod venditor hereditatis petere a quolibet extraneo herede potuisset, id ab hereditatis emptore consequatur: et

certe, si Seio alius heres exstitisset, quidquid venditor Maevianae hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actione consequi ab eo potuisset ...

Ticio ha vendido la herencia de Mevio a Seyo e instituido heredero por el mismo Seyo vende también su herencia a otra persona, Atio. La pregunta es: ¿Puede Ticio llamar en juicio a Atio en base a la primera compraventa de herencia para las prestaciones efectuadas a causa de la misma? La opinión de Juliano es afirmativa, puesto que el vendedor puede obtener del comprador de la herencia lo que podría pedir a cualquier heredero extraño, y entonces si otro hubiese sido heredero de Seyo, Ticio, vendedor de la herencia Meviana, habría tenido derecho mediante la *actio venditi* a ser reembolsado por él de las prestaciones *hereditatis nomine*.

Para nuestras finalidades actuales⁴⁹ el presente caso representa una confirmación de lo que hemos dicho con referencia a D.17.1.14.pr. analizado anteriormente; en la respuesta de Juliano el contrato consensual resulta ser suficiente para determinar la obligación del comprador de reembolso de los *damna hereditario nomine*, sin necesidad de la específica estipulación de que se habla en Gayo Inst. 2.252.

3. El tercer caso planteado por Juliano se encuentra expresado una vez más por Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.19.1.13.5, donde se hace mención al empleo de la acción de venta. Al considerar la cuestión del *dolus in contrahendo* cometido por la persona que había sustraído algunos objetos de una herencia persuadiendo al heredero de vendérsela a un precio más bajo, Juliano otorgaba a éste último la *actio ex vendito* por la disminución del valor de la herencia causada por tal sustracción: *et ait Iulianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent*. Dejando para después el análisis de los perfiles de la responsabilidad,⁵⁰ el texto demuestra claramente la posibilidad de ejercitar la acción contractual de buena fe con la finalidad de obtener la diferencia del precio, restableciendo el equilibrio entre las prestaciones de las partes alterado por la actuación dolosa del comprador.

El examen conjunto de las presentes opiniones y de las expuestas por el mismo Juliano en el § III parecen manifestar de modo evidente la existencia en su época de una situación, en la que las partes podían reglamentar sus obligaciones nacientes de una compraventa de herencia directamente mediante el contrato consensual o recurriendo a *stipulationes* accesorias a éste.

c). La línea de pensamiento en favor de la suficiencia de la *emptio venditio* consensual como fuente de las obligaciones del vendedor y del comprador de una herencia en lugar de las *stipulationes* resulta confirmada por el discípulo de Juliano, Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20 pr., el cual dice:

Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis.

El caso es el siguiente: si me has vendido la herencia de Lucio Ticio y después has sido heredero de su deudor, serás responsable frente a mí con la *actio ex empto*. Como podemos observar, el texto analiza un problema de confusión hereditaria de un vínculo obligatorio, y como tal será examinado en el capítulo correspondiente (6 § II.4). Lo que tenemos que apreciar en el presente momento, es la referencia a la acción naciente del contrato consensual como medio para hacer valer la inobservancia por parte del vendedor de la obligación de transferir al comprador todo lo que hubiere adquirido *hereditario nomine*, incluyéndose lo que el deudor del cual se había convertido en heredero, deberá a Lucio Ticio.

d). Esta misma postura se encuentra también en diversos textos de Ulpiano.

1. El primero es extraído del *liber quadragensimus nonus ad Sabinum* D.18.4.2.11, en el cual se puede apreciar que la obligación del comprador de la herencia de indemnizar al vendedor por los *damna hereditario nomine* nacía simplemente del contrato consensual:

Sive ipse venditor dederit aliquid pro hereditate sive procurator eius sive alius quis pro eo, dum negotium eius ge-

rit, locus erit ex vendito actioni, dummodo aliquid absit venditori hereditatis: ceterum si nihil absit venditori, consequens erit dicere non competere ei actionem.

Si el mismo vendedor o su procurador o un gestor de sus negocios hubiese dado algo a causa de la herencia (*dederit aliquid pro hereditate*), se podrá ejercitar la *actio ex vendito* contra el comprador que no les realice el reembolso; si por el contrario, nada falta al vendedor o más generalmente no resulta alguna pérdida, no tendrá lugar la acción.

El presente texto parecería revelar aquí una clara tendencia de la práctica a considerar esta obligación como un efecto natural del contrato consensual, siguiendo la línea ya expresada por Juliano que hemos visto anteriormente.

Referencias a las *actiones ex vendito* o *ex empto* para sancionar las obligaciones del comprador o del vendedor se manifiestan también en otros párrafos del mismo fragmento D.18.4.2.. Sobre tales párrafos limitamos aquí nuestra atención solamente a los aspectos que interesan en la presente parte de nuestra investigación.

2. En el párrafo 2 se analiza la cuestión de la posibilidad de ejercitar la *actio empti* contra el vendedor de la herencia del *testator* que sea también el sustituto pupilar, en el caso en que él no transmita al comprador lo que obtenga de la herencia del pupilo (*Illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum qui vendidit hereditatem pervenit, ex empto actioni locum faciat*).⁵¹

3. En el párrafo 13 se afronta el problema de si el vendedor puede ejercitar la *actio venditi* contra el comprador en caso que, habiendo exceptuado de la herencia un esclavo con el peculio, haya sido convenido en juicio por un acreedor de tal esclavo mediante la *actio de peculio* y haya pagado. La respuesta, en base a la autoridad de Marcelo, se condiciona al acuerdo de las partes, faltando tal se prefiere la solución negativa (*Quid ergo si servum cum peculio exceperit venditor hereditatis conventusque de peculio praestitit? Marcellus libro sexto digestorum non repetere eum scripsit, si modo hoc actum est, ut*

*quod superfuisset ex peculio, hoc haberet: at si contra actum est, recte repetere eum posse ait: si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat).*⁵²

4. En el parágrafo 19 el heredero que a causa de la aceptación de la herencia haya perdido por confusión servidumbres prediales, una vez vendida la herencia, puede ejercitar la *actio venditi* contra el comprador, que no cumpla la obligación de restablecerlas (*Et si servitutes amisit heres institutus adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur*).⁵³

5. Fuera del fragmento D.18.4.2. existe otro texto de Ulpiano, donde se afirma la aplicación de la *actio ex empto* en alternativa a la *actio ex stipulatu* para obtener el cumplimiento de una obligación del vendedor de la herencia. El jurista, *libro trigésimo primo ad edictum* D.17.1.14.1, cuyo *principium* hemos considerado anteriormente hablando de la opinión de Juliano, trata el siguiente caso:

Si fideiussori duo heredes extiterint et alter eorum a coherede emerit hereditatem, deinde omne quod defunctus fideiusserat stipulatori solverit, habebit aut ex stipulatu aut ex empto obligatum coheredem suum: idcirco is mandati actionem habebit.

Si dos son los herederos del fiador y uno compra del otro su cuota hereditaria y después paga al acreedor todo lo que el fiador difunto había prometido (*deinde omne quod defunctus fideiusserat stipulatori solverit*), tendrá contra su coheredero la *actio ex stipulatu* o la *actio ex empto*. Por lo tanto le corresponderá también la *actio mandati* (contraria) contra el deudor principal que encargó al fiador difunto de prestar la garantía. El principio jurídico que fundamenta las acciones entre los herederos del fiador es claro: lo que el deudor principal tiene que rembolsarles se considera como una ventaja (*commodum*) de la herencia vendida que el coheredero vendedor tiene que transmitir al otro coheredero comprador. Mientras que en este contexto la función de la *actio ex empto* no ocasiona dudas, la

mención de la *actio ex stipulatu* puede interpretarse de dos formas: la primera como acción de regreso que el coheredero del fiador difunto que compró la herencia tiene contra su coheredero vendedor, puesto que él cumplió toda la obligación con el acreedor *stipulator*; la segunda interpretación como acción naciente de la compraventa de herencia, si se había interpuesto una *stipulatio emptae hereditatis*. En ambas hipótesis el coheredero comprador de la herencia podrá ejercitar la *actio mandati* contra el deudor principal.

Lo que debe ser apreciado bajo el aspecto que estamos tratando es la referencia a las dos acciones *ex stipulatu* y *ex empto* y la posibilidad, al menos según una interpretación, de que las partes podían utilizar indiferentemente el contrato consensual o una estipulación accesoria al mismo para obligar al vendedor a transmitir las ventajas de la herencia vendida. En tal caso se encontraría una confirmación de la misma tendencia ya observada en Juliano D.18.4.18.

e). Existe finalmente un texto de Paulo, *libro octavo ad edictum* D.3.3.42.2, donde el jurista con referencia a una venta de herencia sugiere la aplicación de la *actio ex vendito*.⁵⁴

Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati: sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus eoque nomine iudicatum solvi promittimus: nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito (si hereditatem vendidimus) vel ex pristina causa mandati agere debemus: ut fit cum fideiussor reum procuratorem dedit.

Paulo comenta que la obligación que suele existir entre el titular y su procurador engendra la acción de mandato. Pero a veces no se contrae la obligación de mandato, como sucede cuando se garantiza un procurador en su propio interés (*cum in rem suam procuratorem praestamus*) y en nombre de éste se promete que se pagará una eventual condena (*eoque nomine iudicatum solvi promittimus*). Por lo que, si debido a la promesa se hubiese pagado algo, no se debería reclamar por la acción

de mandato, sino por la de venta, si se ha vendido una herencia, o por la causa originaria del mandato, como cuando un fiador haya nombrado procurador al deudor principal.

El punto que nos interesa en el texto es la referencia a la venta de herencia; en tal caso el comprador asume el carácter de *procurator in rem suam* con la finalidad de que pudiese exigir los créditos a los deudores hereditarios, obligándose con el vendedor, como lo habíamos visto en el texto de Gayo 2.252, a defenderlo en juicio. Aquí un acreedor ejercita una acción *hereditario nomine* contra el vendedor y el comprador de la herencia en cumplimiento de su obligación interviene en el juicio, prometiendo el primero mediante una *cautio iudicatum solvi* a pagar la eventual condena. En base a tal *stipulatio*, una vez que el comprador ha perdido el juicio, el vendedor se encontrará obligado a pagar la condena, pero en base al contrato de compraventa de herencia, tendrá la facultad de exigir tal pago al comprador, no mediante la acción de mandato, sino mediante la *actio ex vendito*.

En doctrina manifiesta Cugia⁵⁵ que el texto está interpolado en dos puntos: en la palabra *procurator*, puesto que Paulo se debió haber referido al *cognitor* por el hecho de que la *cautio iudicatum solvi* es prestada por el *dominus litis*. El segundo punto es la referencia a la *actio ex vendito* porque en origen se debió haber utilizado la *actio ex stipulatu*. El primer punto apreciado por Cugia, si bien es cierto se encuentra fundamentado, no tiene importancia para nuestra investigación; el segundo tiene como única base el propio texto de Gayo 2.252 (apreciado anteriormente § II), donde se manifiesta una *stipulatio* por medio de la cual el comprador se responsabilizaba de devolver al vendedor la suma que hubiere pagado en ejecución de una condena en razón de la herencia. Sin embargo la opinión de Cugia no considera todos los textos que estamos analizando en el presente parágrafo, donde resulta que las obligaciones específicas del comprador de una herencia nacían simplemente del contrato consensual sin necesidad de una *stipulatio*.

Confrontando el presente texto con el otro del mismo Paulo en D.18.4.21, analizado anteriormente en el parágrafo III, en

donde se hace referencia a una *stipulatio* por la que el vendedor se obliga a dar todo lo que por causa de la herencia hubiere recibido, pueden claramente deducirse las dos tendencias de la práctica jurídica: por un lado, se continuaba reconociendo relevancia a las *stipulationes* accesorias al contrato consensual de compraventa y, del otro lado, se manifestaba una transformación de éstas en simples cláusulas contractuales, que podían exigirse a través de la acción del contrato consensual.

f). La aplicación de las *actiones empti* o *venditi* contra el vendedor o el comprador de una herencia para el cumplimiento de sus obligaciones resulta también en dos constituciones del emperador Alejandro Severo, recogidas en el Código de Justiniano. Tales constituciones por su importancia formarán objeto de análisis en nuestra investigación bajo otros aspectos.⁵⁶ Por lo tanto aquí limitaremos nuestra atención al enfoque que nos interesa actualmente. La primera, del año 223 d.C., en C.4.39.4. dice:

Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit, bonae fidei iudicio conveniri, ut res tradat vel actiones mandet, non compellitur suo quoque iure eorum persecutionem habet.

Un heredero, que no sabe todavía con certeza el monto de la herencia, es persuadido por un comprador a venderse la, haciéndole creer que sea exiguo. Si después el comprador lo convoca en juicio con una acción de buena fe (*iudicio bonae fidei*), entendiéndose claramente que la referencia es a la *actio empti*, no estará obligado a transmitirle las cosas o a cederle las acciones hereditarias, conservando en base a su propio derecho la facultad de perseguirlas.⁵⁷

La segunda constitución también corresponde a un rescripto emanado en el año 230 d.C. en C.4.39.6, donde se señala:

Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam con-

tractus fidem fregit, ex empto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogitur.

El vendedor de la herencia permanece dueño de las cosas hereditarias hasta el momento de entregarlas al comprador, y por lo tanto, si antes de la entrega las vende a otros, puede transferirles su propiedad. Pero, como ha infringido la buena fe del contrato de compraventa de herencia, él puede ser llamado en juicio con la *actio ex empto* y constreñido a indemnizar al comprador por lo que es de su interés.

La violación al principio de la buena fe contractual por parte del vendedor es la causa por la que al comprador se le otorga el ejercicio de la *actio ex empto*, para ser indemnizado.⁵⁸ Tal texto puede compararse con el de Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21. tratado anteriormente (§ III g), en donde se plantea una hipótesis semejante; si bien en la constitución C.4.39.6. el vendedor realiza la venta de cosas de la herencia a un tercero antes de la entrega de la misma, en el caso considerado por el jurista el bien vendido se había obtenido después de la entrega de la herencia al comprador. Tanto en uno u otro caso no se pone en duda la titularidad del vendedor para realizar tal acto, porque, como bien se indica en la constitución, antes de la entrega al comprador de la herencia permanece dueño de las cosas y por lo tanto puede transferir su propiedad a un tercero.

Otra diferencia radica en el ejercicio de la acción que realizará el comprador para exigir la indemnización, con Paulo se habla de una *stipulatio*, y por lo tanto la acción correspondiente será la *ex stipulatu*; no obstante, en la constitución de Alejandro Severo no se hace mención a ninguna *stipulatio*, proponiéndose la acción referente al contrato consensual. De lo anterior deriva que en tal época la obligación del vendedor de entregar los bienes de la herencia al comprador podía establecerse o en una *stipulatio* o dentro del propio contrato consensual; y por lo tanto, conforme a la causa que originase la obligación, el comprador podía utilizar la acción que correspondiese.

Bajo el perfil que nos interesa, en ambas constituciones se puede encontrar una importante confirmación de las opiniones expresadas por los juristas contemporáneos Ulpiano y Paulo que hemos analizado en el presente parágrafo. En tales constituciones en efecto se aprecia el empleo de la acción de compra para obtener por parte del vendedor la obligación de transmitir las cosas y acciones objeto de la herencia, indicándose que tal obligación nacía directamente del contrato consensual sin necesidad de una *stipulatio*.

VI. RELACIONES ENTRE *STIPULATIONES* Y CONTRATO CONSENSUAL EN LA VENTA DE HERENCIA. EL AMBITO DE APLICACIÓN DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL DE LAS PARTES

El cuadro resultante de los textos clásicos examinados en los parágrafos anteriores puede resumirse de la siguiente manera.

a) Labeón es el jurista más antiguo (inicio del I siglo d.C.) que hace referencia (D.45.3.20.1) a una *stipulatio* que tiene por objeto el pago del precio por parte del comprador de una herencia. Este jurista o Javoleno, que en el mismo siglo epitomó los *posteriores* labeonianos, menciona el ejercicio de la acción de venta en D.18.4.24. para conseguir un legado. Al final de tal siglo Aristón (D.32.95.) nos habla de *stipulationes emptae hereditatis*, cuyo contenido era la entrega del dinero y de otras cosas que formaban la herencia vendida.

b) En la primera mitad del II siglo d.C., mientras Celso en D.50.16.97 hace aún referencia al formulario de la *stipulatio emptae hereditatis*, Juliano nos expone una situación más compleja sobre las obligaciones del vendedor y del comprador de una herencia: en D.18.4.18. la obligación del comprador de rembolsar al vendedor las sumas pagadas a causa de la herencia podía nacer de una *stipulatio* o simplemente del contrato consensual; en D.18.4.2.15. sólo éste último se indica como fuente de tal obligación; en D.15.1.37 pr. la obligación del vendedor de entregar al comprador todo el dinero (y otras cosas) que le hubiese llegado *ex hereditate* resulta incluida en una *stipulatio emptae hereditatis*, mientras en D.17.1.14 pr. y en D.19.1.13.5. nacer del contrato consensual respectivamente la obligación

del vendedor de ceder al comprador las acciones hereditarias y la obligación del comprador de rembolsar la diferencia del precio de venta de la herencia a causa de la sustracción de las *res hereditariae*.

c) Hacia mediados del II siglo d.C. las Instituciones de Gayo (2.252 y 2.257) consideran todavía en uso las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, con la finalidad de constituir respectivamente las obligaciones del vendedor de transferir al comprador todo lo que le hubiese llegado a causa de la herencia y el ejercicio de las acciones hereditarias y las obligaciones del comprador de rembolsar al vendedor todas las sumas pagadas *hereditario nomine* y de defenderlo en los juicios que tienen como causa la herencia.

d) En la segunda mitad del II siglo d.C. Africano (D.18.4.20 pr.) considera suficiente el contrato consensual para la obligación de la transmisión al comprador de todo lo que el vendedor hubiese adquirido *ex hereditate*, mientras en D.44.4.17.2; Escévola trata de un caso en el cual el precio de la herencia formaba objeto de una *stipulatio*.

e) En el inicio del III siglo d.C. los juristas y la Cancillería de los emperadores Severos hablan indiferentemente de *emptio venditio* consensual y de *stipulationes* como fuente de las obligaciones del vendedor y del comprador de una herencia. La obligación del primero de *restituere* lo que hubiese obtenido *ex hereditate* resulta incluida en una estipulación en Ulpiano D.45.1.50.1. y en Paulo D.18.4.21. y como efecto natural del contrato consensual en Ulpiano D.18.4.2.2. y D.17.1.14.1; la obligación del comprador de rembolsar los *damna hereditario nomine* deriva directamente del contrato consensual en Ulpiano D.18.4.2.11; D.18.4.2.13. y D.18.4.2.19. y en Paulo D.3.3.42.2, mientras la configuración de la correspondiente responsabilidad frente a los acreedores hereditarios podía, según el rescripto del emperador Caracalla (C.4.39.2.), establecerse en una *stipulatio* o también en un *pactum in continenti* inmerso en el contrato consensual. Finalmente los rescriptos de Alejandro Severo en C.4.39.4. y 4.39.6. consideran que el vendedor está obligado a transmitir las cosas y las acciones hereditarias en base solamente del contrato consensual.

Del cuadro que se acaba de exponer podemos apreciar que parece poco fundamentada la opinión de Lenel y de la mayoría de la doctrina moderna, si bien en un primer momento la llegué a considerar convincente⁵⁹ por los argumentos que sobre el tema he mencionado. La riqueza de soluciones que nos ofrece la jurisprudencia clásica, seguramente desde la época de Juliano y quizá ya desde Labeón, sobre la posibilidad por las partes de una compraventa de herencia de emplear bien el contrato consensual o bien las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* para determinar sus propias obligaciones hace difícil pensar en una obra tan incompleta y confusa por parte de los compiladores de Justiniano, que habrían interpolado sólo algunos textos, olvidándose totalmente de otros. No se explicaría tampoco por qué en el mismo título 18.4. habría sido manipulado sólo el fragmento 2 de Ulpiano y no los de Labeón / Javoleno, de Juliano y de Africano. También el argumento de la posición del libro 49 a Sabino en la parte del comentario de Ulpiano relativa a la materia de las *stipulationes* no resulta por sí suficiente. La admisión que Sabino en aquella parte de su exposición del *ius civile* tratase de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, no excluye que Ulpiano comentándola podría haberse referido a la práctica de su época en la cual estaba prevaleciendo una orientación en favor del sólo uso del contrato consensual en lugar de las estipulaciones accesorias a éste.

Respecto a la opinión de Talamanca, los textos clásicos nos señalan que, al menos desde Juliano, las *stipulationes* no representaban un modo de ejecución de todas las obligaciones de las partes, sino sólo de algunas, que serán determinadas por las mismas.

Las fuentes clásicas nos dan una posible solución del problema de las relaciones entre el contrato consensual y las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* en la venta de herencia consistiendo, según nuestra opinión en la siguiente.

En base a la postura de Arangio-Ruiz que prevalece aún en doctrina,⁶⁰ todas las especies de *emptio venditio* consensual en un origen se fundamentaban en *stipulationes*, porque cuando las partes trataban de dar forma stipulatoria al convenio

que estaban por hacer, la voluntad común no podía producir efectos jurídicos antes de ser expresos en la forma preestablecida.⁶¹ Esta hipótesis podría confirmarse claramente en nuestra institución.

Labeón y Aristón, hablando de estipulaciones que tenían por objeto respectivamente el pago del precio y la entrega de sumas y de otras cosas hereditarias, hacen pensar que al inicio y durante el siglo I d.C. la venta de herencia podía realizarse simplemente mediante *stipulationes* o, bien celebrándose el contrato consensual, las obligaciones del vendedor y del comprador eran absorbidas en estipulaciones. No obstante, el texto D.18.4.24. del mismo Labeón, si no fue retocado en este punto por Javoleno, ya manifiesta el empleo en la práctica del contrato consensual, al menos como fuente de algunas obligaciones de las partes.

En este cuadro puede colocarse la posición que las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* tenían originariamente en los *Libri iuris civilis* de Masurio Sabino. Si el jurista trataba de éstas entre otras formas de *stipulationes*, es posible que en su época una compraventa de herencia se realizase principalmente a través de tal medio.

Una fundamental innovación se aprecia claramente en Juliano, que reconoce la misma importancia al contrato consensual y a las estipulaciones para plantear algunas obligaciones del comprador y del vendedor de una herencia. De los casos tratados por este jurista resulta que las obligaciones de pagar el precio y de entregar la herencia no eran ya expresadas en *stipulationes*, deduciéndose necesariamente por lo tanto que nacían del contrato consensual. Las estipulaciones se dirigían a regular diferentes y específicos aspectos de las relaciones obligatorias entre las partes, como el *restituere quod ex hereditate pervenerit* del vendedor, a que se refiere en la misma época también Celso, o bien, en alternativa al contrato consensual, la indemnización por parte del comprador de los gastos *hereditario nomine*.

Desde tal momento hasta el final de la época clásica las opiniones de los juristas y de la Cancillería imperial continuaban a manifestar la igualdad entre los dos tipos de contrato como

fueron fuente de obligaciones del vendedor o del comprador de la herencia, reflejando sin duda las aplicaciones de la práctica. Como hemos visto, una misma obligación resulta formar objeto de una *stipulatio* accesoria o de simples cláusulas del contrato consensual y la elección entre la primera o la segunda forma dependía exclusivamente de la autonomía negocial de las partes. El texto de Paulo en D.18.4.21, que hemos apreciado en el párrafo 3, nos indica que tales estipulaciones accesorias podían ser celebradas no sólo al momento de realizarse el contrato consensual, sino en un tiempo sucesivo, y que en base al momento de su celebración se hacían derivar diversas consecuencias jurídicas. Sólo al final de la época clásica una constitución del emperador Caracalla (C.4.39.2.) parecería expresar un uso más difundido de los *pacta in continenti* en el contrato consensual en lugar de las *stipulationes* accesorias, y, en efecto, en el Gayo de Autún 2.68, si bien se habla de estipulaciones, la responsabilidad de las partes en la compraventa de herencia resulta, como hemos visto en el párrafo 2, regulada por un *iudicium bonae fidei*, es decir la acción naciente del contrato consensual.

El desarrollo histórico mostrado anteriormente no está en contradicción con lo que dijo Gayo en Inst. 2.252, porque él se limitó a hacer referencia a las *stipulationes* típicas empleadas en su época por las partes en una compraventa de herencia que establecía el contenido de algunas obligaciones inherentes al ámbito de las relaciones patrimoniales entre ellas derivantes del contrato. No existen en sus palabras indicios de los que podrían resultar que estas estipulaciones sean el sólo medio para realizar tal venta; por el contrario, la falta de referencia a las obligaciones del pago del precio y de la transmisión de la herencia representan un claro indicio de la accesoriedad de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* a una *emptio venditio*, como hemos apreciado anteriormente comentando los textos de Juliano. El testimonio de Gayo y de los comentarios sucesivos a su obra son importantes bajo dos puntos de vista. Bajo el primero, la referencia al empleo de las estipulaciones al momento, en el cual los fidecomisos fueron legalmente protegidos (época del emperador Augusto), prueban su existencia

y aplicación concreta en este periodo. Bajo el segundo punto de vista, los textos gayanos nos permiten conocer la substancia del formulario típico de estas *stipulationes* creado por la obra de la jurisprudencia y del edicto del pretor. De tal formulario típico hemos encontrado una importante confirmación por Celso en D.50.16.97; Juliano en D.15.1.37. pr. y Ulpiano en D.45.1.50.1.

No obstante, el empleo de un formulario típico no parecería razón suficiente para concluir que existía una *stipulatio emptae hereditatis*, donde se encontraban todas las obligaciones del vendedor de la herencia, y una *venditae hereditatis* relativa a todas aquellas del comprador.⁶² El cuadro de las fuentes jurídicas nos indica una variedad de contenido de estas estipulaciones, que las partes podían establecer en el ejercicio de su autonomía contractual. Esta consideración y la referencia de Aristón a *stipulationes emptae hereditatis* podrían hacer pensar en la existencia no de una, sino de más *stipulationes emptae* o *venditae hereditatis*, cuyo contenido hubiese sido determinado a través de la aplicación práctica, pudiéndose modificar por las partes según sus exigencias. Y al final de la época clásica tales estipulaciones habrían podido transformarse en simples cláusulas del contrato, como parecerían señalar los textos de Paulo, Ulpiano y los rescriptos imperiales.

La evolución aquí descrita se presenta como un evidente paralelismo respecto a la evolución de la *emptio venditio* consensual de la época clásica, donde la consensualidad se sustituye a las estipulaciones para determinar la obligación de pagar el precio y de entregar la mercancía, y éstas últimas permanecen en el ámbito del contrato consensual con la finalidad de establecer las obligaciones del vendedor en caso de evicción y de vicios ocultos de la *merx* (exceptuando el caso de esclavos y de animales *quadrupedes*).⁶³ Y en época tardoclásica parece ya manifestarse una desvalorización de tales *stipulationes* en favor de la consideración de las correspondientes obligaciones como efectos naturales del contrato.⁶⁴

En consecuencia de la reconstrucción que se acaba de exponer resulta que las partes, en el establecimiento de las cláusulas del contrato que querían realizar, podían utilizar las

stipulationes emptae et venditae hereditatis o los *pacta in continenti* incluidos en el contrato consensual. Dentro de los textos clásicos se aprecian los siguientes ejemplos, que tendremos ocasión de profundizar en los próximos capítulos, donde la elección de una o de otra forma es dejada a la autonomía de las partes:

1) No exigibilidad de la garantía de evicción.

Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.pr.⁶⁵ expresa la posibilidad de que el comprador y el vendedor de la herencia hayan establecido que el primero no tenga ni más ni menos derecho del que habría de tener el heredero, no exigiéndose en tal caso la garantía por evicción (*Venditor hereditatis satisfacere de evictione non debet cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset*).

2) El determinar la magnitud de la herencia y el momento en que se considere la misma.

Como analizaremos en el próximo capítulo sobre el objeto de la venta (§ IV), el texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.1. indica los momentos en que las partes podían determinar el monto de la herencia (*in hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea quae fuit cum hereditas venundatur, videndum erit*), prefiriendo Ulpiano como primera opción lo determinado por las partes al señalar *et verius est hoc esse servandum quod actum est*.⁶⁶

3) Posibilidad de configurar el contrato como aleatorio.

El vendedor y el comprador de la herencia podrán convenir que el primero vende aquello a lo que tuviese derecho y que no responderá de nada más; esto en caso que se quiera vender una expectativa de herencia.⁶⁷ En el texto de Javoleno, *libro secundo ex Plautio* D.18.4.10. apreciamos la existencia del acuerdo *si quid iuris esset venditoris*, por el que el vendedor se obliga sólo a lo que tiene derecho, no siendo responsable de nada más frente al comprador. En el texto de Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum*, D.18.4.11. vemos la cláusula *si qua sit hereditas, est tibi emptae*, así como en el texto de Paulo, *libro quarto decimo ad Plautium*, D.18.4.13. donde se señala el

acuerdo en lo que el comprador tendrá derecho si el vendedor lo tuviese.

4) Excepción de determinado objeto.

El vendedor de la herencia podrá convenir que entregará la misma haciendo excepción de determinado objeto; tal situación se puede apreciar en los textos de Ulpiano, *libro quadragesimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.12, 13 y 14., donde se menciona que el vendedor de la herencia exceptúa dentro de la misma respectivamente a un esclavo con peculio y sin peculio y unas casas, y de Labeón, *libro secundo pithanon* D.18.4.25, que trata el caso de la excepción de un fundo hereditario.⁶⁸ Para exceptuar tal elemento del patrimonio hereditario podríamos considerar como necesaria la manifestación por las partes de una *stipulatio* o una *lex dicta* por el vendedor, en la que el comprador se obliga a recibir la *hereditas* sin inclusión de tal elemento.

5) Exclusión de la responsabilidad frente a los acreedores hereditarios.-

De la constitución del emperador Caracalla en C.4.39.2. se puede observar la posibilidad de las partes de acordarse, mediante *pactum* o *stipulatio* para que el vendedor excluya su responsabilidad frente a los acreedores hereditarios, asumiendo el comprador una responsabilidad directa y exclusiva.

A esta constitución podemos añadir otra emanada por los emperadores Severo y Antonino en el año 202 d.C. y recogida en C.2.3.2. Su contenido es:

Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare potueris eosque eas spontanea suscepisse voluntate, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.

La constitución contiene la respuesta de los emperadores a un vendedor de una herencia, diciéndole que, si pudiese probar que los acreedores hereditarios instauraron el juicio contra los compradores de la misma y estos lo aceptaron espontáneamente, podrá correctamente defenderse con una *exceptio pacti taciti*.⁶⁹

El texto puede examinarse con referencia: a) a las relaciones entre acreedores hereditarios de un lado, y vendedor y compradores de la herencia por el otro lado; b) a las relaciones obligatorias entre éstos dos últimos.

En lo que respecta al punto a) el caso aquí tratado implica que las acciones ejercitadas por los acreedores contra los compradores quedan sin efecto o porque el juicio fue perdido o porque no fueron ejecutadas. Por lo tanto los acreedores se dirigen hacia el vendedor que goza de una *exceptio pacti taciti* contra ellos.⁷⁰

Relativamente al punto b) la expresión *spontanea voluntate suscipere* indica que los compradores de la herencia aceptaron el juicio sin ser obligados, como por el contrario resultaría si hubiesen concluido la *stipulatio venditae hereditatis* mencionada por Gayo en Inst. 2.252. Este segundo punto interesa a nuestra investigación porque demuestra que en tal caso las partes habían acordado de modo de excluir la obligación de los compradores de defender en juicio al vendedor.

el mismo libro noveno *ad Sabinum* D.18.1.8 pr: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (no podrá entenderse que exista compra ni venta sin una cosa que se venda).⁷⁵ Que Sabino se ocupase en su obra de esta problemática resulta también de un texto de Paulo, *libro quinto ad Sabinum*, D.18.1.15.pr, que dice: *Et si consensus fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est*. Paulo expresa que, aunque se hubiese consentido en el objeto, si éste dejase de existir antes de la venta, la compra es nula. Su opinión hace pensar en un consentimiento en el objeto previo al perfeccionamiento del contrato de venta, pero que perece antes de tal perfeccionamiento, con la consecuencia que no tendría efectos jurídicos la venta por falta de objeto.

De D.18.4.1. se desprende que la herencia de una persona que vive o que no ha existido no puede ser objeto del contrato de venta; la causa que manifiesta Pomponio respecto a tales presupuestos es lógica: *quia in rerum natura non sit quod venierit*. Analizando el presente texto *a contrario sensu*, encontraremos que la herencia para que pueda ser objeto de compraventa requiere de dos presupuestos esenciales que son:

- a) que la persona, de cuya herencia se trata, sea real y que además haya fallecido, y por lo tanto:
- b) que dicha herencia exista.

Vamos a considerar singularmente los dos presupuestos.

Con referencia al punto a), no es posible contratar respecto a la herencia de una persona que nunca existió, porque esto ocasionará que no exista tampoco su *hereditas*. Respecto a la herencia de una persona viva no puede hablarse de una *hereditas* ni de un heredero que la haya adquirido y que por lo tanto tenga la titularidad de la misma.⁷⁶ Esta consideración tiene relevancia en lo referente a la imposibilidad en el derecho romano clásico de celebrar pactos sucesorios, por el hecho de que el objeto materia de los mismos no existe jurídicamente, requiriendo la *hereditas* para ser motivo de acuerdo de los presupuestos anteriores. Así también cuando se hace una venta de

CAPÍTULO 2

EL OBJETO EN LA COMPRAVENTA DE HERENCIA

In hoc capitulo requisita, quae in hereditate vendita sunt, putabo. Examinabo primum an possit venire hereditas eius, qui vivit aut nullus sit, deinde an veniat spes hereditatis ac aliena hereditas. Postea notaturus sum quae quantitas in hereditate vendita spectetur.

SUMARIO: I. La existencia del objeto. II. Venta de esperanza de herencia. III. La venta de herencia ajena. IV. La determinación del monto de la herencia.

I. LA EXISTENCIA DEL OBJETO

El objeto en la venta de herencia es la *hereditas*,⁷¹ cuyo carácter de cosa incorporal⁷² en el derecho romano clásico permitía que se entendiese como una mercancía (*merx*),⁷³ debiendo pertenecer a una persona muerta que hubiese existido para que la prestación sea posible; dicha afirmación se aprecia en el texto de Pomponio, *libro nono ad Sabinum* D.18.4.1, que dice:

Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.

Si se vendiese la herencia de aquel que vive o que no existe, no hay nada de hecho porque no existe en la naturaleza de las cosas lo que haya sido vendido.⁷⁴ El presente texto estaba incluido en aquella parte del comentario a los *libri iuris civilis* de Sabino, en donde se trataba de la problemática relativa a la existencia del objeto en la compraventa consensual, como es manifestado también por otro pasaje del mismo Pomponio, en

esperanza de herencia, podrá realizarse tal siempre y cuando corresponda a una persona real y fallecida, como se apreciará en el siguiente párrafo del presente capítulo. Esta misma razón explica también la imposibilidad de la *usucapio pro herede* sobre el patrimonio de una persona viva aunque el poseedor creyese que fuese muerta.⁷⁷ Tales causas determinan la nulidad de la compraventa de la herencia de una persona que todavía vive, pasando a segundo término las razones fundamentadas en la inmoralidad del negocio o en la contravención de las buenas costumbres.⁷⁸

En doctrina⁷⁹ se ha considerado como una posible excepción a tal principio el texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.2, que dice:

Illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum qui vendidit hereditatem pervenit, ex empto actioni locum faciat. et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est: licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est. plane si hoc actum sit, dicendum erit etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.

Ulpiano se pregunta si el vendedor de la herencia del testador, siendo también sustituto del hijo impúber del mismo, sea obligado a transferir al comprador también la herencia del impúber, teniendo lugar en caso contrario la acción de compra. Y considera como solución mejor que no sea obligado, porque, aún cuando el testamento sea uno, se trata de dos distintas herencias (*et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est: licet unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est*). Sin embargo, si el vendedor y el comprador han así acordado, también la herencia del impúber viene incluida en la venta, sobre todo si la herencia se haya vendido cuando ya la del impúber se hubiera deferido (*maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas*).

El caso habla de una *pupillaris substitutio*, en la que el vendedor, aparte de ser heredero del *de cuius*, es nombrado sustituto del impúber que muere antes de la *pubertas*. En la primera parte del texto Ulpiano, en ausencia de un acuerdo distinto de las partes, niega la posibilidad de que se incluya la herencia del impúber entre los *lucra*, que el vendedor de la herencia del testador está obligado a transmitir al comprador, porque son dos herencias independientemente de que el testamento sea uno, (*unum testamentum duarum hereditatum*); por un lado, la herencia del padre del impúber que se vende y por otro lado, la parte del patrimonio que correspondería al impúber. No obstante, tal opinión será válida siempre y cuando las partes no hubieran manifestado lo contrario, pudiéndose incluir en el acuerdo las dos herencias.

Hasta aquí no resultan excepciones al principio de que la herencia deba ser de una persona real y fallecida, por el hecho de que las partes podían acordar que la inclusión de la herencia del impúber tuviese como presupuesto que él fuese muerto. Pero, al final del texto se dice que normalmente las partes convenían incluir también la herencia del impúber cuando ya ésta se hubiera deferido, admitiéndose de modo implícito la posibilidad de que el comprador y el vendedor celebrasen una compraventa, cuyo objeto fuese una herencia todavía no deferida (*hereditas nondum delata*); en otras palabras, la herencia del impúber todavía vivo. La tradición jurídica anterior resolvió la cuestión identificando en el adverbio *maxime* un pleonismo o interpretándolo en el sentido de ciertamente.⁸⁰ Por el contrario Donelo⁸¹ atribuyendo a tal adverbio su significado habitual de "sobretudo", explicó la afirmación del jurista en el siguiente modo: se haría referencia a la posibilidad de celebrar acuerdo sobre la venta de herencia del impúber muerto, cuando la sustitución pupilar era bajo condición y ésta no se hubiera verificado todavía. Hoy en día la doctrina prefiere hablar de corrupción del presente fragmento, pero excluyendo la intervención compilatoria con la finalidad de admitir la venta de una *hereditas nondum delata*.⁸² Al no aceptar dichas posturas, el presente texto podría entenderse sólo como admisión de la posibilidad de configurar la venta de herencia pupilar como

aleatoria (en la forma indicada por Ulpiano en D.18.4.11. mencionado en el § siguiente) a la luz de las características de la sustitución pupilar que surgió como una necesidad a que, siendo el pupilo incapaz en razón de la edad para hacer testamento, pudiese en su lugar realizarlo el *pater*, evitando así la sucesión intestada.⁸³

Otra excepción a la imposibilidad de realizar la contratación de la herencia de una persona viva es habitualmente indicada en el presente texto de Paulo, *libro trigesimosecundo ad edictum* D. 17.2.3.2,⁸⁴ que dice:

De illo quaeritur, si ita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit, quae iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit, an etiam ea, quae testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere.

Si la sociedad se hubiere constituido manifestándose lo siguiente: que si alguna justa herencia hubiere correspondido a alguno sea común, Paulo se pregunta que herencia justa se entenderá, si la que corresponde por derecho legítimo o si también la que corresponde por testamento. Y según su opinión será más probable, que ésto solamente se refiera a la herencia legítima.

Si bien es cierto el caso no hace referencia a una venta de herencia, sino a un problema de contribuciones en un contrato de sociedad, su análisis se presenta interesante también para nuestras finalidades, porque implica la posibilidad y licitud de celebrar contrataciones que tenían como objeto herencias futuras configurándolas como aleatorias.

En la redacción actual del texto la sociedad que considera Paulo es la *unius rei*, por la que las partes determinan la cláusula *ut si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis si*.⁸⁵ Del contexto resulta claro que la herencia de la cual se trata no era ya existente y que pertenecía a una persona indeterminada. En el contrato existe por lo tanto una condición con carácter aleatorio por la que las partes, en caso de que obtuviesen una herencia, tendrían que incluirla en la sociedad. En

nuestra opinión, parece difícil considerar tal cláusula como una excepción porque no se ha indicado la persona causante de la *hereditas*. Al contrato se ha añadido una condición que puede o no llevarse a cabo, y que se haría efectiva en el momento en que cualquiera de los socios hubiese adquirido la herencia como heredero. Por el contrario, sería una excepción si se hubiese manifestado por las partes los nombres de los causantes, porque tal situación ocasionaría que el negocio jurídico tuviese como objeto herencias de personas todavía vivas. En virtud de la naturaleza aleatoria de esta cláusula tal contrato de sociedad tendría plena validez, comprobándose la condición en el momento en que alguno de los socios entrase en el complejo jurídico de un difunto.

En lo que respecta a la opinión de Paulo que se debe entender sólo la herencia legítima y no la testamentaria, Arangio-Ruiz⁸⁶ la justifica fundamentándola en que los socios conocían sus respectivas parentelas, por lo que tenían mayor posibilidad de obtener tales herencias que aquellas relativas a extraños. Tal opinión no es persuasiva, porque si bien los familiares hubiesen podido designar a alguno de los socios heredero *ab intestato*, no existirían razones para negarles la posibilidad de que los mismos lo realizasen en vía testamentaria.

La solución debe probablemente encontrarse en la misma *ratio iuris* que impedía de realizar negocios jurídicos con herencias no deferidas. En efecto la inclusión de posibles herencias testamentarias habría implicado que personas que no habían sido determinadas lo fuesen plenamente, porque se estaría disponiendo de sus patrimonios si bien todavía no deferidos. De tal situación Paulo admite como más probable la solución que se incluya únicamente la herencia legítima.

b) El segundo presupuesto esencial, como consecuencia del primero, que deriva del texto de Pomponio D.18.4.1, es que la herencia exista, tanto física como jurídicamente hablando; que el *de cuius* haya dejado una herencia al heredero, y que la misma haya pertenecido a una persona que tuviera capacidad para tal acto, o sea la *testamenti factio activa*.⁸⁷

A la existencia de la herencia vendida se refieren otros dos textos, de Javoleno, *libro secundo ex Plautio* D.18.4.8. y de

Paulo, *libro cuarto decimo ad Plautium* D.18.4.7,⁸⁸ que no obstante ocasionan ciertas dudas sobre la validez del contrato en caso de que falte la *hereditas*. En el primero se señala:

Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur.

En caso de que al vendedor no pertenezca alguna herencia, para determinar la indemnización del comprador, el jurista distingue entre dos diversas situaciones. Si existe una herencia, pero no pertenece al vendedor, el comprador será indemnizado con una suma igual al valor de tal herencia; si por el contrario no había alguna *hereditas* como objeto del negocio, el comprador tendrá derecho a ser reembolsado, mediante la *actio empti*,⁸⁹ del precio pagado y de los gastos (*quid in eam rem impensum est*) y, como veremos dentro de breve en D.18.4.9., el *id quod interest* del comprador.

En el texto de Paulo, cuya parte central analizaremos en el próximo inciso, porque hace referencia a la venta del alea, en lo que en este momento nos interesa se dice lo siguiente:

Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio...quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

El jurista afirma que cuando alguno vendió una herencia, ésta debe existir para que haya compra; si no existe, el contrato es nulo, y el adquirente que pagó el precio puede repetirlo con una *condictio*.

Como es evidente, los dos textos hacen derivar diversas consecuencias jurídicas de la compraventa de una herencia que después resulta inexistente. Javoleno se expresa en favor de la existencia de tal contrato, puesto que otorga al comprador la *actio ex empto* con la cual podía obtener la restitución del

precio, el reembolso de los gastos y la indemnización de los daños-intereses.⁹⁰ Por el contrario Paulo está de acuerdo con la opinión de Pomponio, en D.18.4.1., negando tal existencia y consecuentemente prevee que el comprador ejercite la *condictio* para exigir el dinero pagado como precio.

Además en el orden de los fragmentos del título D.18.4. el texto de Javoleno resulta estrechamente unido con el siguiente D.18.4.9. del mismo Paulo, *libro trigesimo tertio ad edictum*, cuyo contenido muy breve incluye en la indemnización también el *id quod interest* del comprador al decir: *Et si quid emptoris interest*. Las presentes palabras se encuentran en oposición a lo que el mismo jurista afirma en D.18.4.7., puesto que reconociendo tal derecho del comprador parecerían admitir la validez del contrato. Esta oposición entre los dos textos de Paulo ha sido diversamente explicada por la doctrina,⁹¹ también si ninguna hipótesis puede llegar a conclusiones seguras, puesto que es imposible reconstruir con certeza el contexto originario en el comentario al edicto de donde D.18.4.9. fue extraído.

En lo referente a nuestra investigación del análisis de dichas fuentes es suficiente apreciar que el problema de la existencia del contrato de compraventa de una herencia que el vendedor afirmaba pertenecerle, pero *quae non est*, fue discutido por la jurisprudencia clásica al menos desde Sabino y Plauto, cuyas obras fueron comentadas sobre tal punto por Javoleno, Pomponio y Paulo.⁹² La problemática presenta aspectos similares a la venta de *res extra commercium* o de hombres libres considerados como esclavos.⁹³

Las dos soluciones expresadas por Javoleno, de un lado, y Pomponio y Paulo, por el otro, reflejan dos diferentes líneas de pensamiento frente a la misma situación: la primera más sensible a las exigencias de protección a la buena fe, reconociéndose al comprador el derecho de una indemnización más amplia, que incluya los gastos y los daños; la segunda más rigurosa, que otorgaba al comprador la acción *stricti iuris* únicamente para la repetición del precio. La actitud de buena o mala fe del comprador podía quizá ser el criterio sobre el cual se fundamentaba una u otra solución, según la misma línea de

pensamiento ya configurada para la venta de un *homo liber* como esclavo.⁹⁴ De todos modos, los textos aquí examinados no permiten proponer respuestas ciertas ni establecer que orientación prevaleció. Del hecho que ambas se encuentran todavía en el título 18.4. del Digesto, podríamos deducir que en toda la época clásica existieron paralelamente las dos posturas y que aún en la edad de Justiniano las dos soluciones fueron consideradas como válidas.

Finalmente, en base a los casos ya vistos en el capítulo anterior podemos observar que la herencia que debe existir podrá ser vendida:

a). En su totalidad por el heredero único: por ejemplo, *si Titius Maeui hereditatem Seio vendiderit* o *si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris*.⁹⁵

b). A un tercero por cualquier coheredero en lo referente a su porción hereditaria.⁹⁶

c). Entre coherederos en lo referente a las relativas porciones: por ejemplo, *si fideiussori duo heredes extiterint et alter eorum a coherede emerit hereditatem...o ex quadrante heres scriptus a coherede ex dodrante instituto emit portionem*.⁹⁷

Con referencia a cuanto se ha dicho acerca de la imposibilidad de configuración de una *emptio venditio hereditatis* en ausencia de los dos presupuestos apenas examinados, surge la cuestión de si se pueda y como se pueda admitir una compraventa de esperanza de herencia.

II. VENTA DE ESPERANZA DE HERENCIA

Los textos de D.18.4.1; 18.4.7; 18.4.8 y 9 analizados en el inciso anterior se referían a una herencia que el vendedor afirmaba existente en el momento de la conclusión del contrato y que después podía resultar inexistente.⁹⁸ Pasemos ahora a examinar los pasajes de los juristas en donde la compraventa tiene como objeto "una esperanza de herencia".

Como es notorio, la posibilidad de realizar una compraventa de cosa futura es claramente expresada por Pomponio, *libro*

nono ad Sabinum D.18.1.8.pr.-1, sobre el cual la doctrina moderna se ha fundamentado para distinguir entre una venta de cosas futuras (*emptio rei speratae*) y una *emptio spei* en que la esperanza resulta ser el objeto de la venta.⁹⁹ Visto que la venta de herencia es una especie de la venta en general, surge la problemática de examinar si en los textos jurídicos de nuestra materia se encuentran casos de una y otra figura.

La posibilidad de realizar una *emptio rei speratae* no es considerada por las fuentes, resultando totalmente excluida por los presupuestos analizados anteriormente (§ I) en el texto de Pomponio D.18.4.1, confirmados por Javoleno y Paulo respectivamente en D.18.4.8. y D.18.4.7, así como por la ilicitud de los pactos sucesorios.

Por el contrario existen textos donde parecería posible realizar una venta de herencia como *emptio spei*. Esto puede observarse en cuatro fragmentos que hacen parte de una única cadena de textos D.18.4.7-13, en donde se tratan las diversas cuestiones relativas a una *hereditas* como objeto de compraventa. Estos cuatro fragmentos, pertenecientes a tres diversos juristas, no tienen contenido idéntico, haciendo surgir algunos problemas que intentaremos de solucionar. Comenzaremos con el texto de Javoleno del siglo I d.C., que consideraría tal posibilidad en su *liber secundus ex Plautio* D.18.4.10, señalándose lo siguiente:

Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestituri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret.

Javoleno dice que en una venta de herencia las partes podrían convenir sobre tal cláusula "que resulta vendido cuál derecho tiene el vendedor sobre la herencia, y que después no responda de nada más"; en este caso, si la herencia no hubiere pertenecido al vendedor, éste no será responsable, porque en base a la voluntad manifestada por las partes, la ganancia del

negocio como el riesgo corresponderían al comprador. Mediante tal cláusula la compraventa de herencia asume carácter aleatorio consistente en que el vendedor desconoce la existencia del derecho sobre la herencia, no obstante vende su esperanza. Si no tuviera derecho a nada, no sería responsable frente al comprador, el cual no obstante sería obligado a pagar el precio. La razón es clara, la ganancia y el riesgo corren a cargo del comprador porque así acordaron las partes.¹⁰⁰

En inicios del siglo III d.C. Ulpiano, *libro trigésimo secundo ad edictum* D.18.4.11. afirma:

Nam hoc modo admittitur esse venditionem "si qua sit hereditas, est tibi empti", et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.

Ulpiano acepta la posibilidad de realizar la venta con la siguiente cláusula: "si hay herencia, ha sido comprada para tí". En esta venta el objeto es un *incertum*, el jurista habla de una *spes hereditatis*, haciendo una equiparación entre el presente contrato y el caso de la redada planteado anteriormente por Pomponio en la venta en general (D.18.1.8.1.).¹⁰¹ Por lo tanto el comprador que haya aceptado realizar una venta con tal cláusula estará obligado a pagar el precio, aún si no existiese ninguna herencia.¹⁰²

En la misma época que Ulpiano, Paulo se ocupa de la cuestión aquí examinada en dos textos aparentemente en oposición. En el primero *libro quarto decimo ad Plautium* D.18.4.7. puede apreciarse una afirmación de la regla general ya expresada por Pomponio en D.18.4.1. Después de la parte que hemos mencionado en el parágrafo 1 (*cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio*), el texto continúa diciendo:

...nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

El jurista no considera la posibilidad de que al comprarse la herencia se compre el alea, como en la caza y similares, sino la cosa; si no existe, no se contrae la compra y por lo tanto el precio puede ser exigido mediante una *condictio*.¹⁰³ El segundo texto de Paulo, *libro quarto decimo ad Plautium* D.18.4.13. dice lo siguiente:

Quod si sit hereditas et si non ita convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet, tunc heredem se esse praestare debet: illo vero adiecto liberatur venditor, si ad eum hereditas non pertineat.

Dice el jurista que, existiendo una herencia, si no se hubiera convenido de tal modo que el comprador adquiriera todo derecho que tuviese el vendedor, éste último debe de responder de su carácter de heredero. Por el contrario, una vez añadida esta cláusula al contrato, el vendedor será liberado, si no le pertenece la herencia.¹⁰⁴ De lo que hemos apreciado resulta clara la aparente contradicción entre los dos textos de Paulo, en virtud de que en el texto D.18.4.7. el jurista niega la posibilidad de que se pueda comprar el alea, y en el texto D.18.4.13. manifiesta la irresponsabilidad del vendedor en caso que se incluya en el contrato el pacto *ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet* y después no le pertenezca la herencia. Tal contradicción aparente no existe; porque en el segundo texto Paulo no admite una compraventa aleatoria de una *spes hereditatis* después de haberla excluída en el primer caso, sino parte del presupuesto de que una herencia ya exista (*si sit hereditas*) y que la aleatoriedad concierna simplemente al eventual derecho que el vendedor tuviese sobre esta herencia, señalando la posibilidad de que en tal caso las partes acuerden para que el vendedor transmita al adquirente todo su derecho sobre la herencia.

Recientemente si bien parte de la doctrina tiende a identificar o a unificar los casos examinados por los tres juristas,¹⁰⁵ se ha propuesto¹⁰⁶ una interesante opinión sobre las relaciones entre dichos casos, al afirmar que se trataría seguramente de dos, o quizá de tres diferentes situaciones de aleatoriedad del

contrato creadas por la autonomía negocial de las partes. Una verdadera *emptio spei* se habría realizado sólo en el caso considerado por Ulpiano, en el cual el vendedor realizaría la venta de cualquier herencia que le hubiesen deferido en un cierto término, mientras que Javoleno haría referencia a una venta donde el objeto sería un eventual derecho del vendedor sobre una herencia ya existente, a la falta del cual no surgiría ninguna obligación para el vendedor, sufriendo el riesgo el comprador. En lo que respecta al texto de Paulo en D.18.4.13, resultaría incierto si el caso analizado fuese el del mismo Javoleno u otro, reflejándose en ésta última hipótesis un tercer tipo de compraventa aleatoria.

Examinando los textos expuestos anteriormente, resultaría que dicha opinión tendría que ser compartida en lo referente a la diferencia entre la estructura contractual de los tipos indicados por Ulpiano, de un lado y por Javoleno y Paulo, por el otro. En efecto, mientras que Ulpiano con las palabras *si qua sit hereditas, est tibi empta* se refiere a una herencia que posiblemente exista, los otros dos juristas consideran los eventuales derechos que al vendedor podría tener de una herencia ya deferida, y por lo tanto ya existente (*si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire*, dice Javoleno D.18.4.10, y más explícitamente afirma Paulo D.18.4.13: *si sit hereditas et si non ita convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet*). Otro argumento en favor de la mencionada diferencia es lo expresado por el mismo Paulo D.18.4.7, al decir que en la venta de herencia no se compra el alea (*nec enim alea emitur*): ¿Cómo explicar esta afirmación, si después en D.18.4.13. admitiría una venta aleatoria en la misma forma que Ulpiano?

Sobre el problema de una eventual identidad o diversidad del carácter aleatorio de los contratos analizados por Javoleno y por Paulo, de la confrontación de los dos textos nos inclinamos en favor de la primera solución por los siguientes argumentos. En primer lugar, el formulario de las dos cláusulas resulta sustancialmente igual: *Si quid iuris esset venditoris, venire y ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet*, haciéndose referencia al eventual derecho del vendedor a una

herencia deferida. La falta en Paulo de la frase final *nec postea quicquam praestitu iri* no parece relacionarse a una diferencia del carácter aleatorio del contrato, sino probablemente a una mayor precisión en Javoleno de la falta de responsabilidad del vendedor en caso de que no tuviese algún derecho sobre la herencia. En segundo lugar, puede observarse una igualdad de consecuencias jurídicas, estableciéndose para el vendedor la liberación de su obligación y comportando para el adquirente la permanencia de la obligación al pago del precio. Pero, mientras Javoleno explícitamente prevee tal efecto, Paulo no dice nada, ocasionando dudas en doctrina sobre su silencio.¹⁰⁷ No obstante, no existen razones para excluir que este último jurista admitiese la misma consecuencia. No podría parecer que se pudiese buscar una diversa solución en D.18.4.7. y D.18.4.8. de los mismos juristas, donde, como hemos apreciado en el párrafo anterior, los casos examinados no pueden identificarse con los presentes por la falta de la cláusula aleatoria.

Por lo tanto, en base a dichas consideraciones podemos señalar la existencia en la jurisprudencia clásica de dos líneas de pensamiento sobre la posibilidad de las partes de celebrar una venta de herencia como contrato aleatorio. Una es representada por Ulpiano, que reconoce de modo más amplio la validez de *emptiones spei hereditatis*. Esto no significa que tales ventas se pudiesen desenvolver con referencia a personas vivas o específicamente determinadas; porque, como hemos visto anteriormente, la existencia en vida del titular del patrimonio no permitiría la posibilidad de considerarlo como *hereditas*, su indicación precisa configuraría un pacto sucesorio siendo un absurdo hablar de una herencia faltando el causante de la misma. A causa de la ausencia de noticias (exceptuándose quizá lo que diremos más adelante en el presente inciso sobre D.18.4.12. de Gayo) no es posible aclarar si se trata de una innovación propia de este jurista o si existían ya indicios en juristas anteriores, que Ulpiano después desarrolló de conformidad a exigencias prácticas. La otra línea de pensamiento parecería más antigua remontándose a Javoleno y transmitiéndose hasta los juristas del III d.C. como Paulo, permitiéndonos de mejor manera el entendimiento de lo que manifestará

éste último en su época; de esto podemos considerar el razonamiento del primero como criterio interpretativo del segundo. Si observamos la opinión de Paulo D.18.4.7, que se expresa en sentido contrario a una venta de herencia en la cual *alea emittur*, esta línea resultaría menos abierta a la posibilidad de una mayor amplitud de la autonomía contractual de las partes en lo que respecta a la compraventa de esperanza de herencia. Es interesante que ambos textos de Javoleno y Paulo correspondan a obras referentes a Plauto, por lo que sería posible considerar que el criterio expresado por los dos juristas fuese manifestado por el mismo Plauto.

Ambas líneas jurisprudenciales concuerdan en el reconocimiento del papel fundamental de la voluntad de las partes que podía realizar el contrato mediante un régimen diverso a lo afirmado en los textos analizados en el parágrafo 1. Naturalmente la validez de las cláusulas anteriores estaba subordinada a la buena fe por parte del vendedor, porque en caso contrario respondería por su dolo, como manifiesta Gayo, *libro decimo ad edictum provinciale* D.18.4.12, texto que se encuentra incluido en el Digesto entre el texto de Ulpiano y el de Paulo:

Hoc autem sic intellegendum est, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur.

En la cadena creada por los compiladores el presente texto parecería ser dirigido a explicar la cláusula *si qua sit hereditas, est tibi empti* expresada en el fragmento anterior por Ulpiano.¹⁰⁸ El jurista en efecto consideraría que su validez debería entenderse de este modo: a no ser que el vendedor hubiese realizado la venta sabiendo que no le pertenecía la herencia, puesto que en tal caso se podría considerar su actitud como dolosa. De la posición del presente texto se apreciaría que los justinianos trataron de unirlo con el anterior como un discurso unitario, si bien es cierto, como fue observado en doctrina,¹⁰⁹ sería mejor referirlo a lo que decía Javoleno en D.18.4.10. De lo anterior podríamos deducir que, si bien no se encuentra la manifestación por parte de Gayo de la cláusula *si*

qua sit hereditas, est tibi empti, el hecho de que los compiladores hayan puesto tal texto después del de Ulpiano como si fuese un discurso unitario, haría pensar que Gayo en su *liber decimus ad edictum provinciale* hablaba también de ésta cláusula, expresando quizá una opinión similar a la de Ulpiano. El texto demuestra la aplicación del principio de la buena fe contractual respecto a la compraventa de esperanza de herencia, por el hecho de que el vendedor realiza el contrato desconociendo la inexistencia de la *hereditas* o de sus derechos sobre la misma; en caso contrario su actitud se entendería como dolosa, y por lo tanto como una violación al principio de la buena fe contractual que ocasionaría como consecuencia su responsabilidad con el comprador.¹¹⁰

III. LA VENTA DE HERENCIA AJENA

El hecho de que en la compraventa de herencia, como en la compraventa general el vendedor está obligado a transmitir la posesión y no la propiedad de la mercancía,¹¹¹ implica que sea perfectamente válida la compraventa de una herencia ajena, ocasionando la responsabilidad del vendedor frente al adquirente y al verdadero titular de la misma. Ya tuvimos ocasión de analizar los casos de Juliano, *libro quintodecimo digestorum* D.18.4.18¹¹² y el de Labeón-Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1.¹¹³ en que se hacía referencia a la venta por parte de uno de los coherederos de la totalidad de la herencia, no dudándose de su validez. Existe además otro texto, donde el problema de la venta de herencia ajena es tratado por Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18. pr.,¹¹⁴ que dice:

Item videndum, si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdidit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet nec consequi potest. Sed Labeo putat eum teneri, quia suo periculo male argentario credidit: sed Octavenus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. mihi autem in eo, qui mala fide posse-

dit, Labeonis sententia placet: in altero vero, qui bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur.

El texto de Ulpiano toca el problema de que si puede ser demandado por la petición de herencia el poseedor de la misma, que la vendió por mediación de un banquero y perdió por éste el importe del precio, ya que nada tiene y nada puede conseguir. Y opina Labeón que sí es responsable, porque el haberse fiado indebidamente del banquero fue a su riesgo; pero dice Octaviano que no tiene que entregar más que sus acciones, y que sólo por éstas se le puede demandar con la petición de herencia. Al jurista severiano le parece admisible la opinión de Labeón cuando el poseedor sea de mala fe; en cambio, respecto al poseedor de buena fe, prefiere la opinión de Octaviano.

La parte referente al banquero es el medio utilizado por Ulpiano para explicar el grado de responsabilidad que tiene el vendedor de una herencia ajena a favor del heredero, puesto que el precio obtenido no pudo ser restituido a causa de la pérdida por causa del mismo banquero. El texto hace mención de dos opiniones discordantes: por un lado, Labeón considera que el vendedor es responsable frente al heredero pudiendo ejercitar este último la *petitio hereditatis*; por el otro, Octaviano finaliza tal acción para conseguir del vendedor la entrega de las relativas acciones. Ulpiano frente a tales opiniones da una solución ecléctica según la buena o mala fe del poseedor. Ningún jurista duda de la validez de la venta al asta de la herencia ajena, poniendo sólo atención a las consecuencias jurídicas de la actitud del vendedor poseedor. En base a la orientación que prevaleció, su actuación de mala fe ocasiona una responsabilidad directa, siendo irrelevante que no hubiera recibido el precio correspondiente por la venta. En cambio la actuación de buena fe implicará que el poseedor cederá las acciones *hereditario nomine*, por lo que si no hubiera recibido el precio respectivo, le corresponderá al heredero exigirlo y no al vendedor de la herencia.

Otro caso particular, en que resulta que una compraventa de herencia ajena es válida, se manifiesta en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.20.6. En este caso la herencia

como *caduca* es de propiedad del fisco y los vendedores, cuando actúan de buena fe, no responden frente al mismo de los intereses del precio de las cosas vendidas; sino únicamente del precio, como se aprecia en la siguiente parte del texto:

... hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis servandum...

Ulpiano transcribe el contenido del senadoconsulto *Iuventianum* de la época del emperador Adriano (117 - 138 d.C.) referente a las materias de la *vindicatio caducorum* por parte del fisco contra los particulares y después aplicado también a la *petitio hereditatis* entre particulares.¹¹⁵ En la presente parte se afirma que, si los que hayan vendido la herencia estimaban de buena fe que eran los herederos, no pueden ser demandados por el fisco para los intereses del dinero percibido por precio, y que lo mismo se debe observar en los casos semejantes. Los que se consideran herederos al realizar la venta serán responsables con el fisco sólo del dinero que hubieren recibido como pago del precio de la venta, teniendo ésta plena validez, sin ser obligados al pago de intereses de la cantidad recibida.

El caso de la venta de herencia ajena se puede ver también en otro texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.4-5, que dice:

4. *Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari ... venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse ... et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.* 5. *Idem erit dicendum et si parvo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus adversus fideicommissarium dari actionem: ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente.*

En el §4, el jurista se pregunta si la *petitio hereditatis utilis* podía ejercitarse contra el comprador de una herencia en los casos, por ejemplo, en que no resultase quien era el vendedor o hubiese vendido a un precio módico y fuese sólo poseedor de

buena fe. Como respuesta se menciona la opinión afirmativa de Casio Longino.¹¹⁶ El mismo principio se consideraba aplicable también cuando el heredero, al cual se le había encomendado de vender la herencia a poco precio, la hubiese vendido a un tercero (Ticio); tal aplicación era afirmada por Papiniano, según el cual se debía otorgar la acción contra el fideicomisario, puesto que no era conveniente la *petitio hereditatis* contra el heredero que consiguió un precio tan pequeño.

En el texto Ulpiano trata la cuestión del ejercicio de la *hereditatis petitio utilis* respectivamente contra el comprador de una herencia y contra el fideicomisario que la hubiese recibido pagando un precio pequeño. En el § 4 se maneja entre otras también la hipótesis de una venta realizada por el poseedor de buena fe (*finge ...venditorem ... bonae fidei possessorem fuisse*); en el § 5 el testador pide al heredero que le venda la herencia al fideicomisario en un precio módico;¹¹⁷ después es revocado el testamento o impugnado, por lo que el fiduciario realmente no tenía el carácter de heredero y no obstante había celebrado la venta de herencia; ante tal situación, según la opinión de Papiniano, el verdadero *heres* tendría la posibilidad de ejercitar la *hereditatis petitio utilis* contra el fideicomisario comprador de la herencia. Es interesante destacar que en ambos casos los juristas no ponen en duda la validez de la venta, tanto efectiva como simbólica de una herencia ajena, sino la cuestión de la persona que debe ser considerada como legitimada pasivamente de la acción para que se le exija la herencia.

IV. LA DETERMINACION DEL MONTO DE LA HERENCIA

El argumento que profundizaremos en el presente inciso forma objeto de un amplio análisis por parte de los juristas clásicos, los cuales siguen como principio fundamental el de la libertad contractual de las partes. Tal principio se manifiesta en la determinación del momento que hace referencia al monto de la herencia vendida, como podemos apreciar en el texto de Ulpiano, libro *quadragesimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.1, que dice:

In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea quae fuit cum hereditas venumdat, videndum erit. et verius est hoc esse servandum quod actum est: plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse.

El jurista, reflejando probablemente las diversas posiciones expresadas por la jurisprudencia en base a la práctica, individualiza tres momentos por los que se pudiese optar:

- a) el momento de la muerte del testador;
- b) cuando se aceptó la herencia;
- c) cuando la herencia fue vendida.¹¹⁸

De estos tres momentos Ulpiano afirma que es más verdadero que se observe lo que las partes deciden en cada caso, y que en la mayoría de supuestos ellas optan por el tercer momento, siendo obvio que el segundo criterio no se configuraría para los herederos *sui et necesarii* por carecer de *aditio*. Es de gran importancia la decisión por los contratantes de una u otra opción, por el hecho de que podría ocasionar consecuencias diversas. Si al venderse la herencia se optara que la magnitud de la misma fuese al momento de la muerte del *de cuius*, el vendedor no podría deducir los gastos funerarios que hubiese realizado, situación que podría realizarse en los otros dos casos. Si se optara que la magnitud fuera al momento de venderse la misma, el vendedor no estaría obligado a restituir al comprador los bienes que hubiera perdido, vendido o donado, antes de la venta, sino el precio de los mismos como veremos más adelante en el mismo parágrafo.

En relación al momento elegido por las partes para determinar el caudal de la herencia vendida, se aplica como criterio fundamental tendiente a determinar los bienes que podían incluirse en la misma el que señala claramente el mismo Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.9, que dice: *Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.* (Como todo lucro corresponde al compra-

dor de la herencia, así también debe corresponderle todo daño). Por lo tanto toda la casuística analizada por la jurisprudencia se centra sobre los conceptos jurídicos del *id quod ex hereditate venditori pervenisset* y de los *damna* causados por la herencia.

Con referencia al primer principio, el texto fundamental es el § 3 del mismo fragmento de Ulpiano D.18.4.2.3, en que se dice:

Pervenisse ad venditorem hereditatis quomodo videatur, quaeritur. et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere: enimvero ubi corpora nactus est vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse. sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, palam est ad eum pretia rerum pervenisse. illud tenendum est cum effectu videri pervenisse, non prima ratione: idcirco quod legatorum nomine quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse: sed et si quid aeris alieni est vel cuius alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur. Sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit.

El jurista trata el problema de cuales cosas se pueden considerar que han llegado al vendedor y que por lo tanto está obligado a transmitir al comprador de la herencia. Y piensa que las cosas corporales hereditarias se considerarían llegadas al vendedor también antes de que las hubiera conseguido, si puede transferir las *actiones in rem* (*persecutiones*) y atribuir las *actiones in personam* para obtenerlas. Cuando haya tomado posesión de las cosas hereditarias o exigido las deudas, es aún más evidente que estas cosas y créditos se consideren llegados a él. El mismo principio vale para los precios obtenidos por las cosas hereditarias vendidas antes de la venta de la herencia. Después el jurista señala que lo que haya llegado al vendedor debe valuarse no en base a un primer cálculo aparente, sino con referencia a cuanto haya recibido con eficacia definitiva; por esto resultan excluidos lo que fue dado como legado, deu-

das y otros gravámenes hereditarios. No obstante, respecto a las cosas hereditarias donadas por el vendedor antes de la venta, el jurista afirma que una razón de equidad exige que se entreguen sus *pretia* al comprador.¹¹⁹

El texto es importante porque ilustra los principios básicos del contenido de la herencia para fines negociales,¹²⁰ explicando el significado del concepto de *pervenire*. El régimen que resulta es el siguiente:

a) las cosas corporales son disponibles por el vendedor y por lo tanto se encuentra obligado a transmitir las; en caso de que no las tuviese en posesión se encontraría obligado a ceder al comprador las acciones para conseguirlas. La misma disciplina es aplicable a los créditos hereditarios, teniendo el vendedor que los hubiese exigido que transmitirlos al comprador, en caso contrario su obligación consistiría en la cesión de las acciones respectivas para su exigibilidad. En el presente texto Ulpiano es claro en la distinción entre *persecutiones*, entendiendo a las acciones *in rem*, y *actiones* con referencia a las *in personam*.¹²¹ Tal distinción, como veremos más adelante (cap. 3 § V), no es casual;

b) para las cosas hereditarias vendidas antes de la venta de la herencia el vendedor deberá entregar el precio recibido;¹²² si no lo ha recibido todavía tendrá que ceder las acciones relativas;

c) en el monto de la herencia objeto de la venta no se incluirán las prestaciones debidas a legados, las deudas y otros *oneris* hereditarios;

d) para las cosas hereditarias donadas antes de la venta de herencia, en línea teórica se deberían incluir en los gravámenes hereditarios y por lo tanto ser excluidas del monto de la herencia, pero, como se trata no de obligaciones, sino de actos de liberalidad del vendedor, en Ulpiano y quizás en otros juristas se había afirmado una orientación equitativa, en base al cual éste resultaba obligado a transferir al comprador el valor objetivo de tales cosas.¹²³

El régimen manifestado por Ulpiano se completa con las afirmaciones de Celso, *libro trigesimo secundo digestorum* D.50.16.97 y Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, en base a que las cosas hereditarias llegadas al vendedor después de la venta de herencia tienen que ser transmitidas al comprador, no pudiéndose sustituir con su precio.¹²⁴

Desarrollando los principios que se acaban de exponer, Ulpiano en el mismo fragmento prosigue diciendo que:

1) en el monto de la herencia vendida se incluye todo lo que hubiese llegado también al heredero del mismo vendedor, porque no existen límites temporales al *pervenire*, sino sólo causas dependiendo exclusivamente de la herencia vendida: *Non tantum autem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: et non solum quod iam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est* (D.18.4.2.4).

A la luz del presente texto puede solucionarse también el problema referente al acrecimiento de la herencia, ampliamente discutido por los juristas de siglos pasados así como por la pandectística, ignorándose por la doctrina actual.¹²⁵ Si en una herencia, donde existiesen dos o más llamados, uno de ellos hubiese vendido su porción a un tercero y el otro posteriormente a la celebración de la venta hubiere renunciado a la suya, surgen las cuestiones de que si el heredero vendedor deberá transmitir al comprador la parte que hubiere acrecido, siendo tal parte incluida en la compraventa o bien si se transmite directamente el *ius adcrecendi* con la realización de la venta.

El vendedor es el único titular del derecho de acrecimiento en cuanto accesorio de la calidad de *heres*, teniendo lugar sólo entre coherederos llamados conjuntamente a la misma herencia o cuota.¹²⁶ Por lo tanto, como el comprador no adquiere tal calidad, sino su contenido patrimonial (ver *infra*, cap. 4 § I), así deberá ser excluida la adquisición directa por parte suya del *ius adcrecendi*. No obstante, la obligación del *venditor hereditatis* a transmitir todo lo que le hubiese llegado en cualquier momento (*et quod quandoque pervenerit restituendum est*), expresada en este texto por Ulpiano, ciertamente implicaría la necesidad de entregar al comprador también los bienes

de la otra cuota que se incorporó a la herencia.¹²⁷ A falta de tal entrega el comprador podrá exigírsela mediante la *actio empti* o la *actio ex stipulatu*.

Teniendo en cuenta el ámbito tan amplio reconocido a la voluntad negocial de las partes en la compraventa de herencia, es probable que este régimen pudiese ciertamente ser objeto de modificación mediante específicos acuerdos para excluir o limitar dicha obligación del vendedor.

2) Hace parte de la cuantía de la herencia vendida también lo que la actitud dolosa o gravemente culposa del vendedor o de su heredero impidiese que les llegase: *sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est ... sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur* (D.18.4.2.5).¹²⁸

3) También la deuda hacia el comprador del hijo o del esclavo en potestad del vendedor debe ser pagada al mismo comprador dentro de los límites del peculio o de la *versio in rem suam*: *Illud quaesitum est, an venditor hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate eius esset servove ei, cuius hereditatem vendisset, praestare debeat emptori. et visum est, quidquid dumtaxat de peculio filii servive aut in suam rem versum inveniatur, praestare eum debere* (D.18.4.2.6).¹²⁹

4) No sólo las acciones nacientes de la herencia, que antes correspondían al *de cuius* deben ser cedidas al comprador, sino también aquellas derivadas de obligaciones constituídas por el mismo vendedor con referencia a tal herencia: *Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori debere* (D.18.4.2.8).¹³⁰

Por el contrario, quedan excluidos de la herencia vendida:

1) los beneficios adquiridos no por motivo de la herencia, sino por ocasión de la misma, como cobros por parte del vendedor de deudas no debidas: *Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emptori restituere id debeat ... hoc servari, ut heres emptori non praestet quod non debitum exegerit ...* (D.18.4.2.7).¹³¹

2) Las cosas hereditarias exceptuadas por las partes en el ejercicio de su autonomía negocial (cap. 1 § VI). En este mo-

mento es suficiente señalar que tal excepción podía realizarse mediante una específica cláusula contenida en una *stipulatio* o en un *pactum* y tener por objeto esclavos sin *peculio* (D.18.4.2.12), con *peculio* (D.18.4.2.13), casas (D.18.4.2.14) y *fundos* (D.18.4.25). En el primer caso Juliano y Ulpiano consideran que el vendedor puede demandar al comprador sólo lo que haya pagado a título del *peculio* o del *versum in rem domini defuncti*. En los otros tres casos la solución sugerida por los juristas se fundamentaría siempre sobre el acuerdo de las partes, en lo que respecta al pago de una condena *de peculio* por parte del vendedor después de haber exceptuado de la herencia vendida el esclavo con el *peculio* (*si modo hoc actum est... at si contra actum est... si vero nihil expressim inter eos convenit*, con tal que se haya hecho esto... pero si se ha hecho lo contrario... pero si nada fue expresamente convenido entre las partes),¹³³ o con referencia a las cuestiones de las sumas pagadas en razón de una *cautio damni infecti* de la casa exceptuada *interest quid acti sit... si non apparebit, quid acti sit, verisimile erit id actum...* interesa lo que se ha hecho... si no parecerá lo que se ha hecho, es verosímil que se haya hecho...)¹³⁴ y de las adquisiciones del fundo hereditario que fue excluido (*semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit...*)¹³⁵

Del principio que hemos apreciado anteriormente en D.18.4.2.9, según el cual al comprador de una herencia corresponden las ganancias así como las pérdidas, resulta que también éstas últimas formaban parte de la *hereditas vendita*. La expresión *damna* de dicho texto va entendida con el significado de pérdidas patrimoniales, y por lo tanto implicaría un concepto más amplio que el de daños, porque incluye los gastos, condenas, sumas y la entrega de cosas a los terceros por parte del heredero vendedor *hereditario nomine*.

En la rica casuística jurisprudencial, en lo que referente a los *damna* causados de la herencia al vendedor que el comprador está obligado a indemnizar, se encuentran:

a) los cánones públicos y los tributos pagados por el vendedor: *si quid publici vectigalis nomine quid praestiterit venditor*

hereditatis, consequens erit dicere agnoscere emptorem et hoc debere ... et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum (D.18.4.2.16);

b) los gastos funerarios hechos por el vendedor, cuyo reembolso según Labeón se podía demandar al comprador: *quod si funere facto heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emptore consequatur? et ait Labeo emptorem impensam funeris praestare debere* (D.18.4.2.17);

c) el pago de la cantidad a la que el vendedor resultase obligado por cualquier título a causa de la herencia vendida, inclusive si no la hubiese pagado todavía: *sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilo minus agere potest cum emptore* (D.18.4.2.20).

CAPÍTULO 3

LA TRANSMISION DE LA HERENCIA

Quomodo hereditas transferebatur emptori a venditore? Primum examinabo quibus negotiis universitas rerum hereditariarum transmitteretur et quomodo venditor ac emptor excipere singulas res a venditione hereditatis possent. Deinde considerabo quomodo crediti et debita hereditatis cederentur.

SUMARIO: I. Premisa. II. *In iure cessio hereditatis venditionis causa*. III. *La mancipatio y la traditio de las res hereditariae*. IV. *Excepción de determinados objetos en la transmisión de las res hereditariae*. V. *Transmisión de los derechos*.

I. PREMISA

De los textos de Ulpiano en D.18.4.2.3-9 se puede apreciar que si bien la *hereditas* en la época clásica tuvo el carácter de *universitas iuris*, la ejecución de su transmisión implicaba una diferencia entre las *res hereditariae* y los derechos.

Como todas las *emptiones venditiones*, al ser la compraventa de herencia un contrato de carácter obligatorio requiere de determinados negocios traslativos que permitan que el comprador adquiera la misma. En las fuentes se encuentran indicios que pueden hacer referencia a la *in iure cessio* y a la *mancipatio*; así como menciones explícitas de la *traditio* para transferir las cosas corporales de las que está constituida la herencia vendida, mientras en lo que respecta a la cesión de los derechos se habla del sistema de la *procuratio in rem suam* o de las *actiones utiles*. Pasemos por lo tanto a analizar cada uno de estos modos de transmisión en los textos referentes.

II. IN IURE CESSIO HEREDITATIS VENDITIONIS CAUSA

La *in iure cessio hereditatis*,¹³⁷ surgida probablemente como una necesidad jurídica a la imposibilidad de la *successio graduum* en el *ius civile*,¹³⁸ extendió posteriormente su campo de aplicación también a la materia de venta¹³⁹ y tal era uno de sus posibles empleos en la época clásica, como puede apreciarse aún en un notorio texto de Ulpiano, *libro septuagensimo sexto ad edictum* D.44.4.4.28, que al tratar de la oponibilidad de la excepción de dolo en un caso de cesión de una *hereditas*, hace referencia a la institución de la siguiente forma:

Si, cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali eius, qui ei cessit, non potest pati.

El presente texto plantea un caso interesante: al ser tú heredero legítimo de Cayo Seyo y yo heredero testamentario, me hubieras persuadido con dolo malo para que no hiciera adición de la herencia, con la finalidad de que tú, después de repudiarla yo, pudieras cederla a Sempronio a cambio de un precio cierto; si Sempronio me pide la herencia, no podrá oponerse al él la excepción por el dolo malo del cedente.

Limitando nuestro análisis a lo que en este momento nos interesa, el jurista afirma que, frente a la existencia de un testamento, el heredero testamentario tiene preferencia respecto al heredero legítimo, el cual no puede obtener el patrimonio hereditario a no ser que sea repudiado por el heredero testamentario; y claro está, siempre que no hubiese sido nombrado un sustituto. La actuación con dolo malo por parte del heredero legítimo consiste en el hecho de engañar al heredero testamentario acerca del carácter dañoso de la herencia. Una vez realizado el repudio por parte de este, el heredero legítimo tiene derecho a la herencia y realiza su cesión onerosa a Sempronio.

La doctrina que se ha ocupado del presente texto ha discutido en gran medida la clasicidad de su contenido: de un lado, se acepta como segura la eliminación por parte de los compiladores de las palabras originarias *in iure* antes del verbo *cesseris*,¹⁴⁰ por el otro lado, se considera añadida la expresión *pretio accepto* que faltaría en el pasaje de Ulpiano.¹⁴¹ La primera postura es confirmada por los numerosos ejemplos del Digesto en donde fue suprimida la referencia clásica a la institución de la *in iure cessio*,¹⁴² mientras los argumentos a favor de la segunda no parecen decisivos, puesto que no hay razones para dudar de una alteración sustancial en el orden de exposición de los §§ 27-29 del fragmento D.44.4.4.¹⁴³ en el primero se afirma la inoponibilidad al comprador de la excepción de dolo del vendedor, salvo determinados casos;¹⁴⁴ en el § 28 la misma regla se aplica a la *in iure cessio hereditatis* por causa de venta; en el § 29 por el contrario tal excepción puede emplearse en hipótesis de adquisiciones *ex causa lucrativa*, como legados o donaciones.¹⁴⁵

Falta en el texto la indicación si la *in iure cessio* fue celebrada *ante aditionem* o *post aditionem*. Desde el punto de vista teórico ambas posibilidades son admisibles ya que el cedente es un heredero legítimo.¹⁴⁶ Por lo tanto tenemos la ocasión de examinar algunas problemáticas derivadas de la aplicación de uno u otro tipo de *in iure cessio hereditatis* en la materia correspondiente a la venta de herencia.

La celebrada *ante aditionem* no podía emplearse como sabemos, por parte de los herederos necesarios o testamentarios.¹⁴⁷ La imposibilidad jurídica de los *heredes sui et necessarii* y *heredes necessarii* es derivada del simple hecho práctico que carecen de *aditio*, son herederos *ipso iure* desde el momento mismo de la delación sin necesidad de ningún acto de voluntad, e inclusive contra la misma.¹⁴⁸ Las razones de la imposibilidad de la cesión onerosa *ante aditionem* del heredero testamentario podría explicarse: a) en razón de que ocasionaría tal acto violación a la última voluntad del *de cuius*, pudiéndose pensar que en origen el *heres scriptus* es la misma persona que el *heres suus et necessarius*, reminiscencia que permaneció durante la época clásica; b) en que la realización

de la cesión obstaculizaría la apertura de la sucesión *ab intestato* que se abriría ante la negativa del cedente a ser heredero.¹⁴⁹

Regresando al texto de D.44.4.4.28. la doctrina es de la idea que la *in iure cessio* aquí mencionada fue celebrada *ante aditionem*, puesto que el cesionario tenía el carácter de heredero al poder ejercitar la *petitio hereditatis* contra el heredero testamentario.¹⁵⁰ Si aceptásemos como posible tal hipótesis, tendríamos que solucionar algunos problemas y dificultades ocasionados por la aplicación de la *in iure cessio* a la finalidad de venta. En primer lugar, el cedente vendedor había realizado el negocio sin responder de su carácter de heredero, no siendo tal mientras no hubiese realizado la aceptación de la herencia.¹⁵¹ Dicha situación parecería ser una oposición a los propios principios de la venta de herencia, porque en tal contrato el vendedor se encuentra obligado a responder de su carácter de heredero;¹⁵² por lo que es necesario buscar la posible esfera de actuación práctica de la *in iure cessio hereditatis ante aditionem venditionis causa*. Analizando los textos que hacen referencia a la venta de esperanza de herencia, (cap.2 § II) podríamos pensar que las cláusulas establecidas por los juristas Javoleno, *libro secundo ex Plautio* D.18.4.10. y Paulo, *libro quarto decimo ad Plautium* D.18.4.13. corresponderían a formularios adecuados para tal cometido. Procedamos en este momento a fundamentar nuestra postura.

Los textos de Javoleno y de Paulo, expresando las cláusulas sustancialmente idénticas (*si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri* y *ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet*), pueden referirse a una *in iure cessio hereditatis ante aditionem* onerosa, pues, si bien el vendedor cedente no es todavía heredero, esto no sería obstáculo para ceder el derecho que tiene a la herencia no respondiendo de tal calidad.¹⁵³

Si se aceptase la fundamentación de tales propuestas, se podría explicar la permanencia de esta institución aún en época clásica. Dicha utilización se podría desenvolver en la venta de esperanza de herencia que realizaban los agnados en una sucesión *ab intestato*, transmitiendo de tal modo el título de

heres al cesionario y subsecuentemente la *hereditas* en bloque. Al realizarse la *in iure cessio hereditatis ante aditionem venditionis causa*. Que ventajas pudieron haber tenido las partes para realizar tal cesión? Por un lado, el vendedor se desvinculaba totalmente de la herencia a la que era llamado sin llegar a tener el carácter de heredero, recibiendo un precio por ello y no siendo responsable con los acreedores; por otro lado, el comprador obtenía la *hereditas* como heredero,¹⁵⁴ pudiendo ejercer, como el texto de Ulpiano claramente demuestra, la *petitio hereditatis* y las acciones referentes a los créditos hereditarios de manera directa y no mediante la *procuratio in rem suam* o las *actiones utiles*. El alea en tal situación se reduciría, porque si bien el vendedor todavía no tenía el carácter de heredero por no haber realizado la *aditio*, la existencia de la herencia y su derecho a la misma le daría al comprador la expectativa de la obtención de la *hereditas*.

De todo lo anterior podemos considerar que, si en el texto de Ulpiano, *libro septuagensimo sexto ad edictum* D.44.4.4.28. el vendedor de la herencia hubiese realizado la cesión *ante aditionem*, tal venta hubiera sido posible estableciendo las cláusulas *si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri o ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet*, porque sólo así el cedente no se encontraría obligado a responder de su carácter de heredero al no haber realizado la *aditio*.¹⁵⁵

Pasemos a continuación a analizar la hipótesis de que en D.44.4.4.28. la cesión onerosa a Sempronio por parte del heredero legítimo hubiese sido realizada *post aditionem*, conservando el cedente el carácter de heredero, respondiendo de las deudas hereditarias, extinguiéndose los créditos respectivos, adquiriendo por otra parte el cesionario los bienes corporales.¹⁵⁶ Los efectos hubieran sido los mismos, como sabemos si el cedente fuese heredero testamentario y, según la postura proculeyana, también heredero necesario.

La *aditio*, ocasionando la titularidad de la *hereditas*, no permite al cedente desvincularse de la misma a pesar de haber realizado la cesión, permaneciendo por ello obligado con los acreedores hereditarios; no obstante, visto que la cesión a Sem-

pronio fue realizada *venditionis causa*, el comprador de acuerdo con el contrato se encontraría obligado a pagar las deudas hereditarias a los acreedores, y en caso que Sempronio no cumpliera con tal obligación, los acreedores podrían exigir tal cumplimiento al vendedor, porque sigue teniendo el carácter de heredero, independientemente que con posterioridad pudiese exigir mediante la *actio venditi* o *actio ex stipulatu* al comprador el pago de la deuda respectiva.

Empleando la *in iure cessio hereditatis post aditionem* en una venta de herencia, las cosas corporales hereditarias, cuyo elemento aglutinante radica en que eran bienes pertenecientes al *de cuius*, se transmiten al cesionario en bloque, en un sólo acto como si una a una hubiesen sido transmitidas.¹⁵⁹

El límite más grande a la aplicación práctica de tal forma de *in iure cessio hereditatis* en una compraventa de herencia es la extinción de los créditos hereditarios, a la que diversos autores han tratado de encontrar una respuesta hasta ahora sin éxito definitivo.¹⁶⁰ Este límite reduciría la función de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* por causa de venta a la sola adquisición de cosas corporales, y no de créditos ni de obligaciones; porque los primeros se extinguirían y las segundas se transmitirían no en base a la *in iure cessio post aditionem*, sino en base al contrato de venta celebrado por las partes.

De todo lo anterior podemos constatar que su utilización práctica sería conveniente en el caso de que la herencia objeto de venta consistiese únicamente en bienes corporales o en el caso en que el comprador o los compradores fuesen los mismos deudores de la herencia, pudiéndose pensar que este último caso sería el más frecuente en su aplicación; porque los créditos se extinguirían, obteniendo los deudores por tal motivo un beneficio económico. Si bien el vendedor seguiría respondiendo frente a los acreedores hereditarios por su propio carácter de *heres*, esto no sería un obstáculo para que las partes establecieran en base al contrato consensual o a las correspondientes *stipulationes* la obligación del comprador de pagar las deudas hereditarias.

En el texto de Ulpiano en D.44.4.4.28. parece poco probable el uso de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* por su con-

secuencia de extinguir las deudas a favor de los deudores hereditarios, no existiendo tampoco indicios en el texto de que Sempronio hubiere sido uno de ellos. Además la situación de que el comprador ejercita la *petitio hereditatis* contra el heredero testamentario que repudió la herencia de forma directa, haría pensar que tenía el carácter de heredero, situación que no podría explicarse en la presente hipótesis, a no ser que fuese *ante aditionem*.

III. LA MANCIPIATIO Y TRADITIO DE LAS RES HEREDITARIAE

En las fuentes se encuentran también indicios de la transmisión de la herencia vendida a través de una *mancipatio*; tal apreciación se constata en el texto 2.67 de los *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia*, analizado en el capítulo I § 2, que permite el exacto entendimiento del pasaje 2.252 de las Instituciones de Gayo, en donde el término *venire* se podría interpretar en el sentido literal de vender o en el sentido de *mancipatio dare*.¹⁶¹ En efecto el Gayo de Autún hablando de la *adhibitio* de cinco testigos y de un *libripens*, así como utilizando la expresión *imaginaria venditio*, se refiere sin duda a una *mancipatio*, que era realizada en el mismo ámbito de las *stipulationes* entre heredero o vendedor y fideicomisario o comprador. Es por esta razón que la doctrina considera el término *venire* de Gayo 2.252. como *mancipio dare*.¹⁶²

No parece dudoso que tal texto haga una efectiva referencia a una *mancipatio*. Los argumentos que podríamos considerar en contra son una posible interpretación errónea del autor de Autún y la frase de Gayo en Inst. 2.34: *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit*, que implicaría el uso exclusivo de la *in iure cessio* para transmitir una herencia. La primera postura, si bien no se puede descartar, es poco verosímil porque no se entendería la razón por la que el interprete de Autún mencionaría un negocio que en su época se encontraba en profunda decadencia.

También los argumentos sobre los cuales se fundamenta la segunda posible objeción son débiles. El discurso materia de la exposición, en donde Gayo afirmaba que la herencia se trans-

mite por *in iure cessio*, era la diferencia que existía entre cosas corporales e incorporales, descartando la utilización de la *traditio* para las últimas (2.28.) y manifestando en su lugar la aplicación de la *in iure cessio* al usufructo (2.30-33.) y a la herencia (2.34-37.). No podríamos considerar contradictorios los textos de Gayo 2.34-37- y 2.252. porque ambos implican el carácter de *res incorporalis* de la *hereditas*: en el primer caso, las partes utilizaban la *in iure cessio hereditatis* o para otorgar el carácter de heredero cuando se realizaba *ante aditionem*, o para transmitir solamente los bienes corporales como una universalidad y no las relaciones obligatorias cuando se efectuaba *post aditionem*. En la venta de herencia realizada a través de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, la *mancipatio* tenía simplemente la función de negocio translativo de la propiedad en bloque de los bienes hereditarios, no ocasionando el efecto de extinguir los créditos, que como veremos con posterioridad, se transmitían mediante el sistema de la cesión de las acciones. En segundo lugar, la referencia de la venta *nummo uno* no podría formar parte de una *in iure cessio*, porque, como sabemos, dado su carácter jurisdiccional, en este medio de adquisición de la propiedad no se hace mención del precio en el acto, mientras que la *mancipatio* era frecuentemente aplicada como negocio ficticio (*nummo uno*), es decir como *imaginaria venditio*.¹⁶³

Otro problema discutido en doctrina es el referente a que si tal *mancipatio* tuviese carácter colectivo de todas las *res hereditariae* o bien fuesen necesarias tantas *mancipationes* como singulares cosas debiesen ser transmitidas.¹⁶⁴ Según nuestra opinión, la primera solución parecería preferible fundamentándonos en los datos de las fuentes: Gayo en Inst.2.252, así como, en manera mayormente clara, el Gayo de Autún 2.67, expresando respectivamente los términos *...in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire* y *...qui rogabatur hereditatem restituere apud veteres adhibebat quinque testes libripendenque et imaginaria venditione videbatur vendere hereditatem*, manifiestan que el acto translativo de la herencia sea único, sin indicios que puedan hacer suponer la existencia de una pluralidad de *mancipatio-*

nes. Confirmándose además en favor de tal postura también lo que hemos apreciado en el párrafo anterior sobre la transmisión en bloque de las cosas corporales hereditarias en la *in iure cessio hereditatis post aditionem*. No hay en efecto obstáculos jurídicos para imaginar la misma transmisión en bloque mediante una *mancipatio* que incluya también las *res nec mancipi*, ya que la utilización de un sólo acto correspondería al concepto de *universitas* que la herencia tenía en época clásica.

Existen después textos de juristas clásicos y constituciones de los emperadores Severos, en donde las cosas de las cuales se encuentra constituida la *hereditas* son transmitidas mediante *traditio*. Específicamente señalamos Paulo, *libro trigesimo tertio ad edictum* D.18.4.14.1¹⁶⁵ que dice:

Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet. quanta autem hereditas est, nihil interest.

Paulo comenta que, si una herencia ha sido vendida, el vendedor debe transmitir las cosas hereditarias, sin que interese sin embargo, de cuanto consta la herencia. En el presente fragmento el jurista se ocupa sólo de las cosas corporales; si bien, el concepto de *hereditas* corresponde a una idea abstracta, está constituida de bienes materiales que deben ser entregados al comprador, no importando su monto. Esta afirmación se relaciona en lo referente a la obligación de garantizar al comprador sólo la calidad de heredero y no la consistencia de la *hereditas*. En el mismo sentido se expresa Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum* D.6.2.9.3, que afirma:

Item si hereditatem emero et traditam mihi rem hereditariam petere velim, Neratius scribit esse Publicianam.

Si habré comprado una herencia y, perdida la posesión de una cosa hereditaria que se me había entregado, quiero pedirla, Neracio escribe que se emplea la *actio Publiciana*. En este caso es evidente que el comprador de la herencia utiliza tal acción, puesto que le había sido entregada la sola posesión de las

cosas hereditarias y, no habiendo sido dueño de éstas, no puede ejercitar la *rei vindicatio*.

Por última una constitución de Alejandro Severo del año 230 d.C. C.4.39.4, ya mencionada anteriormente, en su inicio refiere: *qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit* (el que te ha vendido la herencia, antes de entregarte las cosas hereditarias, permanece dueño de estas).¹⁶⁷

Frente a tales noticias, la doctrina se orienta aún una vez hacia la idea de que para la transmisión de las *res hereditariae* no era posible un único negocio jurídico, sino que se hacían necesarios tantos negocios como cosas existiesen, a menos que las partes no optasen por la *in iure cessio hereditatis post aditionem* uniéndola con las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* para evitar la extinción de las relaciones obligatorias.¹⁶⁸ Sin embargo, tal opinión parecería ocasionar ciertas dudas; en primer lugar como ya habíamos mencionado hablando de la *mancipatio*, se encontraría en contradicción con el concepto clásico de herencia entendida como una *universitas iuris*, que se verifica en los fragmentos de todos los juristas que se ocuparon de la compraventa de herencia.¹⁶⁹ La falta de la posibilidad de una transmisión en bloque de las *res hereditariae* haría inútil la institución en cuanto al aspecto unitario se refiere, ocasionando un desmembramiento de la *hereditas* en una pluralidad de negocios jurídicos. En segundo lugar, una confirmación de nuestra postura podríamos encontrarla en el hecho de que en la jurisprudencia romana parecería delinearse una evidente contraposición entre el concepto de *venditio hereditatis*, en donde las cosas hereditarias son vendidas como unidad, y aquel de *distrahere hereditatem* o una *res hereditaria*, que implica la venta no en bloque, sino singularmente de tales cosas. En efecto, de una *hereditas distracta* mediante *singula negotia* habla Escévola citado por Paulo, *libro primo sententiarum* D.4.4.24.2,¹⁷⁰ de una *singula res hereditaria distracta* trata Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.10,¹⁷¹ y a *res hereditariae distractendae* hace mención también Paulo, *libro tertio ad Sabinum* D. 36.1.20(19).2.¹⁷²

El cuadro de las fuentes y las observaciones que acabamos de realizar nos hacen considerar como más probable la siguiente solución:

Como negocios translativos de los *corpora hereditaria* en ejecución de la obligación de transmitir la herencia las partes en origen probablemente podían emplear la *mancipatio* colectiva que resultaba unida a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (Gayo, Inst.2.252). Cuando la compraventa de herencia empezó a celebrarse mediante *emptio venditio* consensual y tales estipulaciones fueron accesorias a este contrato, el empleo de la *mancipatio*, como en todas las compraventas, fue subordinada a la conclusión de un específico *pactum adiectum* por parte del comprador y del vendedor ciudadanos romanos.¹⁷³ Sin embargo, también en la compraventa de herencia como en cualquier otra compraventa, la obligación del vendedor en lo referente a las cosas hereditarias se cumplía mediante la simple *traditio* de las mismas de conformidad con el origen de la *emptio venditio* como contrato propio del *ius gentium*. No obstante, no existe ninguna prueba en los textos anteriormente señalados que demostrasen necesarias tantas *traditiones* cuantos fuesen los objetos a entregar. Por el contrario, el uso de la expresión *tradere res hereditarias* en D.18.4.14.1 y C.4.39.2 y las consideraciones sobre el carácter unitario del concepto de *hereditas* admiten la posibilidad de una entrega de tales cosas materiales hereditarias en bloque con una sola *traditio* de naturaleza general.

En la práctica la transmisión de una herencia podía realizarse también mediante la venta del esclavo instituido heredero, como es expresado por Juliano, libro *trigesimo nono digestorum* D.30.94.1. que dice:

Qui rogatus erat hereditatem, ex qua servus eius heres institutus erat, restituere, cum alii servum vendidisset, quaesitum est, an hereditatem restituere cogendus est is, ad quem hereditas ex emptione servi heredis scripti pervenerit. dixi compellendum esse ad fideicommissum restituendum eum, qui servum suum heredem scriptum vendidit, cum pretium hereditatis, quam restituere rogatus est, ha-

beat. is autem, ad quem hereditas ex emptione servi heredis scripti pervenerit, ex causa cogendus erit fideicommissum praestare, id est si dominus servi heredis scripti solvendo non erit.

La persona a la cual se había rogado de otorgar una herencia, de la que su esclavo había sido instituido heredero, ha vendido tal esclavo a otro, la cuestión es si es obligado a otorgar la herencia la persona a que le llegó la misma en base a la compra del esclavo instituido heredero. Respondo que es obligado a otorgarla en base al fideicomiso el que ha vendido su esclavo instituido heredero, cuando tenga el precio de la herencia que había sido rogado de otorgar. Por el contrario, aquel a quien llegó la herencia en base a la compra del esclavo instituido heredero será obligado a cumplir el fideicomiso sólo en base al conocimiento de las circunstancias de la causa por parte del pretor (*ex causa*) es decir si el dueño del esclavo instituido heredero no es solvente.

El caso plantea un problema difuso en la práctica romana consistente en designar heredero a un esclavo ajeno para que la herencia corresponda al *dominus*.¹⁷⁴ La herencia testamentaria ha sido gravada por un fideicomiso universal que por lo visto el *dominus* no tiene intención de cumplir, por lo que el esclavo no acepta la *hereditas* en su nombre. El propietario del esclavo realiza la venta de este último recibiendo el precio respectivo, ocasionándose que con tal negocio se transmita la herencia al comprador del mismo esclavo. La cuestión que se trata de resolver, es saber quien debe cumplir el fideicomiso, razonando Juliano del modo siguiente: El vendedor al recibir el precio del esclavo tendría el precio de la herencia, por lo que se encontraría obligado al cumplimiento del fideicomiso independientemente de su falta de aceptación; si por el contrario, no recibiese el precio, se podría entender que el obligado sería el comprador del esclavo. Si fuese insolvente el vendedor, se encontraría obligado el comprador al cumplimiento, después de una valoración de las circunstancias concretas por parte del pretor.

El punto que nos interesa es el referente a la transmisión de la herencia mediante la venta del esclavo. Parecería que las partes han querido contratar respecto a la herencia y que el esclavo es el medio empleado para lograr tal fin. Ha sido empleado tal medio, porque el vendedor carece del título de heredero indispensable como presupuesto del negocio que se desea realizar; no obstante, el esclavo al realizar la *aditio* otorgaría la herencia a su propietario que en este caso sería el comprador. El vendedor con la realización del negocio ha querido obtener un beneficio económico por la herencia que debería haber transmitido al fideicomisario en caso que el esclavo la hubiere aceptado en su nombre. La *hereditas* continúa siendo gravada por un fideicomiso e independientemente de que ninguna de las partes en la compraventa tiene el carácter de heredero, una de ellas debe de cumplirlo, porque ambas se han beneficiado: por un lado, el comprador que ha recibido la herencia y por otro lado el vendedor, el cual ha obtenido un precio, donde seguramente estaba considerado tanto el valor de la *hereditas* como del esclavo. La solución de Juliano parece ser la más apropiada no sólo por la consideración de que el vendedor ha conseguido una ventaja, sino porque además dispuso de la herencia, que el *de cuius* rogó que entregase al fideicomisario, beneficiándose por ello. Cabe recordar por último, que el comprador permanecerá obligado solidariamente, en caso de insolvencia del vendedor.

Si bien el contrato celebrado no es una venta de herencia, sino una venta de esclavo, sus efectos prácticos entre las partes son los mismos: el pago del precio; por un lado, y la obtención de la herencia, por el otro. No obstante, los efectos en cuanto a terceros son diversos, ya que el fideicomisario no recibe la herencia, sino una cantidad de dinero que correspondería al precio pagado por el esclavo, siendo irresponsable por lo tanto de las deudas que pudiese tener la herencia. El comprador del esclavo sería responsable de estas deudas directamente con los acreedores, situación diversa en la compraventa de herencia normal, porque el esclavo es heredero y las obligaciones deben ser cumplidas por el propietario del mismo, pensándose que sólo en caso de insolvencia sería responsable el vendedor.

IV EXCEPCION DE DETERMINADOS OBJETOS EN LA TRANSMISION DE LAS *RES HEREDITARIAE*

En la entrega de la herencia las partes en base a la autonomía negocial podían excluir determinado objeto que se comprendiese dentro del haber hereditario; tal problemática es presentada en varios textos del Digesto, en donde son expresadas las opiniones de numerosos juristas clásicos que demuestran la frecuente práctica del fenómeno y las delicadas cuestiones jurídicas que debían ser resueltas.

El texto más antiguo es de Labeón, *libro secundo pithanon*, comentado por Paulo en D.18.4.25,¹⁷⁵ que plantea el problema de la venta de la herencia donde se ha realizado la excepción de un fundo hereditario, diciendo:

Si excepto fundo hereditario venit hereditas, deinde eius fundi nomine venditor aliquid adquisiit, debet id praestare emptori hereditatis. Paulus: immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit, praestare eam rem debet emptori venditor, nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur non secus ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.

Labeón manifiesta que, si se ha vendido una herencia exceptuándose un fundo hereditario, y después el vendedor por el fundo ha adquirido algo, debe entregarlo al comprador de la herencia. Sin embargo, en su comentario Paulo da preferencia a lo hecho por las partes, pero si no resultara clara la intención de ellas, deberá entregar aquella cosa el vendedor al comprador, considerándose que lo adquirió por la herencia, como si al vender la herencia no hubiere exceptuado este fundo.¹⁷⁶

Si bien tanto la opinión de Labeón como la de Paulo concuerdan en que el vendedor debe la cosa, es palpable que al segundo jurista le interesa más lo que han determinado las partes en base de la libertad contractual, y que sólo a falta de tal mención, deberá optarse por la opinión de Labeón. Las decisiones de ambos juristas se podrían fundamentar en que, como el fundo forma parte de la herencia a pesar de haberse

realizado la excepción del mismo en el negocio, lo adquirido en razón de tal corresponderá al comprador, porque todo lo que proceda de la *hereditas* se deberá entregar a este último.¹⁷⁷ El problema es si en la expresión tan genérica *aliquid adquirere eius fundi nomine* se incluyen los frutos del fundo y/u otras adquisiciones diversas de éstos; si consideramos que se incluyen los frutos, la solución adoptada por Labeón parecería demasiado rigurosa si bien coherente con tal obligación del vendedor, y Paulo trataría de atenuarla refiriéndose a la voluntad de las partes. No obstante, resultaría un poco extraño que el vendedor exceptuase un fundo sin tener en cuenta la explotación económica de sus frutos. Es más probable que los juristas considerasen casos como de *alluvio* o *avulsio*, en donde faltando un específico acuerdo tal adquisición correspondiese al comprador. Ocasionando que si el vendedor quisiera los frutos del fundo o cualquier otro beneficio del mismo, debería manifestarlo expresamente en la *stipulatio* o en el pacto respectivo anexos al contrato de compraventa.

Encontramos además tres textos de Ulpiano que cita a Juliano y Marcelo. El primero, *libro quadragesimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.12,¹⁷⁸ hace referencia a la venta de la herencia en donde se exceptúa un esclavo sin peculio, al respecto se dice:

Apud Iulianum scriptum est, si venditor hereditatis exceperit servum sine peculio et eius nomine cum eo fuerit actum de peculio et in rem verso, id dumtaxat eum consequi, quod praestiterit eius peculii nomine quod emptorem sequi debeat, aut quod in rem defuncti versum est: his enim casibus aes alienum emptoris solvit, ex ceteris causis suo nomine condemnetur.

En este texto Ulpiano expresa la opinión de Juliano, según el cual si el vendedor de la herencia hubiera exceptuado un esclavo sin el peculio, y por causa de éste un tercero haya ejercitado contra él la acción de peculio y de *in rem verso*, el mismo consigue del comprador solamente el reembolso de lo que hubiere dado al tercero a título del peculio del esclavo, porque tal

peculio pertenece al comprador, o de lo que ha sido revertido en el patrimonio del difunto. En efecto dice Ulpiano, en estos casos la deuda es pagada por el comprador, en los demás casos el vendedor será condenado en su nombre.

Analizando el presente caso, observamos que el vendedor se reservó un esclavo de la herencia; sin embargo, el comprador adquirió junto a la misma el peculio de tal esclavo. El vendedor, al ser demandado por la acción *de peculio et de in rem verso* por las deudas del esclavo, tiene la posibilidad de exigir al comprador el pago de las mismas hasta el monto del peculio o de la utilidad que hubiera tenido el difunto; esto se debe a que las deudas del esclavo se incluyen en el concepto de pérdida patrimonial (*damna*) que el comprador al adquirir la *hereditas* tiene que indemnizar.¹⁷⁹ Al final del texto la expresión *ex ceteris causis suo nomine condemnetur* claramente manifiesta que, fuera de las deudas del peculio, el vendedor es plenamente responsable para las obligaciones del esclavo exceptuado y puede por ese hecho ser condenado en su propio nombre.

El segundo texto del mismo Ulpiano, en el siguiente §13 del fragmento D.18.4.2, plantea el caso de la venta de herencia en la que se exceptúa un esclavo con peculio. Al respecto se señala lo siguiente:

Quid ergo si servum cum peculio exceperit venditor hereditatis conventusque de peculio praestitit? Marcellus libro sexto digestorum non repetere eum scripsit, si modo hoc actum est, ut, quod superfuisset ex peculio, hoc haberet: at si contra actum est, recte repetere eum posse ait: si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat.

Ulpiano trata la siguiente cuestión ¿Qué pasa si el vendedor de la herencia ha exceptuado un esclavo con peculio y al ser convenido por la acción de peculio paga? Para dar respuesta a dicha cuestión se fundamenta en la obra de Marcelo *libro sexto digestorum*, el cual escribía que el vendedor no podrá ser indemnizado por el comprador, si acordaron de ese modo que el primero tenga lo que hubiera quedado del peculio. No obstan-

te, si se hubiera actuado de manera contraria, podrá demandar la indemnización. Si en verdad nada se conviene entre ellos expresamente, sino solamente se ha hecho mención del peculio, consta que cesa la acción de venta para la responsabilidad del adquirente. La respuesta debe ser analizada por partes:

En la primera parte del párrafo con las palabras *non reperere eum...*, si modo hoc actum est, ut, quod superfuisset ex peculio, hoc haberet Marcelo indica que el vendedor no podrá recuperar del comprador de la herencia lo que pagó al tercero, en caso de que el mismo vendedor tuviera lo que quedara del peculio, después de que el tercero lo hubiese llamado en juicio con la *actio de peculio*.

Respecto a la segunda parte de la respuesta, Marcelo analiza el supuesto contrario, en donde se conviene que el comprador y no el vendedor tuviera lo que quedara del peculio; en tal caso, dice que éste último podrá obtener el reembolso de lo que pagó al tercero.

En la frase final del texto se maneja la hipótesis *si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat*. La solución que se ofrece es para el caso de que nada se haya dicho expresamente acerca de si correspondería al vendedor o al comprador lo que quedara del peculio. En este caso el vendedor no tendrá la acción de venta para exigirle al comprador lo que haya pagado al tercero. La utilización de la palabra *constat* parece demostrar que dicha solución no sólo era de Marcelo, sino de otros juristas y quizá de la misma cancillería imperial y que en la época de Ulpiano resultaba ya aceptada por todos.

En el último caso Ulpiano trata de la venta en la que se exceptúa unas casas, de las cuales el vendedor había celebrado una *cautio damni infecti*, señalando en el párrafo 14 de D.18.4.2.¹⁸¹

Si venditor hereditatis aedes sibi exceperit, quarum nomine damni infecti promissum fuerat, interest, quid acti sit: nam si ita exceperit, ut damni quoque infecti stipulationis onus sustineret, nihil ab emptore consequeretur: si vero id

actum erit, ut emptor hoc aes alienum exsolveret, ad illum onus stipulationis pertinebit: si non apparebit quid acti sit, verisimile erit id actum, ut eius quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emptorem, alterius temporis ad heredem pertineat.

El texto menciona que si el vendedor de la herencia había exceptuado para sí unas casas, de las cuales fuera prometido indemnizar por daño temido, interesaba ver que cosa se haya acordado: en efecto, si el vendedor ha exceptuado de manera que sostendría también la carga de la estipulación de daño temido, nada conseguirá del comprador: si se había hecho lo contrario, que el comprador pagaría esta deuda, a él le pertenecerá la carga de la estipulación: si no se supiere qué se hizo, verosímil será que las partes quieren que la carga de lo que ha sido dado antes de la venta a título de aquel daño, pertenezca al comprador, mientras lo que fue dado a tal título en otro tiempo al heredero. El texto le da prevalencia al acuerdo celebrado por las partes en lo referente a la carga de la suma objeto de la estipulación por daño temido;¹⁸² si se manifestó por éstas que tal sería pagada por el comprador, así se tendrá que realizar; no obstante, en caso de duda se considera que la carga será debida por el comprador para todo daño ocasionado antes de la venta en virtud de que, mediante la compraventa de herencia, él llega a asumir la misma posición económica del heredero. Por el contrario, si el heredero vendedor hubiese pagado la suma de la *cautio damni infecti* para un daño ocasionado en un momento diferente, se consideraría como si las partes hubiesen acordado así, excluyéndose la asunción de esta carga por parte del comprador.

V. TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS

Una vez que hemos hablado de la transmisión de las cosas materiales, trataremos el aspecto referente a los derechos de la *hereditas*, que el vendedor tenía que ceder al comprador.

En lo que respecta a las deudas hereditarias, de Gayo Inst. 2.252 y de los relativos comentarios de ambiente jurídico occi-

dental (*Fragm. Aug. 2.69*) así como oriental (*Theoph. par. 2.23.3*) sabemos que una de las obligaciones del comprador era la defensa en juicio del vendedor en el caso de que un acreedor ejercitara contra él una acción *hereditario nomine* (...*si quis cum eo* —el vendedor— *hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur*).¹⁸³ El sistema era por lo tanto el mismo de la representación procesal mediante *cognitor* o *procurator in rem suam*, normalmente utilizado en la época clásica para la transmisión de cualquier deuda fuera de las hipótesis de novación subjetiva.¹⁸⁴

Otra confirmación del empleo de dicho sistema en la venta de herencia se manifiesta al final de la época clásica en dos textos de Paulo.

En el primero *libro octavo ad edictum D.3.3.42.2*, ya anteriormente objeto de nuestra investigación (cap. I, § 5e.), se hace referencia a la *cautio iudicatum solvi* con la que el vendedor de la herencia, garantizando al comprador de la misma, prometía el pago de la cosa juzgada a un acreedor hereditario que había llamado en juicio al comprador como *procurator in rem suam*. Al realizarse este pago, el vendedor de la herencia tenía en vía de regreso la *actio ex vendito* contra el comprador (...*cum in rem suam procuratorem praestamus eoque nomine iudicatum solvi promittimus... si ex ea promissione aliquid praestiterimus ...ex vendito, si hereditatem vendidimus, ...agere debemus*: cuando garantizamos al procurador en su propio nombre y por su cuenta prometemos pagar la cosa juzgada... si en base a esta promesa hemos pagado algo... debemos ejercitar la acción de venta, si hemos vendido una herencia).

El segundo texto de Paulo, *libro trigésimo ad edictum D.16.1.3* comenta la parte del edicto pretorio en donde se trataba del *SC Vellaeianum*,¹⁸⁵ diciendo al respecto:

Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditae vel fideiussorem suum defendat, intercedere non videtur.

El jurista excluye que se considera como asumida una obligación por cuenta de otros (*intercedere pro aliis*) contra la pro-

hibición de dicho senadoconsulto, cuando una mujer defendiese a una persona que, una vez condenada, tuviese una acción de regreso contra ella.¹⁸⁶ Tal situación se verificaba por ejemplo, cuando la mujer defendía al vendedor que le había vendido una herencia o su propio fiador. En el pasaje se maneja la hipótesis de que una mujer sea la compradora de la herencia y que haya sido llamada en juicio en su carácter de *procurator in rem suam* en base a la obligación de defensa judicial contraída con el vendedor. Su intervención por lo tanto no configuraba la asunción voluntaria de una obligación ajena, sino un vínculo jurídico, negándosele así la *exceptio SC Vellaeiani*.

Sin embargo, paralelamente al sistema de la representancia procesal como *procurator* o *cognitor in rem suam* por parte del comprador, se encuentra un texto en materia de *petitio hereditatis*,¹⁸⁷ en donde el mencionado vínculo obligatorio de la defensa judicial parecería asumir relevancia frente a terceros, a quienes se les otorga dicha acción de forma útil directamente contra el mismo comprador, como se señala en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum D.5.3.13.4-5*,¹⁸⁸ ya analizado anteriormente (cap.2 § III), que en la parte que nos interesa trata de un problema de legitimación pasiva en caso de que un tercero deba ejercitar una *petitio hereditatis* sobre la herencia vendida. Ulpiano se pregunta si en este caso puede admitirse el otorgamiento de tal acción en la forma de *actio utilis* para evitarse que el comprador de la herencia sea convocado en tantos juicios singulares (*Quid si hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur?*). Después de haber reafirmado que de todos modos el vendedor está legitimado pasivamente, responde citando la opinión de Casio Longino, de que la *hereditatis petitio utilis* podía ser otorgada contra el comprador. No es posible establecer en base a las palabras de Ulpiano si la presente postura haya terminado por prevalecer o bien haya quedado aislada y si el propio jurista la compartió o no; lo que resulta interesante es apreciar como al menos algunos juristas, anteriormente a la reforma de Antonino Pío que trataremos dentro de breve, reconocieran por motivos de economía procesal la posibilidad a terceros de ejercitar esta acción, si bien en la forma *utilis*, di-

rectamente contra el adquirente de una herencia y no como representante del vendedor de la misma.

El modo mediante el cual el vendedor transmitía los créditos de la herencia se realizaba originariamente mediante la sola cesión de acciones (*praestare actiones*) para su exigibilidad. Como resulta del texto de las Instituciones gayanas 2.252 y de sus comentarios anteriormente examinados,¹⁸⁹ el vendedor de la herencia se obligaba a permitir al comprador el ejercicio como *procurator* o *cognitor* de las acciones hereditarias: *ut etiam* (el vendedor) *pateretur eum* (el comprador) *hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi*. Utilizándose también en este caso el mecanismo del *mandatum in rem suam*, con el cual el cedente nombraba al cesionario como su representante procesal, permitiéndole hacer valer en juicio como propia la acción contra el deudor.¹⁹⁰ La misma obligación de ceder las acciones, además de una *stipulatio emptae hereditatis*, podía ser incluida en una cláusula del contrato consensual, como hemos observado en Juliano D.17.1.14. pr.¹⁹¹

Una fundamental innovación en este campo fue introducida mediante *rescriptum* por el emperador Antonino Pío (138-164 d.C.), con referencia específicamente a una venta de herencia, abriéndose camino a una profunda modificación del sistema clásico de transmisión de los créditos.¹⁹² Tal innovación es expresada en un texto de Ulpiano, *libro quarto ad edictum* D.2.14.16.pr., que dice:

Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

El jurista comenta que, si un deudor hereditario hubiese pactado con el comprador de la herencia y después el vendedor de la misma demandase el cumplimiento de la obligación, le perjudicará la excepción de dolo; porque desde que por *rescripto* del Divino Pío se estableció que deben darse al comprador

de la herencia las acciones útiles, con razón puede el deudor hereditario usar de la excepción del dolo contra el vendedor.

El caso planteado por Ulpiano tiene gran interés en nuestra materia; el comprador de la herencia acordó con un deudor hereditario mediante la celebración de un *pactum de non petendo* a no exigirle determinada prestación; el vendedor, extraño a la celebración de tal pacto, exige la pretensión al deudor en base al principio que, no obstante la compraventa de la herencia, el permanecía heredero y por lo tanto podía demandar el cumplimiento de las deudas hereditarias. Sin embargo el jurista, teniendo en cuenta que la concesión de *actiones utiles* contra los deudores hereditarios al comprador de la herencia, dispuesta por el emperador, dependía al menos del reconocimiento de la identidad de su posición a la del vendedor heredero, consideraba por ello posible la oposición por parte del deudor de la *exceptio doli* contra éste último a causa de la violación del pacto.

Las sospechas de interpolación de la mención de la *actio utilis* a favor del cesionario en el presente texto¹⁹³ han sido abandonadas por los estudiosos actuales,¹⁹⁴ que reconocen la posibilidad otorgada por tal *rescripto* al comprador de la herencia de emplear las acciones útiles contra los deudores hereditarios, asumiendo también en campo procesal la misma posición del heredero; y estos últimos por lo tanto resultan legitimados a oponer *exceptiones* contra el vendedor heredero para hacer valer pactos celebrados con el comprador de la herencia.

No obstante, la eficacia del *rescripto* de Antonino Pío en materia de venta de herencia presenta ciertos problemas. En efecto, en las fuentes jurídicas sucesivas, por un lado se hace referencia al empleo de las acciones útiles en favor del comprador, y por el otro, sigue aplicándose todavía el mecanismo del *mandatum in rem suam*. Esta realidad se aprecia al final de la época clásica en una constitución del emperador Alejandro del año 224 d.C. y probablemente en un texto de Ulpiano. La primera se encuentra en C.4.39.5, que dice:

Emptor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam ad-

versus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuerit.

El texto menciona que el comprador de la herencia, después de que le son cedidas las acciones, debe usar el derecho de quien sustituye, aunque se haya establecido que las acciones útiles contra los deudores hereditarios sean atribuidas al comprador. Como es dicho claramente, en este texto se manifiesta la utilización de la *procuratio in rem suam*, con la finalidad de que el comprador pueda disponer del derecho, que le correspondía al vendedor antes de la celebración del negocio. No obstante, se hace también mención del derecho de ejercitar las acciones útiles contra los deudores de la herencia, que ya era reconocido por las constituciones imperiales y por los juristas, como indicaría el verbo *placere*.¹⁹⁵ La presente constitución por lo tanto confirma todavía la vigencia de dos formas por las que el comprador hace suyos los beneficios de la herencia, por un lado, la originaria, expresada en el *mandatum in rem suam*, con el que se cedían las acciones de las que era titular el causante; y por otro lado, la nueva mediante las acciones útiles contra los *debitores hereditarii*, cuya titularidad era reconocida directamente al comprador. En ambos casos el principio afirmado por la Cancillería imperial es claro: el comprador puede únicamente tener los mismos derechos del vendedor contra los deudores hereditarios.

El texto de Ulpiano, *libro sexagesimo quinto ad edictum D.3.3.55*, según la doctrina más relevante, en origen habría tratado del *emptor hereditatis procurator in rem suam*:¹⁹⁶

Procuratore in rem suam dato preferendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

Cuando es dado un procurador en su propio nombre (*procurator in rem suam*), el titular no debe ser preferido a tal procurador en la promoción del conflicto o en la recepción del dinero, puesto que quien tiene las acciones útiles exáctamente

las hace valer. Si aceptásemos la hipótesis de la referencia a la compraventa de herencia, dicho texto probaría no sólo la coexistencia de las dos formas de cesión de acciones, sino además la influencia del mecanismo de las acciones útiles sobre el sistema del *mandatum in rem suam*; implicando que, en caso de conflicto entre las partes, el comprador tuviera preferencia respecto al vendedor en el ejercicio de las acciones.

La aplicación aún en la época clásica tardía de la cesión de las acciones hereditarias al comprador mediante el sistema del *mandatum in rem suam* se observa en algunos textos de Ulpiano y en otra constitución del año 223 del mismo emperador Alejandro.

El jurista hace mención de tal sistema dos veces en el fragmento D.18.4.2 (*libro quadragensimo nono ad Sabinum*): en el § 3, que examinaremos dentro de breve: *venditor hereditatis ... mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere*, y de forma más amplia en el § 8, en el cual se dice:

Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori debere: itaque et si fideiussorem acceperit ab hereditario debitore, ipsam actionem quam habet heres praestare emptori debet: sed et si novaverit vel in iudicium deduxerit actionem, praestare debet hanc ipsam actionem quam nactus est.

Según la opinión del jurista, deben ser cedidas al comprador (*praestari emptori debere*) no sólo las acciones hereditarias, sino también aquellas relativas a obligaciones que el mismo heredero hubiese constituido, por esto, también si él hubiese aceptado un fiador de un deudor hereditario, debería prestar la correspondiente acción al comprador; y también cuando hubiese novado o bien deducido en juicio una acción, debería prestar esta misma acción adquirida.

El texto expresa la obligación del vendedor de transmitir todas las acciones al comprador derivadas de la herencia incluyendo aquellas adquiridas por él, como por ejemplo, si antes de realizar la venta hubiese obtenido otros créditos en razón de unas cosas hereditarias o bien hubiese aceptado fiadores en lo

referente a créditos hereditarios; lo mismo sucedería en caso de que se hubiese novado por el heredero la obligación del deudor. Más difícil es la interpretación de las palabras *si in iudicium deduxerit actionem*, puesto que podrían sobreentender la *translatio iudicii*, por la cual el comprador tendría derecho a encontrarse en la misma posición que tenía el vendedor dentro del proceso después de la *litis contestatio*; o bien, tales palabras podrían referirse a la *actio iudicati*.¹⁹⁷ En una u otra hipótesis es importante para nuestra investigación apreciar que el vendedor se encontraba obligado a transmitir también las acciones que se estuviesen ejercitando o la misma acción para aplicar la cosa juzgada.

La constitución de Alejandro Severo es recogida en C.4.39.4, ya examinada en el capítulo 1 §V, en donde se examina el caso del vendedor de una herencia que no es constreñido a entregar las cosas o ceder las acciones de la misma, porque fue persuadido dolosamente por el comprador de su cuantía exigua para que le realizase la venta: *Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit, bonae fidei iudicio conveniri, ut res tradat vel actiones mandet, non compellitur*.

En lo que afecta a la presente parte de nuestra investigación, de estos textos parece evidente la falta de consideración del sistema de las acciones útiles introducido por Antonino Pío.

La coexistencia de los dos medios procesales que acabamos de examinar ha ocasionado diversas explicaciones en doctrina, sin que ninguna de ellas parezca decisiva.¹⁹⁸ No obstante, el análisis de los textos anteriormente expuestos podría fundamentar también otra hipótesis. Los textos de Ulpiano D.2.14.16. pr. y D.3.3.55 y de C.4.39.5, en donde se hace mención de la inovación de Antonino Pío, hablan de la concesión de *actiones utiles* exclusivamente contra los deudores hereditarios. De tal constatación podría quizá deducirse que la intervención imperial concerniese en origen solamente a las *actiones in personam*, estableciendo por estas la elección entre los dos mecanismos y no tocando por el contrario el mecanismo del *mandatum actionis* para las *actiones in rem* dirigidas a la recuperación de las cosas hereditarias contra los poseedores.

Por lo tanto en la venta de herencia durante la parte final de la época clásica ambos medios procesales habrían coexistido, pero en el sólo campo de la exigibilidad de créditos, donde se usaban las acciones útiles o la *procuratio in rem suam*, mientras que en materia de acciones reales continuaba este último sistema.

En favor de nuestra hipótesis es conveniente recordar:

a) El texto de Ulpiano, *libro quadragésimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.3, tratado anteriormente, distingue de modo claro entre *mandare* las acciones *in rem* (*persecutiones*) y atribuir el ejercicio de las acciones *in personam* (*actiones*): "*quatenus mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere*." Tal texto al utilizar el verbo *mandare* haciendo referencia a las *persecutiones* podría implicar la confirmación de la utilización de la sola *procuratio in rem suam* para tal cometido, mientras el empleo del verbo *tribuere*, el mismo que la constitución C.4.39.5. relaciona al rescripto de Antonino Pío, para las acciones *in personam* (*actiones*) podría hacer referencia a su concesión también como acciones *utiles* por parte del pretor.²⁰⁰

b) Una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano (287-305) en C.4.39.8, en que se menciona el doble sistema del *mandatum in rem suam* y de las acciones útiles con referencia a la venta de un crédito:

Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratori facto vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

Los emperadores afirman que en base a la compraventa de un crédito la propiedad de las cosas obligadas no se transmite al comprador, concediéndole por el contrario la persecución de las mencionadas cosas como procurador en su propio nombre o bien con una acción útil, según lo que fue constituido anteriormente a ejemplo del acreedor.

En la presente constitución, aunque se trate de la compraventa de un crédito, se manifiesta el principio que podría con-

siderarse también válido para los créditos cedidos en una *venditio hereditatis*; en efecto se observan los dos medios del *mandatum in rem suam* y de las acciones útiles únicamente en lo referente a una acción personal.

c) La constitución de Justiniano del año 531 d.C, C.4.39.9, en que el emperador declara la total equiparación entre las acciones personales y reales en la compraventa de una acción, otorgando al comprador la posibilidad de ejercitar las segundas como acciones útiles:

Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate.

Es derecho cierto e indudable que, como el que adquiere una acción personal puede ejercitarla en su nombre como acción útil, así también el comprador de una acción *in rem* puede usar de la misma facultad. Aunque si bien este texto se refiere a la compraventa de una acción, su contenido podría considerarse aplicable también a las acciones que debían ser transmitidas al comprador en la compraventa de herencia. El hecho de que tal constitución hubiese sido emanada en la edad justiniana no excluye que refleja la situación existente anteriormente, en que resultaba una diferente disciplina jurídica entre los dos tipos de acciones en lo concerniente al mencionado punto, y que el emperador quiere superar tal diferencia afirmando o reafirmando la aplicación del régimen de las acciones útiles también al adquirente de una *actio in rem*.

De todo lo anterior no resultan argumentos contrarios a dicha hipótesis ni en lo referente a la mención de *mandare actiones* en C.4.39.4. a causa de su carácter genérico, ni tampoco del *praestare actiones* de D.18.4.2.8, en el cual todos los ejemplos se refieren a *actiones in personam* sin hablar de las *in rem*. En tal enfoque la opinión del influjo del régimen de la concesión de las *actiones utiles* sobre el mandato de acción en lo que respecta a las acciones *in personam* es plenamente compatible.

CAPÍTULO 4

LA CALIDAD DE HEREDERO DEL VENDEDOR Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

Inter venditoris obligationes ex hoc contractu est emptori praestare se heredem esse. Notabo proinde prudentium fragmenta in quibus haec obligatio consideretur atque eius effectus. Denique quid sit venditoris obligatio praestandi emptori omne hereditatis lucrum exponam atque quaestiones ad rem pertinentes conabor solvere.

SUMARIO. I. Obligación de garantizar la calidad de heredero. II. Sus efectos en cuanto al monto de la herencia, garantías por evicción y vicios ocultos. III. Obligación de restituir al comprador *id quod ex hereditate pervenit perveneritve*.

I. OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LA CALIDAD DE HEREDERO

Del hecho de que el vendedor en la compraventa de herencia actúa como heredero se deriva su obligación de garantizar al comprador tal calidad; al respecto la doctrina suele mencionar la responsabilidad del vendedor por su *verum nomen heredis*.²⁰¹ Dicha obligación se deduce de numerosos textos de juristas, que presuponen tal obligación para solucionar las siguientes cuestiones.

1) Las referencias más antiguas se encuentran en Labeón que, mencionado por Ulpiano, *libro decimo nono ad edictum* D.10.2.4.3, expresa que el heredero vendedor, para dar prueba de tener tal calidad, en caso de herencia testamentaria debía conservar o depositar en un templo una copia del testamento

(*tabulae testamenti*) que demostrara la autenticidad del mismo. Dice el texto en la parte que nos interesa lo siguiente:

...nam et Labeo scribit vendita hereditate tabulas testamenti descriptas deponi oportere: heredem enim exemplum debere dare, tabulas vero autenticas ipsum retinere aut in aede deponere.

Labeón parecería optar por el depósito del testamento en un templo, una vez vendida la herencia, para garantizar al comprador del efectivo título de heredero, Ulpiano admitía también la posibilidad de que el mismo vendedor-heredero conservase el original del testamento; en ambos casos estaba obligado a entregar copia del testamento al comprador (*heredem... exemplum debere dare*).

Otra referencia es incluida en un caso discutido por Labeón y epitomado por Javoleno (*libro quarto posteriorum a Javoleno epitomatorum*) en D.18.4.24, ya examinado en el cap. 1 § V, cuyo inicio presupone la calidad de heredero del vendedor: *Hereditatem Cornelii vendidisti: deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat, priusquam legatum ab emptore perciperet, te fecit heredem* (Has vendido la herencia de Cornelio, después Atio, al que Cornelio había legado algo de tí heredero, antes de percibir el legado del comprador, te hizo heredero).

2) En los textos de los siguientes juristas así como en las constituciones de la Cancillería imperial el término *heres* es empleado como sinónimo de *venditor hereditatis*. Tal empleo se aprecia *v.g.* en Juliano mencionado por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.7, en el mismo Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.8, .10, 14 y.17-19, en Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21 y *libro trigesimo secundo ad edictum* D.35.2.71; así como también en C.6.37.2. del 197 d.C.²⁰²

3) El texto de Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.10, ya examinado anteriormente (cap. 1 § V), comentando los libros del *ius civile* de Sabino, manifiesta una clara distinción, posiblemente expresada por el mismo jurista del siglo I, entre ventas en que el heredero actúa como tal y ventas en que aparece sólo como vendedor. Ulpiano hace referencia al hecho de que el heredero

ha vendido una cosa hereditaria y ha sido condenado por causa de esta venta, manifestándose que en tal caso no se le condena porque es heredero, sino porque actuó como vendedor (*denique si rem hereditariam heres vendiderit ac per hoc fuerit condemnatus, non habet contra emptorem actionem, quia non ideo condemnatur, quod heres esset, sed quod vendiderit...*). En el texto el heredero vendió una *res hereditaria* singular fuera de la venta de la herencia (antes de la misma o bien porque la exceptuó al momento de la celebración del negocio) y su condena probablemente fue ocasionada por la evicción sufrida de tal cosa por el adquirente.²⁰³ Por lo tanto, para que el vendedor pueda ejercitar la acción de regreso contra el comprador de la herencia, no basta que haya sido condenado por motivo de la venta de una cosa hereditaria, sino que además sería necesaria su actuación como heredero y no como simple vendedor. De tal opinión se pone de relieve el hecho de la realización de una compraventa de herencia en donde el vendedor es el *heres* dándole por lo tanto derecho de exigir al comprador el reembolso de lo que fue condenado a pagar por causa de la misma herencia.

Confirmando la distinción entre los casos en que el vendedor de la herencia actúa como heredero y en los que no actúa como tal, se encuentra la parte central del largo texto de Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, lo siguiente:

...at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam...

Dando luz a la diferencia de responsabilidad del vendedor en caso de que perezca la *merx* en la venta de una cosa singular vendida a otro antes de entregarla al primer comprador, y en caso de que perezca una cosa hereditaria, conseguida por el vendedor después de la venta de herencia y vendida a otro, dice Paulo que en este último caso se consideraría como convenido tácitamente entre las partes que, si el vendedor hizo algo como heredero, responderá al comprador como si realizase un negocio de aquel.²⁰⁴ La expresión *si quid tamquam heres feci*

(si hice algo en cuanto heredero) prueba que se distinguían entre las actividades del vendedor de una herencia las que realizaba en su calidad de heredero y solamente en tales casos valía su responsabilidad frente al comprador como si fuese su representante.

La obligación del vendedor de entregar al comprador todo lo que por causa de la herencia le llegase, se fundamenta en el hecho de que continúa siendo heredero; por lo tanto, las consecuencias de sus actos, que realiza de tal calidad después de la celebración del negocio, tienen que transmitirse al comprador, configurándose como representante de éste último. En doctrina tal relación ha sido considerada como *negotiorum gestio*²⁰⁵ si bien atípica porque se basada sobre un acuerdo²⁰⁶ tácito, encontrando su confirmación también en otra expresión del mismo fragmento de Paulo, en donde se dice: *sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis* (pero cuando he vendido una herencia y después he vendido una cosa de ésta, puede resultar que haya realizado un negocio del comprador²⁰⁷ más que de la herencia). No obstante, en ambos casos las palabras del jurista no dan una calificación jurídica a esta forma de representación, limitándose a hablar de la celebración de un negocio ajeno, y la referencia a un acuerdo tácito (*tacite hoc agi videtur*) del primer texto paulino haría difícil considerar la hipótesis de una gestión de negocios pensándose más bien en una forma de mandato. Una consecuencia del principio de que el vendedor conserva su calidad de heredero, siendo todavía titular de los bienes hereditarios adquiridos posteriormente, es la imposibilidad por parte del comprador de la herencia de exigir al tercero la restitución de los bienes que se le habían vendido por el propio vendedor; por lo que, en tal caso el comprador podía hacer valer, mediante la *actio empti* o *ex stipulatu* según lo visto anteriormente, la respectiva responsabilidad al vendedor.²⁰⁸

Las dudas de interpolación de esta parte del presente texto, fundamentadas una vez más sobre el supuesto carácter bizantino de la referencia al contrato de compraventa, en lugar de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*,²⁰⁹ no sólo son

negadas por lo que hemos expresado anteriormente (cap. 1, § VI), sino que no cambiarían la sustancia del principio que señala la importancia de que el vendedor actúe como heredero para que pueda responder de los *lucra* frente al adquirente.

4) Otros textos que demuestran la obligación del vendedor de responder de su calidad de heredero pertenecen al mismo Paulo. El primero, *libro trigesimo tertio ad edictum* D.18.4.16, que dice:

Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex senatus consulto Trebelliano restituta esset hereditas, quanti emptoris intersit teneberis.

El texto comenta que, si el vendedor ha vendido la herencia como si fuera heredero, habiéndola recibido por el contrario en base al senadoconsulto Trebeliano, será obligado a resarcir al comprador el *quantum interest*. El que vendió la herencia realmente no era heredero, sino fideicomisario universal, como puede deducirse de la referencia al senadoconsulto propio de la institución. Tal fideicomisario, no obstante de tener las acciones que por derecho civil le correspondían en pro y en contra del heredero,²¹⁰ no estaba facultado para actuar como tal realizando la venta de la herencia, por lo que será responsable con el comprador de los daños-intereses que le hubiese ocasionado, en virtud de carecer de la calidad de heredero.

El segundo es el D.18.4.13, que se encuentra dentro de la cadena de textos referentes a la problemática de la venta de la esperanza de herencia, analizada anteriormente (cap.2 § II). Muy claras son las palabras del texto al decir: *si ita non convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet, tunc heredem se esse praestare debet* (si no se ha acordado así, que todo el derecho que tenga el vendedor lo tenga el comprador, entonces <vendedor> debe garantizar de ser heredero).²¹¹ De un lado las partes en el ejercicio de su autonomía optan por un negocio de naturaleza aletoria que es válido también si al momento de su celebración el vendedor no tenía la calidad de heredero; por el otro lado, se encuentra la precisa afirmación del principio que, fuera de tal caso, el vendedor tenía que *praesta-*

re heredem se esse. Al aceptar la realización de esta forma de compraventa de herencia el adquirente, obligándose ya al pago del precio, asume el riesgo de que el vendedor no pudiese tener tal calidad. Otro caso al respecto es el referente a la utilización como forma negocial de la *in iure cessio hereditatis venditionis causa* realizada *ante aditionem* por parte del llamado a la herencia *ex lege*, porque en dicha hipótesis, el comprador adquiriría la posición de *heres*.

II. SUS EFECTOS EN CUANTO AL MONTO DE LA HERENCIA, GARANTÍAS POR EVICCIÓN Y VICIOS OCULTOS

Las aplicaciones prácticas de la obligación examinada en el párrafo anterior, que se manifiestan en las fuentes jurídicas, indican un régimen particular de la compraventa de la *hereditas* respecto a los siguientes puntos.

A. El texto de Paulo, *libro trigesimo tertio ad edictum* D.18.4.14.1, unido por los compiladores al de Gayo, *libro decimo ad edictum provinciale* D.18.4.15, hace patente que no importa el monto de la herencia, a menos que el vendedor no la haya declarado explícitamente. En el primer texto se dice que las cosas hereditarias deben ser entregadas por el vendedor no siendo relevante la cantidad de la herencia (*venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil interest*)²¹² Tal aseveración es complementada con el segundo texto al mencionarse: *nisi de substantia eius adfirmaverit*, que corresponde a la siguiente salvaguarda “a no ser que se haya afirmado la sustancia de esta”; implicando por ello que el principio general ocasionase la irrelevancia del monto de la herencia, salvo que se hubiese afirmado el mismo. La *ratio* de tal principio se encuentra en el hecho de que el vendedor tenía que garantizar al comprador sólo su calidad de *heres*, excluyéndose la extensión de tal garantía a la cantidad de la *hereditas* vendida, a menos que las partes hubieren expresado lo contrario; en tal caso, el vendedor no deberá entregar sólo las cosas hereditarias que componen la herencia, sino el importe exacto que hubiese manifestado al comprador, ocasionando su

responsabilidad si la herencia o su cuota fuese menor de lo que había sido declarado.

B. El vendedor no se encuentra obligado a garantizar de evicción, indicándose tal excepción al principio general de la compraventa por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.pr, que manifiesta:

Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset: plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.

El texto menciona que el vendedor de la herencia no debe prestar la *stipulatio* de evicción (*satisdare de evictione*), conviniéndose entre las partes que el comprador no tenga ni mayor ni menor derecho que tomaría el vendedor heredero; claramente éste último es constreñido a estipular por el hecho suyo.

Al señalarse en el contrato de venta de herencia la cláusula *ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esse*, el vendedor no responderá de evicción de cosas hereditarias singulares, porque su responsabilidad se centrará únicamente sobre su calidad de heredero. Si el *de cuius* careciera del derecho de propiedad sobre determinada cosa de la herencia, el heredero al venderla será protegido con la cláusula antes mencionada en caso de que uno o varios de los bienes no resultasen dentro del patrimonio hereditario, no respondiendo de evicción total o parcial. Este particular aspecto del contrato ha hecho que en doctrina²¹³ se hablase de su normal naturaleza aleatoria.

Las palabras *cum id inter ementem et vendentem agatur* podrían en línea teórica interpretarse de dos modos. La primera interpretación entiende el *cum* en el sentido causal, lo que ocasionaría que la frase asumiese el significado “puesto que el comprador y el vendedor acordaron que...” Tal sentido, compartido por la mayoría de la doctrina²¹⁴ consideraría que la exclusión de la responsabilidad por evicción valiese en todos los

casos. Y en realidad tal consecuencia jurídica se explicaría a la luz de la particular obligación del vendedor de ser heredero y no de garantizar el monto de la herencia. Por el contrario, si el *cum* tuviese un valor temporal, la misma frase significaría: "cuando el comprador y el vendedor acordaron que..". Esta segunda interpretación implicaría que la falta del mencionado acuerdo ocasionase que el vendedor respondiese de evicción y no sólo de su carácter de heredero. No obstante, aunque en favor de la segunda solución pueda señalarse la posibilidad de que las partes tenían que disponer de tal responsabilidad en la *emptio venditio* general mediante el *pactum de non praestanda evictione*,²¹⁵ los argumentos anteriores y la parte final del fragmento sobre la *satisdatio de facto suo* por parte del vendedor nos inclinarían a pensar como más probable la primera solución.

En lo expresado al final de D.18.4.2.pr. cabe decir por último, en lo referente a que el vendedor debe prestar la *stipulatio* por evicción del hecho suyo, que esto significa que el vendedor no es responsable por la evicción causada por un acto del *de cuius*, mientras que tal responsabilidad surgiría por sus propios actos.²¹⁶ De ahí que, si hubiese vendido una cosa ajena como hereditaria, se encontraría obligado a responder de su acto con el comprador que haya sufrido de evicción.

C. La misma razón de garantizar únicamente su calidad de *heres*, que acabamos de examinar en la garantía de evicción, explica también la exclusión de la responsabilidad del vendedor de una herencia por los vicios ocultos de las cosas hereditarias transmitidas. La exoneración de dicha responsabilidad se encuentra en un texto de Ulpiano, *libro primo ad edictum aedilium curulium* D. 21.1.33.pr, que muestra una opinión de Pomponio sobre tal responsabilidad por los singulares objetos incluídos en un peculio o en una herencia, diciendo lo siguiente:

...*Eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiam, si hereditas, aut peculium servi venierit, locus edicto aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate, aut in peculio...*

En relación con lo que comentábamos anteriormente al presente texto, Pomponio considera que la misma razón hace que, aunque se haya vendido la herencia, o el peculio de un esclavo, no haya lugar el edicto de los ediles curules respecto a aquellos objetos que están en la herencia, o en el peculio. La misma razón que refiere el jurista se encuentra antes de la parte que nos interesa y hace referencia a la venta del esclavo con peculio, considerando que el vendedor no debe responder de que están sanos los *servi vicarii* que estuviesen en el peculio, porque no dijo que había de ser accesorio un objeto cierto, sino que debe entregar tal peculio; y así como no debe responder de la cantidad cierta del peculio, así tampoco de las cosas singulares incluídas en este.²¹⁸ La analogía con tal patrimonio radica en que el vendedor de la herencia no deberá responder de la calidad ni de los vicios de las cosas que se encuentren en el patrimonio, porque su obligación es la de entregar la herencia, no respondiendo de su consistencia.

III. OBLIGACIONES DE RESTITUERE AL COMPRADOR ID QUOD EX HEREDITATE PERVENIT PERVENERITVE

De la *stipulatio emptae hereditatis* o de los *pacta adiecta* al contrato consensual con el mismo contenido, examinados en el capítulo primero, sabemos que el vendedor estaba obligado a transmitir (*restituere*) al adquirente todo lo que le llegase de la herencia vendida (*id quod ad eum pervenisset ex hereditate*). La *ratio iuris* de esta obligación debe buscarse en el carácter formal de heredero que siempre permanecerá al vendedor y que podía hacerle adquirir otros bienes por motivo de tal calidad aún después de la *venditio hereditatis*.

Con referencia a dicha obligación de *restituere* en que se desarrolló la elaboración jurisprudencial, se fija una disciplina jurídica bastante completa sobre los siguientes puntos.

A. Los dos textos fundamentales de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.3 y D.18.4.2.1 respectivamente indican los bienes (cosas y acciones) de que se componía la herencia que formaban objeto de dicha obligación y el mo-

mento al cual debía referirse el monto de la herencia que tenía que ser transmitida.²¹⁹

B. El criterio básico de tal obligación se aprecia claramente aún en Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.4, en donde el vínculo de la transmisión al comprador de todo lo que hubiese llegado al vendedor a causa de la herencia vendida tiene validez también para el heredero del mismo vendedor, no existiendo límites temporales al *pervenire*, sino sólo causales en dependencia exclusiva de la herencia vendida:

Non tantum autem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: et non solum quod iam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est.

Como el jurista manifiesta, la obligación de *restituere* tiene como objeto no sólo lo que llegó al vendedor, sino lo que llegó a su heredero *ex hereditate* y no sólo en el momento a que las partes se hubiesen referido al celebrar el negocio, sino en cualquier momento futuro.²²⁰

C. Aplicaciones de tal principio las hemos encontrado (cap. 1 §§ III y V) en los textos de Aristón citado por Meciano, *libro secundo fideicommissorum* D.32.95, que nos explica que la expresión *quantae summae* del formulario de la *stipulatio emptae hereditatis* incluía también las cosas corporales,²²¹ de Juliano, *libro duodecimo digestorum* D.15.1.37. pr. que refiriendo la parte correspondiente de tal formulario, hace derivar de esa efectos específicos sobre las obligaciones confundidas por sucesión hereditaria (cap. 6 § II)²²² de Gayo, Inst. 2.252, que resume el contenido de este formulario,²²³ de Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20. pr., en donde el vendedor está obligado a transmitir al comprador un crédito hereditario con consecuencias en materia de confusión hereditaria,²²⁴ del mismo Ulpiano en los §§ 2 y 6 del mismo fragmento D.18.4.2, relativos a un caso de sustitución pupilar²²⁵ y de deuda del hijo o del esclavo en potestad,²²⁶ y *libro trigesimo primo ad edictum* D.17.1.14. pr. sobre la obligación del vendedor de ceder las acciones con referencia a una opinión de Juliano, y en la

constitución del emperador Alejandro Severo recogida en C.4.39.4.²²⁸

D. Dicha obligación se extiende también a las cosas hereditarias singulares llegadas al vendedor después de la venta de la herencia; en este caso, si el vendedor hubiese vendido la *res hereditaria* a otros, no podría liberarse de su obligación mediante el pago del precio, sino mediante la entrega de la cosa en caso de no haberla transmitido todavía al tercero adquirente, como es claramente expresado por Celso, *libro trigesimo secundo digestorum* D.50.16.97, cuando afirma que las palabras '*quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit*' del formulario da la *stipulatio emptae hereditatis* hacen referencia a las cosas hereditarias y no a su precio, y por Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, donde el vendedor, si hubiere celebrado la *stipulatio emptae hereditatis*, resultaría obligado a entregar al comprador la cosa hereditaria conseguida mediante reivindicación, también si la hubiera vendido a otros.²²⁹ Pero, en caso de que la *res hereditaria* singular haya sido ya entregada al tercero comprador, el comprador de la herencia puede sólo ejercitar contra el vendedor la *actio empti* (o bien la *actio ex stipulatu*), como se aprecia en C.4.39.6 del mismo emperador Alejandro Severo,²³⁰ en donde la acción contractual aparece como el único medio de que dispone el comprador de la herencia si la propiedad de las cosas hereditarias fue adquirida por otro comprador (o porque se le transmitió mediante *traditio* o la obtuvo por usucapión). Si la *res hereditaria* haya perecido, el vendedor tiene que entregar su precio al comprador de la herencia.²³¹

E. La actitud dolosa o gravemente culposa del vendedor o de su heredero, que impidiese que algo les llegase, implicaba que la obligación de *restituere* de los mismos incluyéndose a tal efecto la cosa o los derechos no llegados, como si les hubiesen llegado efectivamente. Así se expresa Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.5, que aquí exponemos en la parte que en este momento es relevante:²³²

Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est ... sed et si

non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur.

Según el jurista, si por dolo del vendedor o de su heredero se ha hecho de modo de impedir que algo les llegase, también esto se debe prestar al comprador, teniendo validez el mismo principio si lo hubiesen realizado no por dolo, sino por culpa grave. Como ejemplos de esta actitud el texto indica, como veremos más adelante (cap. 7 § II), la venta de cosas hereditarias, la remisión de deudas, la falta de posesión de bienes de la herencia. En tal caso el objeto de la obligación de *restituere* se transforma en la indemnización al comprador en lo referente a los bienes que por motivo de tal actitud no pudieron ser adquiridos. La confirmación de tal responsabilidad se manifiesta en otro texto también de Ulpiano en D.45.1.50.1 (cap. 1 § III), donde, al mencionar las palabras de la *stipulatio emptae hereditatis* “*quanta pecunia ad te pervenerit dolo malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat*”, se dice que el vendedor es obligado también en lo que dolosamente impidió que le llegase.

F. Del texto de Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.3 hemos apreciado que dentro del *pervenire* y por lo tanto de la obligación del vendedor de herencia de *restituere* se encontraban también las acciones hereditarias, sea *in personam* contra los deudores de la herencia así como *in rem* para recuperar las cosas hereditarias (*et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem*). Hemos ya examinado anteriormente (cap. 3 § V) el modo con que se realizaba la transmisión de las acciones hereditarias, cumpliendo el vendedor su obligación de permitir al comprador el ejercicio de éstas como *cognitor* o *procurator*. Desde el momento en que el vendedor permanecía siendo heredero, en su obligación de *restituere* se incluían también las obligaciones que después de la venta de herencia le hubiesen correspondido por motivo de la calidad de heredero o bien le hubiesen podido corresponder y a causa de su actuación dolosa no le correspondieron, valiendo la misma norma vista para las cosas corporales en D.18.4.2.5. Además de la interpretación jurisprudencial podría-

mos considerar como objeto de la obligación de *restituere* no sólo las acciones pertenecientes al *de cuius*, sino también aquellas de las que era titular el mismo vendedor por efecto de actos concernientes a la herencia vendida, como se manifiesta en la primera parte de D.18.4.2.8: *Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori debere.*

G. Finalmente la elaboración jurisprudencial ya en la época de Juliano delimitó la obligación de *restituere* del vendedor solamente a los casos de adquisiciones por causa de la herencia, excluyendo las ventajas conseguidas *occasione hereditatis*. Tal mención se encuentra en D.18.4.2.7, que dice en lo que respecta al presente punto:

Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emptori restituere id debeat. et est apud Iulianum haec quaestio tractata libro sexto digestorum et ait, quod non debetur exegerit, retinere heredem et quod non debitum solverit, non reputare: nam hoc servari, ut heres emptori non praestet quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur quod non debitum praestiterit... quae sententia mihi placet.

Como puede observarse, en el texto se pregunta si también las ventajas conseguidas por el vendedor *occasione hereditatis* deben ser transmitidas al comprador. La respuesta se fundamenta sobre una opinión contenida en los digestos de Juliano, que Ulpiano totalmente comparte. Lo que el vendedor haya adquirido de un *debitor* aparente puede retenerlo y lo que haya pagado como indebido no le es computado; por lo tanto, no está obligado frente al comprador por lo que adquirió indebidamente así como tampoco podrá demandarle el reembolso de lo que haya pagado indebidamente a un tercero.²³³

Las ventajas *occasione hereditatis* según lo que expresa el texto corresponden a los beneficios que se obtienen aparentemente por causa de la herencia, pero que no corresponderían a tal; dentro de los mismos se incluyen lo que el vendedor haya adquirido por un deudor aparente y por otro lado lo que un

acreedor aparente hubiese recibido del heredero. En el primer caso el vendedor puede retener lo que le hubiesen pagado indebidamente porque no son beneficios de la herencia, pensándose que en tal caso el comprador no sería responsable contra el tercero por no haber obtenido tal beneficio. En el segundo caso sería factible como lo menciona la doctrina²³⁴ que el comprador mediante la *condictio indebiti* pudiese recuperar lo que el vendedor hubiere pagado indebidamente para recuperar la cantidad que de otra manera no podría ser exigida al vendedor.

CAPÍTULO 5

LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Emptor nummos venditoris facere cogitur ac damna hereditatis, sicut impensa funeris, tributa et cetera onera praestare. Quae damna venditori praestanda sunt examinabo et deinde obligationem defendendi eum contra creditores hereditarios.

SUMARIO: I. Premisa. II. Obligación de pagar el precio. III. Obligación de responder por las pérdidas ex hereditate al vendedor. a) Indemnización de lo que hubiere dado el vendedor en razón de la herencia. b) Los gastos del funeral. c) Los impuestos de la herencia. d) Las deudas de la herencia. e) Indemnización de lo prestado en razón de una condena judicial. IV. Obligación de defensa judicial al vendedor.

I. PREMISA

En las obligaciones del comprador, se pueden observar las comunes a todas las formas de compraventa, existiendo además las específicas a la presente figura contractual. Las primeras se resumen esencialmente en la obligación del pago de precio, mientras que las segundas consistirán en la indemnización de todas las pérdidas patrimoniales causadas por la herencia al vendedor de la misma, así como su defensa judicial. La *ratio iuris* de las mencionadas obligaciones específicas consisten en el hecho de que el comprador de la herencia, aunque no adquiere formalmente la calidad de heredero, se encuentra sustancialmente en la misma posición, beneficiándose de todas las ventajas y sufriendo, por otro lado, de todos los gravámenes de la herencia vendida. Como hemos visto anteriormente (cap. 1 § VI), ambos tipos de obligaciones podían nacer o de *stipulatio-*

nes en origen sustitutivas y después accesorias al contrato consensual, o directamente del contrato consensual.

II. OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO

Como en todas compraventas, también el comprador de la herencia está obligado a transferir la propiedad del dinero que constituye el precio, que en el contrato se hubiere obligado a pagar.²³⁵ Es cosa notoria que, según la posición que acabó por prevalecer en la jurisprudencia clásica, el precio debía ser cierto y consistir en dinero contante. Sin embargo, en dos textos que se refieren al pago del precio en una *emptio venditio hereditatis*, que analizaremos en este momento, se señala la posibilidad de que el precio se establezca en una forma determinable (D.45.3.20.1) y sea compuesto parcialmente por créditos (D.44.4.17.2). A esta obligación se agrega, el pagar los intereses a la tasa legal o consuetudinaria por la mora eventual interpuesta al pago. Estos intereses que se fundamentan sobre el *officium* (o *arbitrium*) *iudicis*, son atribuidos al vendedor cuando no son derivados de circunstancias consideradas como injustas al pretenderlos.²³⁶

Sobre la presente obligación el testimonio más antiguo es el de Labeón citado por Paulo en D.45.3.20.1, en donde el comprador de una herencia se obliga mediante *stipulatio* a pagar como precio *quanta pecunia ad eum pervenisset* (todo el dinero que le hubiese llegado).²³⁷ Es interesante observar como en el presente caso el precio consista en una suma de dinero no precisada exactamente en el momento del nacimiento de la obligación, sino determinada *per relationem*, dependiendo del precio que a su vez el adquirente pueda obtener de un tercero al que venderá la herencia comprada. Tal circunstancia haría pensar en una función intermediadora del comprador.²³⁸

En lo referente a esta obligación existen otros dos textos, ambos de Cervidio Escévola. En el primero, que ya fue analizado (cap.1 § III), se trata el caso de un heredero que compra del otro coheredero su cuota de herencia, prometiendo mediante *stipulatio* el pago del precio.²³⁹ El aspecto que en este momento nos interesa es el referente a la posibilidad de que el precio

pueda ser formado en parte por dinero y en parte por créditos a término fijo (*heres ... emit portionem certa quantitate, ex qua aliquam summam in nominibus ex kalendario ...* el heredero compró la cuota a un cierto precio, cuya suma era en parte constituida por créditos a termino fijo ...). En el segundo texto, *libro secundo responsorum* D.18.4.22, el jurista menciona el pago del precio por partes, al decir lo siguiente:

Hereditas venditae pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi cur non teneantur.

El texto hace referencia a que el vendedor recibe parte del precio de una herencia vendida, siendo el comprador no solvente para pagar el resto, se pregunta si quedarán obligados los bienes de la herencia en concepto de prenda. A tal cuestión responde el jurista que no habría causa por la que no queden obligados.²⁴⁰

Adame,²⁴¹ citando a Krüger y a la doctrina interpolacionista,²⁴² considera que la partícula *non* debe eliminarse, lo cual le daría al texto sentido clásico, siendo añadida por un error del copista o en virtud de una interpolación. La causa por la que, a entender del autor, se propone la eliminación de tal partícula, radicaría en una incongruencia histórica en el texto. La solución clásica más bien parecería ser la de que no se constituía prenda sobre los bienes de la herencia, ya que, en principio, la prenda, en tiempo de Cervidio Escévola, tiene que convenirse expresamente; por el contrario la doctrina de las hipotecas tácitas o legales, fue desarrollada en época de Justiniano, si bien a partir de ciertos precedentes clásicos del siglo III.

Tal aseveración ocasiona ciertas dudas, porque en la actualidad la mayoría de los estudiosos²⁴³ afirman la existencia durante la época clásica de casos de hipotecas constituidas mediante *tacitae conventiones* o inclusive sin estas, como sucedería en favor del arrendador de un fundo sobre los instrumentos (*invecta atque illata*) o frutos del arrendatario,²⁴⁴ del titular de un depósito (*horrearius*) sobre las mercancías deposti-

tadas,²⁴⁵ del mutuante sobre la casa cuyas mejorías han sido financiadas con el dinero prestado,²⁴⁶ del pupilo sobre las cosas adquiridas con su dinero (*pupillaris pecunia*) por el tutor²⁴⁷ o finalmente del vendedor sobre la *merx* cuando el comprador no haya tampoco ofrecido el pago del precio.²⁴⁸ Tales casos parecerían ser una prueba suficiente para considerar la clasicidad de la partícula *non*.

Del presente texto se puede deducir: a) la posibilidad de que las partes de una compraventa de herencia pudiesen acordar de efectuar la realización de un pago a plazos; b) la posibilidad de que los bienes de la herencia fuesen entregados en términos sucesivos en relación a los pagos parciales, conviniéndose en una *conventio* expresa o tácitamente una hipoteca en favor del vendedor sobre tales bienes. De ambas posibilidades resulta una vez más el papel fundamental de la autonomía negocial de las partes en este contrato.

III. OBLIGACIÓN DE RESPONDER POR LAS PÉRDIDAS EX HEREDITATE DEL VENDEDOR

El contenido de la presente obligación a cargo del comprador de una herencia es expresado en términos generales por el ya examinado texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.9, que dice: *Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere* (Como todo lucro corresponde al comprador de la herencia, también el daño debe corresponderle).²⁴⁹ Esta afirmación general de que las deudas hereditarias corren a cargo del comprador es confirmada por una constitución de los emperadores Severo y Antonino Caracala recogida en C.4.39.1, que, aunque se refiera al caso particular de la enajenación de una *hereditas* por parte del fisco, incluye principios aplicables también a todos los negocios de este tipo. Su contenido es:

Aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est.

Vendida una herencia en nombre del fisco, es cierto y absoluto que las deudas pertenecen a cargo del comprador de los bienes, y que el fisco no responde a los acreedores de la herencia.²⁵⁰ Bajo el perfil que nos interesa en el presente texto, observamos: a) que cualquiera deuda de la herencia pertenecía al comprador; b) que los acreedores podían convocar en juicio también al vendedor, que continuaba siendo heredero y por lo tanto responsable frente a ellos pudiendo exigir al comprador lo que hubiere pagado mediante la acción respectiva. Sin embargo, tales reglas no se aplicaban al fisco no sólo por su posición privilegiada respecto a los particulares, sino mediante la acción respectiva también, jurídicamente hablando, por el hecho de que el fisco no actuaba como heredero, sino probablemente como vendedor de una herencia *caduca* o confiscada.²⁵¹

El testimonio de Gayo Inst. 2.252, en donde se resume el objeto de la *stipulatio venditae hereditatis*, es mayormente estrecho que el de Ulpiano y de la constitución de C.4.39.1, puesto que incluye la indemnización por: a) lo que el vendedor haya pagado en cuanto condenado a título de la herencia (*ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset*); b) lo que el mismo haya dado de otro modo en buena fe siempre *hereditario nomine* (*sive quid alias bona fide dedisset*). Anteriormente a Gayo, en el contexto de D.18.4.18. Juliano ya se refería de modo genérico a todo el dinero dado a título hereditario (*omnem enim pecuniam hereditario nomine datam ...*), considerándolo como una carga de la herencia que debía ser reembolsada al vendedor.²⁵² De una primera confrontación de estos textos puede suponerse que en Gayo el contenido más limitado de tal obligación del adquirente manifieste el formulario originario de la *stipulatio*, mientras en Juliano, Ulpiano y la misma Cancillería imperial se expresaría la interpretación más amplia que de este contenido originario dieron los juristas clásicos para resolver los frecuentes problemas prácticos. En tal sentido se podrían también explicar las palabras del Gayo de Autún 2.68, que en la interpretación del texto gayano hablan de *bona fide solvere* en lugar de *bona fide dare*, implicando una referencia a cualquier forma de cumplimiento, como también un *facere*.²⁵³

El punto que es necesario considerar en este momento es el referente al ámbito de tal obligación y a sus aplicaciones concretas.

1. Para determinar este ámbito, a los textos de Juliano, Gayo y Ulpiano y de C.4.39.1 apenas mencionados, tenemos que añadir otros del mismo Ulpiano pertenecientes al largo fragmento D.18.4.2, en donde se hace referencia a algunos principios generales relativos a tal obligación.

El primero es D.18.4.2.11, que dice que el comprador está obligado a indemnizar lo que el vendedor de la herencia, o su procurador u otra persona que actúe como su gestor de negocios hubiera dado en buena fe a causa de la herencia, pudiendo ejercitarse en caso de inejecución la *actio ex vendito*, con tal que al vendedor le faltase algo de su patrimonio.²⁵⁴ En este texto podemos señalar: 1) que la obligación de indemnizar surge con referencia a todas las pérdidas patrimoniales del vendedor que consistirían en un *dare pro hereditate*, poniéndose a la luz la relación causal entre la herencia y la entrega; 2) que la entrega debía cumplirse en buena fe; 3) que la obligación del comprador existiría en el caso en que no sólo la entrega hubiese sido efectuada por el vendedor, sino también por su representante o por un tercero cualquiera, como gestor de negocios; 4) que la ausencia de pérdidas patrimoniales comportaría la inaplicabilidad de la acción *ex vendito*.

Como segundo texto debe considerarse la parte final de D.18.4.2.3 en que Ulpiano excluye del concepto de *pervenire* al vendedor, y por lo tanto de su obligación de transmitir al comprador, los legados ya cumplidos (*quod legatorum nomine quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse*) y las deudas y otras cargas hereditarias (*sed et si quid aeris alieni est vel cuius alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur*).²⁵⁵

Relacionándose los dos textos, resultaría que en base al primero el vendedor tiene derecho a ser indemnizado de todo lo que hubiese dado *pro hereditate*, mientras en base al segundo este derecho no valería respecto a legados ya cumplidos, deudas y otros gravámenes hereditarios, puesto que, en cuanto excluidos de la herencia que debía ser transmitida, no podían formar objeto de la obligación de indemnizar del comprador.

Esta aparente contradicción en realidad no existe, como puede apreciarse de la exégesis profundizada de los textos.

Una hipótesis que podría manejarse en línea teórica es que la exclusión del *pervenire* afirmada en D.18.4.2.3, y consecuentemente en la obligación de indemnización por parte del comprador, se refiera únicamente a los legados ya cumplidos y a las deudas ya pagadas por el vendedor como heredero en un momento anterior que las partes fijaron para determinar el monto de la herencia vendida. Transmitiéndose por el contrario al comprador los gravámenes todavía no satisfechos en dicho momento y lo que el vendedor o su representante posteriormente hubiesen prestado en razón de la buena fe, como dice D.18.4.2.11, teniendo en este último caso derecho a la indemnización frente al comprador. En conclusión, el criterio para establecer el ámbito de la obligación aquí examinada sería un criterio simplemente temporal con referencia al momento acordado por las partes o, en su ausencia, como dice D.18.4.2.1, al momento de la celebración del negocio. Sin embargo tal hipótesis no es aceptable, puesto que no explicaría por qué el vendedor tiene derecho al reembolso, como veremos dentro de breve, de los gastos funerarios y de los impuestos pagados *hereditario nomine* anteriormente a la venta de la herencia.

Por el contrario, el análisis de los textos hace verosímil otra hipótesis, manifestando que el heredero vendedor podría conseguir del comprador la indemnización de todo lo que él o su representante hubiesen prestado en buena fe por causa de la herencia con sus propios bienes.²⁵⁶ Las expresiones de los juristas en efecto hablan con referencia al vendedor de *hereditario nomine aliquid bona fide dare* (Gayo, Inst. 2.252), *dare aliquid pro hereditate* (D.18.4.2.11), *omnis pecunia hereditario nomine data* (D.18.4.18), *quidquid Maevianae hereditatis nomine praestare* (D.18.4.2.15), *quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem* (D.18.4.2.20), poniendo en relación causal la herencia vendida con las prestaciones patrimoniales efectuadas por el mismo vendedor por motivo de ésta y excluyendo su realización con bienes hereditarios. Tales expresiones implican por lo tanto el cumplimiento de estas prestaciones con el patri-

monio propio del vendedor en cuanto heredero, otorgándole así el derecho de exigir la indemnización del comprador. Al aceptar dicha hipótesis, se explicaría también la exclusión (afirmada en D.18.4.2.3) de los legados y otros gravámenes ya cumplidos de esta obligación del comprador, puesto que se trataría de cargas satisfechas por el vendedor con bienes hereditarios en lugar de propios.

A la luz de lo que acabamos de presentar, el criterio básico será que la obligación del comprador de indemnizar se extiende inclusive en todas las *dationes* y de forma más general en todas las prestaciones realizadas por el vendedor con sus riquezas en cualquier momento que tuviesen como fundamento la herencia, valiendo una relación causal y no temporal. Por el contrario, quedan excluidas las cargas hereditarias cumplidas por el vendedor con dinero u otras cosas de la herencia misma, teniendo estas prestaciones relevancia solamente en referencia al momento fijado por las partes para determinar el monto de la herencia vendida.

El contenido que esta obligación podía asumir, prácticamente se manifiesta en los casos concretos examinados por los juristas, que a continuación se presentan.

2. Legados. En un texto de Labeón epitomado por Javoleno D.18.4.24, en la parte que bajo este perfil nos interesa,²⁵⁷ el heredero vendedor de la herencia de Cornelio, gravado con un legado a favor de Atio, vende dicha herencia y antes de que el comprador pague el legado, es instituido heredero por el mismo legatario Atio (*hereditatem Cornelii vendidisti: deinde Atius, cui a te herede Cornelius legaverat, priusquam legatum ab emptore perciperet, te fecit heredem*). En esta situación el jurista otorga al vendedor el derecho de ejercitar la acción de venta contra el comprador para obtener la prestación de tal legado, puesto que su cumplimiento determinó el pago de un precio menor en la compraventa de la herencia (*recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur, quia ideo eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emptor*).

Del presente texto pueden derivarse dos deducciones: de un lado, los legados, que no se hayan cumplido aún se transmitirían al comprador que estaría obligado a satisfacerlos, como

expresan las locuciones *priusquam legatum ab emptore perciperet* y *ut id legatum praestaret emptor*. En base a lo que dijimos en el punto 1 también en lo referente a los legados prestados por el heredero vendedor con sus bienes tendría derecho a la indemnización contra el comprador. Por el otro lado, la indemnización podría incluir también la disminución del precio pagado por el comprador en la adquisición de la herencia a causa de la existencia del legado, cuando el mismo comprador no hubiese cumplido este legado. En tal caso el vendedor haría valer sus razones ejercitando la *actio venditi*, como manifiestan las palabras del jurista *puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur, quia ideo eo minus hereditas venierit*.²⁵⁸

Continuando en materia de legados, la voluntad de las partes podía modificar también de forma más onerosa esta obligación, como se encuentra en Paulo, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.35.2.71,²⁵⁹ que dice:

Potest heres in vendenda hereditate cavere, ut et lege Falcidia interveniente solida legata praestentur, quia ea lex heredis causa lata est nec fraus ei fit, si ius suum deminuat heres.

El heredero en la venta de la herencia puede celebrar una estipulación (*cavere*), con la cual se promete que los legados serán cumplidos por entero no obstante la posibilidad de aplicar la *lex Falcidia*, que garantizaba la pertenencia de un cuarto de la herencia a los herederos (*quarta Falcidia*).²⁶⁰ Este acuerdo no es considerado contrario al contenido de tal ley (*fraus legi*), puesto que su finalidad era la de proteger los derechos del heredero y por lo que tenía la facultad de disminuirlos dejando sin aplicación tal disposición legal.

Del análisis del texto de Paulo resulta que el comprador de la herencia así como el heredero vendedor estaba obligado a cumplir los legados dentro de los límites de la ley Falcidia. Sin embargo, se manifiesta también la posibilidad de que el heredero se hiciese prometer del comprador de la herencia, mediante una *cautio* accesoria al contrato, la prestación integral

de los legados no obstante dichos límites. Por lo tanto, al aceptar tal estipulación el comprador asumiría voluntariamente esta obligación más ampliamente, que implicaría por lo tanto una eventual renuncia al cuarto legal garantizado de la herencia adquirida.

3. Obligaciones hereditarias. Según un texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum*, D.18.4.2.20, el comprador de la herencia está obligado a indemnizar al vendedor también de las obligaciones constituídas pero no cumplidas todavía:

Sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilo minus agere potest cum emptore.

Si el vendedor no hubiese prestado algo todavía, pero se hallase obligado por cualquier causa a hacerlo por motivo de la herencia, podría igualmente demandar al comprador. Del presente texto se deduciría claramente que en el momento de la venta de la herencia algunas obligaciones *hereditario nomine* ya existían a cargo del vendedor, pero no habían sido cumplidas todavía; no obstante, el jurista le otorga al vendedor la acción *venditi* contra el comprador. El fragmento precisa que tal acción podía ejercitarse antes del cumplimiento de tales obligaciones, ocasionando en doctrina ciertas dudas sobre sus efectos prácticos.²⁶¹ Podríamos pensar que una posible interpretación del texto consistía en que el comprador no ha cumplido la obligación con los terceros, por lo que tales le pudiesen exigir el cumplimiento al vendedor, encontrándose este último obligado porque sigue teniendo el carácter de heredero; no obstante, en lugar de cumplir, en base al contrato celebrado entre las partes opta por exigirle al comprador el cumplimiento de la obligación a los terceros. El texto además considera el principio aplicable a cualquier tipo de obligación (*quoquo nomine obligatus sit*), exceptuándose, como es lógico las delictuales, con tal que fuesen constituídas *propter hereditatem*.

El hecho de que el comprador de la herencia sea responsable del pago de las deudas a los acreedores del *de cuius*, ocasiona

consecuencias jurídicas que afectan a terceros, como lo menciona Papiniano, *libro vicensimo quinto quaestionum* D.42.6.2. al decir:

Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur, utique si nulla fraudis incurrat suspicio: nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.

Una vez vendida la herencia, en vano será al heredero la separación, ciertamente si no hay ninguna sospecha de fraude; en efecto los actos que fueron gestionados en el medio tiempo por el heredero en buena fe se suelen conservar como ratificados.

Los acreedores del *de cuius* no podrán solicitar al pretor la *separatio bonorum* del patrimonio del heredero de los bienes hereditarios, después de que hubiese vendido la herencia. Los fundamentos de tal imposibilidad podrían consistir: a) en que dicha separación podía pedirse sólo respecto al heredero y el vendedor sigue teniendo tal carácter después de la venta, quedando responsable con los acreedores hereditarios por el notorio principio *semel heres, semper heres*; b) el comprador se obligó a cumplir las prestaciones hereditarias en base al negocio celebrado con el vendedor. Los acreedores se encontrarían doblemente protegidos: con el heredero, que recibiendo un precio por la herencia vendida podía hacer frente a sus propias deudas y posiblemente también a las del *de cuius* (que en tal caso tendría derecho a ser indemnizado por el comprador); y con el comprador, que recibiendo la *hereditas* podía pagar las deudas del *de cuius*, siendo responsable inclusive con su propio patrimonio. Por lo tanto, era incesaria según la opinión de Papiniano una mayor protección en favor de los acreedores hereditarios. Lo anterior sería posible siempre y cuando las partes del contrato no actuasen de forma fraudulenta (*utique si nulla fraudis incurrat suspicio*); se podría pensar como una posible actuación fraudulenta que el vendedor se pusiera de acuerdo con el comprador en simular el acto para que el primero pudiese disfrutar de la herencia sin pagar las deudas ale-

gando el pago de sus deudas personales; y por otro lado, el comprador alegase su insolvencia por haber pagado una herencia la cual no se le hubiese transmitido. Por último Papiniano dice que los actos que gestionó en buena fe el heredero antes de la venta se considerarán ratificados por el comprador (*nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent*), produciendo por lo tanto consecuencias a este último: v.g. condiciones más favorables a los deudores hereditarios para realizar el pago.

Con referencia a los créditos confundidos por sucesión del vendedor de la herencia a un deudor hereditario, esta obligación de indemnización, como veremos más adelante (cap.6 § III), implicando efectos novatorios, se traduce en la necesidad de que el comprador los cumpla hacia el vendedor.

4. Venta sucesiva de herencias relacionadas. Cuando un mismo vendedor hubiera vendido una herencia, y después hubiese sido instituido heredero por el comprador, vendida también la herencia de éste, los juristas se preguntaban si el segundo comprador estaría obligado a devolverle todo lo que él hubiera prestado *ex priore venditione hereditatis*. Esta hipótesis se trata en Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.15: si Ticio hubiese vendido a Seyo la herencia de Mevio e, instituido heredero de Seyo, la hubiera vendido a Atio, ¿Podrá demandarse a Atio lo prestado a causa de la primera herencia vendida? En su respuesta el jurista acepta la opinión de Juliano, según la cual lo que el vendedor de una herencia hubiese podido pedir de cualquier heredero extraño, podrá conseguirlo también del nuevo comprador de la herencia; por lo tanto, si hubiese existido otro heredero de Seyo, Ticio podrá reclamar de él, por la acción de venta, todo lo que hubiese pagado a causa de la herencia de Mevio.²⁶² En este caso particular también puede observarse que la obligación de indemnizar los gastos hereditarios realizados con sus bienes por el vendedor se transmite a los sucesivos adquirentes, pudiendo reclamarse de cualquiera de ellos. Lo que debe ser señalado en el presente texto es la amplitud de la locución de Juliano *quidquid venditor ... hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actione consequi ab eo* (del comprador) *potuisset*, que incluye cualquier

tipo de prestación de naturaleza obligatoria del vendedor frente a terceros, resultando en línea con la afirmación general *omnis pecunia hereditario nomine data* expresada por el mismo jurista en D.18.4.18.

5. Los gastos funerarios. Una específica aplicación de la obligación del comprador examinada en este momento es la de reembolsar al vendedor los gastos del funeral del *de cuius*, como se indica por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.17, que dice:

Quod si funere facto heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emptore consequatur? et ait Labeo emptorem impensam funeris praestare debere, quia et ea, inquit, impensa hereditaria esset: cuius sententiam et Iavolenus putat veram et ego arbitror.

La pregunta que hace Ulpiano es que, si el heredero hubiese vendido la herencia hecho el funeral, ¿Puede conseguir del comprador los gastos del mismo? Y acepta la opinión de Labeón al igual que de Javoleno, opinando que el comprador debe correr con los gastos del funeral porque también estos son gastos hereditarios.

Son gastos funerarios que tendrá que pagar el comprador al vendedor de la herencia, según el propio Ulpiano, *libro vicensimo quinto ad edictum*, D.11.7.14.3-5, los siguientes: a) los que se hicieron para llevar a enterrar, sin los que no puede realizarse el entierro (*ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit*), b) lo que se gastó en la adquisición del lugar para depositar el cadáver (*si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur, funeris causa videri impensum ...*), c) en la conducción del cadáver del que murió cuando se encontraba de viaje (*impensa peregre mortui quae facta est ut corpus perferretur*), d) gastos para custodiar el cadáver, para depositarlo o para colocar el mármol o el vestido (*si quid ad corpus custodiendum vel etiam commendandum factum sit, vel si quid in marmor vel vestem collocandam*). Por el contrario, no se incluyen los ornamentos, ni alguna otra cosa semejante como hacen las personas simples (*non autem oportet ornamenta cum corpo-*

ribus condi nec quid aliud huiusmodi, quod homines simpliciores faciunt).²⁶³

Es interesante subrayar que una línea de pensamiento jurisprudencial, originada por Labeón y compartida por Javoleno y por el mismo Ulpiano, incluía los gastos funerarios sufridos por el vendedor como un tipo de *impensa hereditaria*, interpretando de un modo muy elástico las *dationes bona fide* mencionadas en el formulario de la *stipulatio venditae hereditatis* de Gayo Inst. 2.252 y el concepto de *omne damnum hereditario nomine* de D.18.4.2.9. Es lógico pensar que, si el vendedor de la herencia al entregarla había descontado los gastos funerarios, no podría exigir del comprador el importe de los mismos, en caso contrario el vendedor tendría derecho al pago de éstos, porque forman parte de los gastos hereditarios, que son considerados como deudas del difunto, que forman parte del patrimonio adquirido por el comprador, como es expresado eficazmente por Ulpiano, *libro decimo ad edictum* D.11.7.1, que dice: *Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede*.

Ahora bien, si resultare que un tercero hubiere hecho los gastos funerarios y hubiere ejercitado la acción funeraria²⁶⁴ en contra del heredero, al pagar, tendría la posibilidad de exigirle al comprador el monto respectivo, porque tales gastos le corresponderían, no solamente fundamentándonos en lo que acabamos de decir, sino también en lo que es manifestado por el formulario de la *stipulatio venditae hereditatis*, según el cual el comprador tendrá que indemnizar al vendedor lo que hubiese pagado en razón de una condena judicial. No obstante el tercero también podría ejercitar la acción en contra del comprador de la herencia (*infra*, § IV).

El texto de Ulpiano D.18.4.2.17. confirma el principio de que los funerales deben ser pagados con el patrimonio del difunto, y como tal ha sido adquirido por el comprador de la herencia, tendrá el carácter de deudor.²⁶⁵

6. Los impuestos de la herencia. Los pagos que hubiere realizado el vendedor en materia de tributo deben ser reembolsados también por el comprador, como señala el siguiente texto

de Ulpiano, *libro quadragesimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.16²⁶⁶ que dice:

Si quid publici vectigalis nomine praestiterit venditor hereditatis, consequens erit dicere agnoscere emptorem et hoc debere: namque hereditaria onera etiam haec sunt. Et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum.

El jurista comenta que, si el vendedor de la herencia hubiese pagado algo en concepto de *vectigal*, será consecuente decir que el comprador debe responder de esto, puesto que son también cargas hereditarias; y lo mismo vale por lo que se pagó como tributo. El presente texto por lo tanto incluye las prestaciones fiscales en los gastos efectuados por el vendedor, que después de la venta de la herencia corren a cargo del comprador.

Como sabemos, el término *vectigal*, que en origen indicaba el impuesto que los concesionarios de fundos públicos debían pagar a las entidades concedentes (la *res publica* y después el fisco; *coloniae* y *municipia*), en el Alto Imperio parece asumir un significado más genérico, refiriéndose en los textos jurídicos a toda forma de contribución al estado.²⁶⁷ Es interesante destacar como resulta del presente texto la posibilidad de transmisión de los fundos vectigales con transferencia de la obligación fiscal del vendedor al comprador de la herencia. Así también, con la palabra *tributum* es probable que Ulpiano se refiriese a todo impuesto fiscal (incluyéndose el *stipendium*)²⁶⁸ que gravaba sobre los fundos provinciales y, a partir del emperador Aureliano (segunda mitad del III siglo d.C.), también sobre los itálicos. Hablando estrictamente, *tributum* indicaba el impuesto sobre los fundos proporcional a la riqueza que debía ser pagado directamente al estado.²⁶⁹ Utilizando los dos términos *vectigal* y *tributum* es probable que Ulpiano quisiese afirmar la aplicación del principio jurídico de la indemnización del vendedor de una herencia en presencia de todo tipo de impuesto.

IV. OBLIGACIÓN DE DEFENSA JUDICIAL AL VENDEDOR
E INDEMNIZACIÓN DE LO ENTREGADO EN RAZÓN
DE UNA CONDENA JUDICIAL

En el formulario de la *stipulatio* o de las *stipulationes venditae hereditatis* mencionado por Gayo Inst. 2.252. se hacía referencia a otra específica obligación del comprador de la herencia, la de defender al vendedor en los procesos que tuviesen como causa la herencia. De las palabras gayanas (... *si quis cum eo* - el vendedor - *hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur*)²⁷⁰ resulta que tal obligación surgía en todos los casos en que los conflictos tuviesen como causa la herencia, explicándose la razón en la circunstancia de que el vendedor en cuanto heredero nunca perdía su legitimación pasiva en los conflictos inherentes a la herencia vendida. Esta obligación se relaciona con la parte del mismo formulario de la stipulación en donde el comprador estaba obligado a indemnizar al vendedor también de todo lo que hubiese pagado por una condena en un proceso *hereditario nomine: ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset ... eo nomine indemnus esset*.

En lo referente a las relaciones entre vendedor y comprador de la herencia, la obligación de defensa judicial implicaba que el segundo tuviese que participar en el proceso en calidad de representante del primero,²⁷¹ como señala Paulo, *libro octavo ad edictum* D.3.3.42.2 (*supra*, capítulo 1 § V y cap. III § V) con las palabras *cum in rem suam procuratorem praestamus eoque nomine iudicatum solvi promittimus ... si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito (si hereditatem vendidimus) ... agere debemus*. Cuando en caso de venta de herencia cedemos las acciones al comprador constituyéndolo *procurator in rem suam* y prometiendo en su nombre el pago de la cosa juzgada, después de haber pagado, podemos ejercer contra él la acción de venta. Este vínculo obligatorio parece en algunos casos asumir relevancia no sólo entre comprador y vendedor de la herencia, sino también frente a terceros. En materia de legitimación pasiva a la *petitio hereditatis*²⁷² Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.4-5 señala la postura de Casio Longino, que por motivos de economía procesal

otorga esta acción como *actio utilis* contra el comprador de la herencia.²⁷³

De C.2.3.2. de los emperadores Septimio Severo y Caracala (año 202 d.C.), examinada anteriormente,²⁷⁴ resulta que esta obligación de defensa judicial podía ser modificada o también excluida convencionalmente por las partes. El caso tratado es el del vendedor de una herencia convocado en juicio por los acreedores hereditarios después de haber perdido la causa contra los adquirentes de la misma, que participaron al proceso no en cuanto obligados, sino espontáneamente (*si creditores contra emptores actiones suas movisse ... eosque eas spontanea suscepisse voluntate*). A pesar del hecho de que en esta situación al vendedor le es otorgada la posibilidad de oponer una *exceptio pacti taciti* contra los acreedores, el dato más relevante es el carácter espontáneo de la asunción de la defensa judicial por parte de los compradores, que podría hacer pensar como probable que las partes hubiesen acordado la exclusión de su obligación.²⁷⁵

Esta constitución pone también en luz la permanencia de la legitimación pasiva del vendedor, el cual podía ser convocado en juicio por los terceros y, si hubiera sido condenado, podría conseguir en vía de regreso la indemnización. La afirmación general de este principio es manifestada en la frase final de un texto de Ulpiano, *libro quadragésimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.7, ya anteriormente analizado (cap. 4, § III), que en la parte que nos interesa y que todavía no hemos citado dice:

...si autem condemnatus praestiterit, hoc solum heredi sufficit esse eum condemnatum sine dolo malo suo, etiamsi maxime creditor non fuerit is cui condemnatus est heres...

El jurista, siguiendo una opinión de Juliano,²⁷⁶ afirma que, si el vendedor realiza una prestación por una condena, es suficiente para ser indemnizado que tal condena haya sido pronunciada sin su dolo, también si el acreedor no era la persona respecto a la que fue condenado el heredero. Como es evidente, cada vez que el vendedor debía entregar algo en ejecución de una condena a causa de la herencia, tendría derecho de

demandar el reembolso al comprador, con tal que la condena no dependiese de su actitud dolosa. Tal principio vale sobre todo (*maxime*) en el caso en que el actor del proceso no fuese un acreedor hereditario.

Una confirmación también puede encontrarse en la siguiente constitución del año 197 d.C. de los emperadores Septimo Severo y Antonino Caracalla en C.6.37.2, donde se dice:

Quamvis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt, et quod nomine datum fuerit, venditor ab emptore vel fideiussoribus eius petere possit.

Si bien el heredero instituido hubiese vendido la herencia, la prestación de los legados y fideicomisos le podría sin embargo ser demandada, y lo que hubiese dado a tal título puede a su vez pedirlo al comprador de la herencia o a sus fiadores. La existencia de la obligación de defensa judicial a cargo del comprador no excluye ni la legitimación pasiva del vendedor de la herencia ni su responsabilidad frente a los acreedores, legatarios y fideicomisarios (*quamvis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt*). No obstante, todo lo que hubiese prestado podría exigirlo al comprador o a sus garantes para indemnizarlo.

En la misma línea de pensamiento podemos observar otra constitución de Caracalla, C.4.39.2. (sin año) y el fragmento 2.69 del Gayo de Autun. En la primera, analizada en el capítulo I § III, en donde se reafirma la legitimación del vendedor frente a los acreedores, legatarios y fideicomisarios (*ratio iuris postulat, ut creditoribus et legatariis seu fideicommissariis ... tu respondeas*) así como su derecho de demandar la indemnización al comprador (*... et cum eo, cui hereditatem venundedisti, tu experiaris suo ordine*), a menos que no hayan acordado, con una *stipulatio* o un *pactum adiectum* al contrato consensual, una responsabilidad directa de éste último (*ut satis tibi detur, sero desideras ... quamvis ... ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciatur ...*).²⁷⁷ En el texto lagunoso de los *fragmenta augustodunensia* se lee la referencia a una acción de

regreso, que tiene el vendedor contra el comprador, cuando haya pagado a un acreedor hereditario (*postea...creditori ego solvam...et postea agam contrate*).

Una rica casuística en donde se expresa la obligación del comprador de indemnizar lo entregado por motivo de una condena se observa en numerosos párrafos del largo texto de Ulpiano D.18.4.2, que ya hemos analizado bajo diferentes perfiles.

En el § 10 se examina la siguiente hipótesis.²⁷⁸ Si el heredero vendió a otro una cosa hereditaria y por esto hubiera sido condenado, no tiene acción contra el comprador, porque no es condenado por la razón de ser heredero, sino porque ha vendido. Pero si ha dado el precio de la cosa vendida al comprador de la herencia, el jurista a la pregunta de que si tiene lugar la acción de venta responde afirmativamente.²⁷⁹ Como hemos manifestado, el caso se entiende de la siguiente forma, el heredero antes de la venta, vendió un objeto de la herencia, del cual el comprador sufrió evicción; y por esto el vendedor fue condenado. En esta situación el vendedor no tendría la posibilidad de exigir al comprador de la herencia lo que había debido pagar al tercero, puesto que no actuó como heredero y por lo tanto a causa de la herencia. Si por el contrario el precio recibido por la primera venta lo hubiese entregado al comprador de la herencia, entonces en ese caso el comprador se encontraría obligado a devolver la cantidad recibida, con tal que la condena a causa de la primera venta no dependiese del dolo del vendedor.

En los §§ 12-14 se considera el ámbito de dicha obligación del comprador con referencia a determinados objetos hereditarios exceptuados en la compraventa de herencia,²⁸⁰ siendo el criterio básico para tal finalidad es la autonomía negocial de los contratantes.

CAPITULO 6

LA VENTA DE HERENCIA Y LA CONFUSIÓN HEREDITARIA

In hoc capitulo examinatur quomodo obligationes ob confusionem hereditariam extinctae venditione hereditatis facta renoventur atque effectus suos erga venditorem ac emptorem. Denique tractatur restitutio quoque servitutum eodem modo amissarum.

SUMARIO. I. El fenómeno y la hipótesis de Daube. II. Las relaciones obligatorias: el vendedor de la herencia sucede a su deudor. III. El vendedor de la herencia sucede a su acreedor. IV. Las servidumbres prediales. V. Los resultados de nuestra investigación de las fuentes.

I. EL FENÓMENO Y LA HIPÓTESIS DE DAUBE

Numerosos fragmentos atribuidos a juristas clásicos que conserva el Digesto se ocupan de la cuestión referente a los efectos de la compraventa de herencia sobre las obligaciones y las servidumbres prediales extinguidas por confusión hereditaria.²⁸¹ En general, como veremos dentro de breve, puede observarse que la celebración del negocio ocasiona efectos novatorios para las obligaciones ya confundidas, mientras que para las servidumbres surge la obligación de restablecerlas. Los textos tratan también casos en donde la confusión se efectúa después de celebrada la *venditio hereditatis*, indicándose los remedios aplicables. En cuanto a las relaciones obligatorias, se encuentran ejemplos en que el vendedor de la herencia sucede a un deudor transformándose en acreedor del adquirente, así como también casos que consideran la situación opuesta, sucediendo el vendedor a un acreedor y transformándose en deudor del adquirente. En el campo de las servidumbres prediales se

considera únicamente el caso de confusión por sucesión del propietario del fundo dominante al del sirviente.

Basándose en los presentes datos, en un estudio detallado de hace cuarenta años Daube²⁸² manejó una interesante hipótesis, distinguiendo entre: 1) situaciones en que la confusión se haya realizado antes o después de la venta de herencia; 2) situaciones en que el vendedor de la herencia sucede a su deudor o a su acreedor; 3) derecho clásico y justiniano.

A su entender, con referencia a la confusión hereditaria *ante venditionem hereditatis*, los juristas clásicos habrían otorgado al vendedor que sucede a su deudor un *ius retentionis* que se ejercitaría al comprador para recuperar su crédito, mientras que en el caso opuesto de sucesión a un acreedor, el comprador podría compensar la pérdida ocasionada por la confusión hereditaria mediante una disminución del precio de la herencia adquirida. Sólo para situaciones particulares o para el restablecimiento de servidumbres en derecho clásico se habría admitido la posibilidad de ejercitar las acciones contractuales de buena fe. Por el contrario, cuando la confusión tenía lugar *post hereditatem venditam*, tales acciones se configuraban como el único remedio para el cumplimiento de las obligaciones novadas.

Dicho sistema habría sido uniformado y simplificado por Justiniano en base al presupuesto (quizás de origen postclásico) que el comprador era equiparado a un heredero, eliminando toda distinción respecto al momento de realización de la *confusio* y otorgando como remedio general las acciones *venditi* y *empti* y en ciertos casos la *condictio indebiti*.

El análisis de Daube representa hasta hoy en día el único estudio que haya tratado de forma tan amplia y específica este problema,²⁸³ necesitando por lo tanto una valoración profunda de su fundamento y de la validez de los resultados expuestos. Nuestra investigación considerará separadamente los efectos de la *venditio hereditatis* sobre las relaciones obligatorias y sobre las servidumbres prediales y dentro de la primera categoría se analizarán de un modo distinto los fragmentos relativos a la confusión realizada por sucesión del vendedor de la herencia a un deudor o bien a un acreedor del *de cuius*, tratando de

respetar, en cuanto sea posible, el orden cronológico de los juristas y las eventuales diferencias en sus posturas.

II. LAS RELACIONES OBLIGATORIAS: EL VENDEDOR

DE LA HERENCIA SUCEDE A UN DEUDOR

1. El texto más antiguo que trata esta situación es de Javoleno, *libro secundo ex Plautio* D.12.6.45., que dice:

Si is, qui hereditatem vendidit et emptori tradidit, id, quod sibi mortuus debuerat, non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum per conditionem recte recipietur.

Si el que ha vendido la herencia y la ha entregado al comprador no hubiese retenido lo que el muerto le había debido, podrá repetirlo, porque correctamente lo que ha sido pagado más que de lo debido se restituirá mediante la *condictio*. De tal texto se observa que el vendedor se encuentra facultado a retener el objeto del crédito, que tenía en contra del *de cuius* independientemente de haberse extinto por la *confusio*, otorgándosele la *condictio indebiti* en caso de que no hubiese cumplido la retención. En el presente caso uno de los acreedores del difunto fue el propio heredero, realizándose por motivo de la sucesión la extinción por confusión del vínculo obligatorio. En un momento sucesivo el heredero vende dicha herencia a un tercero y se la entrega; por efecto de la venta, novándose la obligación extinguida, el vendedor regresa de nuevo a ser acreedor y tiene por lo tanto la facultad de retener la cantidad debida, excluyéndola del monto de la herencia vendida.²⁸⁴ La falta de retención ocasionaba por lo tanto la posibilidad de obtener la restitución del *plus debito solutum*.

En la doctrina se ha dudado de la genuinidad del presente texto. De un lado,²⁸⁵ se considera que la obligación del adquirente de la herencia de resarcir al heredero enajenante el crédito del *de cuius* extinto por confusión sólo se entendería en el derecho justiniano como algo natural; mientras que en el derecho clásico sería necesaria una *stipulatio* especial con la cláusula *quod testator o defunctus debuerit*. Por el otro,²⁸⁶ se

contesta la clasicidad del otorgamiento de la *condictio indebiti* en caso de falta de la retención, siendo tal remedio típicamente justiniano, mientras que en la época clásica el vendedor podía ejercitar solamente la *actio venditi*.

Sin embargo, con referencia a la primera objeción, de lo que hemos observado en el capítulo I sobre el papel del contrato consensual y de sus cláusulas en la compraventa de herencia,²⁸⁷ nos inclinamos a pensar que ya en la edad clásica la restitución de lo indebido en el presente caso era posible también sin necesidad de una *stipulatio*, bastando para tal finalidad la *actio ex vendito* eventualmente en concurrencia con la *condictio indebiti*.

La mención de esta última acción, que se expresa en D.12.6.45, en efecto no debe considerarse necesariamente una interpolación: la presencia de una *datio* realizada mediante *traditio* (*is, qui hereditatem vendidit et emptori tradidit*) y la falta de una causa de tal *datio* ya en el derecho clásico permitía el ejercicio de la *condictio indebiti* para exigir lo que había sido dado. Por lo tanto no hay obstáculos para pensar que al final del siglo I d.C. el jurista Javoleno (y posiblemente también Plauto) pudiesen admitir el empleo de esta acción recurriendo a ciertas condiciones, en ausencia de las cuales el vendedor podía reclamar sus pretensiones mediante la *actio venditi* o, si se hubiese celebrado una *stipulatio venditae hereditatis*, la *actio ex stipulatu*.

La retención del monto del crédito o su exigibilidad al comprador podría hacer pensar que la obligación confundida “renació”, y que por lo tanto los efectos de la confusión no consistirían en extinguirla, sino en dejarla latente. Tal consideración parece inexacta, porque el crédito a favor del vendedor se extinguió mediante confusión; la nueva obligación con el mismo contenido se crea del propio negocio de la *venditio hereditatis*, en donde se establece que el comprador pagará las deudas de la herencia, no olvidándose por ello que el vendedor tiene el carácter de acreedor y por lo tanto derecho al pago. Nuestra postura es confirmada por el hecho de que el vendedor en caso de no haber retenido lo que el muerto le había debido podría exigir su crédito utilizando otra acción (la *ex vendito* o

la *ex stipulatu* o la *condictio indebiti*), que no correspondería a la acción originaria que tenía contra el *de cuius*.²⁸⁹

2. Otro caso, en donde la venta de herencia produce efectos sobre una obligación confundida por sucesión hereditaria del vendedor a su deudor, se puede ver en Ulpiano en su comentario a Sabino, *libro quadragensimo nono* D.18.4.2.18, que, posiblemente reflejando una opinión de este último, dice:

Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit: sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere et idcirco teneri venditori hereditatis, sive cum moritur testator debuit (quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate) sive quid in diem debeat sive sub condicione et postea condicio exstisset, ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur.

Cuando uno ha quedado como heredero de su deudor, deja de ser acreedor a consecuencia de la confusión; pero si ha vendido la herencia, resulta muy equitativo que el comprador obtenga la posición de heredero y que por eso esté obligado frente al vendedor, tanto si el testador cuando muere debía (aunque después de la muerte ha cesado de deber, al ser la herencia adida por el vendedor) como si algo es debido en término o bajo condición y éste se hubiera cumplido. Tal principio sin embargo tendría validez, si podía ejercitarse una acción contra el heredero por aquella deuda, mientras, si se tratase de casos por los cuales no hay acción contra el heredero, no podría ejercitarla tampoco contra el comprador.

Mientras la mayoría de la doctrina acepta como clásico el contenido del presente texto, limitándose a considerar interpolaciones en cuanto a aspectos secundarios,²⁹⁰ Daube²⁹¹ afirma su carácter totalmente compilatorio que resultaría de la expresión *aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere*. Basándose sobre tal concepto, los Comisarios de Justiniano habrían expresado una serie de situaciones tratadas

diferentemente por los clásicos. Los argumentos de su crítica parecerían ser fruto de una petición de principio más que de razones objetivas, puesto que, para encuadrarse en la hipótesis reconstructiva que el autor propone (§ 1), se eliminan o desvalorizan todas las partes del texto contrastantes. Valorar el fundamento de dicha crítica implicaría valorar su entera opinión, que será posible solamente una vez terminado el análisis de todos los textos.

El fragmento D.18.4.2.18 manifiesta los siguientes principios:

a) cuando uno es instituido heredero de su deudor, deja de ser acreedor a consecuencia de la confusión (*cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit*), confirmando que la confusión hereditaria extinguió la deuda,²⁹²

b) después de la venta de la herencia, como el comprador tiene una posición análoga a la del heredero, si bien no es tal, en base a una razón de equidad la obligación se hace exigible y por lo tanto el comprador quedará obligado frente al vendedor (*sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere et idcirco teneri venditori hereditatis*); en tal parte del texto claramente resulta que la posibilidad de exigir el crédito no es consecuencia de la obligación extinguida por confusión, sino de una nueva naciente de la *venditio hereditatis* celebrada sucesivamente.²⁹³ Ulpiano explica como muy equitativo el hecho de que el vendedor puede exigir el pago de su crédito, en virtud de que el comprador, a partir de la celebración del negocio, subentra en todos los derechos y obligaciones que le corresponderían al vendedor mismo, configurándose materialmente como *heres* sin serlo y teniendo consecuentemente que pagar las deudas a los acreedores del *de cuius*;

c) la obligación que se hace exigible puede derivarse ya en el momento de la muerte del *de cuius* (*sive cum moritur testator debuit, quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate*) o bien en un momento sucesivo, si fue constituida bajo término o condición que produciría efectos después de tal evento (*sive quid in diem debeat sive sub condicione et pos-*

tea condicio exstisset). La primera situación puede incluir las obligaciones ya existentes cuando el *de cuius* fallece, pudiendo considerarse las simples o aquellas que fueron sujetas bajo término o condición ya efectuados y también las constituídas con la cláusula *cum moritur*.²⁹⁴ No sería aceptable una limitación de la referencia del texto únicamente a estas últimas como supone Daube,²⁹⁵ puesto que el contexto de todo el discurso del jurista parece afirmar la validez del principio para cualquier obligación del *de cuius*, nacida y exigible en el momento de su muerte así como después.

En caso de obligación con término o bajo condición que se verifican una vez vendida la herencia, transmitiéndose el contenido patrimonial del *ius heredis* al comprador, éste último tiene que soportar todas sus consecuencias desfavorables. Por lo tanto, del hecho de que se de la confusión por la sucesión al *de cuius*, el vendedor en fuerza de la venta de herencia está facultado a reclamar su derecho contra el comprador.

La distinción entre obligaciones simples o ya exigibles en el momento de la muerte del *de cuius* y obligaciones sujetas a modalidades que se verificarían después de tal momento, produce efectos diversos respecto al modo en que se satisface al vendedor: en el primer caso él estaría facultado para demandar su crédito al comprador, sin excluir eventualmente la posibilidad de retener el monto correspondiente al realizarse la transmisión de la *hereditas*, como hemos apreciado en D.12.6.45 (analizado en el punto 1); si por el contrario, el crédito que debía el *de cuius* al heredero todavía no fuese exigible porque no se había llegado al día establecido para el pago o no se hubiese cumplido todavía la condición, el vendedor, realizados tales eventos, podía reclamar el crédito al comprador mediante la *actio ex vendito* o la *actio ex stipulatu*, según el modo empleado para la celebración del negocio;

d) puesto que el comprador se encuentra *vicem heredis*, esto ocasionará que no sean exigibles las obligaciones que no estuviesen protegidas mediante acciones que se pudieran ejercitar contra el heredero. (*ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur*). Tal principio se re-

fieri a las obligaciones estrictamente personales, que se extinguen con la muerte del deudor no transmitiéndose a su heredero (*v.g.* la *ex mandatu*...).

3. Un caso mayormente complejo es manifestado por el mismo Ulpiano en el § 15 del largo fragmento de su comentario a Sabino, recogido en D.18.4.2. La primera parte, que ya formó objeto de nuestra atención (cap. 1, § V y cap. 5 § III.4), considera la siguiente situación: Ticio vende la herencia de Mevio a Seyo, que a su vez lo instituye como heredero; entonces Ticio vende la herencia a otro comprador, Atio: ¿puede el mismo Ticio en base a la primera venta exigir en juicio contra Atio? (*si Titius Maevi hereditatem Seio vendiderit et a Seio heres institutus eam hereditatem Attio vendiderit, an ex priore venditione hereditatis cum Attio agi possit?*). En su respuesta Ulpiano cita a Juliano, según el cual manifiesta como principio general que lo que el vendedor de la herencia podría demandar a cualquier heredero extraño, podría conseguirlo también del comprador de la herencia (*et ait Iulianus: quod venditor hereditatis petere a quolibet extraneo herede potuisset, id ab hereditatis emptore consequatur*). Por lo tanto, en el caso examinado, como Ticio habría podido obtener la indemnización de lo que hubiese prestado por motivo de la herencia de Mevio de cualquier extraño que se hubiese convertido en heredero de Seyo, así mismo podrá obtenerla de Atio con la *actio ex vendito* (*et certe si Seio alius heres exstisset, quidquid venditor Maevianae hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actione consequi ab eo potuisset*).

En la parte final del párrafo se introduce otro caso práctico:

nam et si duplam hominis a Seio stipulatus fuissem et ei heres exstissem eamque hereditatem Titio vendidissem, evicto homine rem a Titio servarem.

Yo me hago prometer de Seyo la indemnización del doble del precio por evicción de un esclavo comprado, y luego me convierto en heredero del mismo Seyo. Vendo aquella herencia a

Ticio y, al verificarse la evicción, tendré la posibilidad de conseguir de él aquella indemnización.

Desde el punto de vista que estamos tratando en este momento, en la primera parte del § 15 Juliano y Ulpiano toman en consideración la confusión hereditaria con referencia a las obligaciones de reembolso de Seyo hacia Ticio para las prestaciones que este último hizo respecto a la herencia Meviana vendida. Como Seyo nombra su heredero a Ticio, dichas obligaciones se extinguen por confusión; sin embargo, estas resultan novadas subjetivamente por la nueva venta de herencia a Atio, por lo que está obligado a indemnizar a Ticio de las prestaciones efectuadas por causa de la herencia Meviana. Esta argumentación jurídica es afirmada claramente en el momento en que se indica la confusión como único impedimento a la facultad de indemnización de Ticio, que habría podido hacerla valer contra cualquier heredero diferente de sí mismo (*si Seio alius heres - ab eo potuisset*). Tal frase ocasiona la crítica de Daube²⁹⁶ a la clasicidad del presente texto, puesto que la solución implícita manifestaría la postura justiniana de la equiparación entre comprador y heredero. Por el contrario, los clásicos habrían resuelto la cuestión mediante la correcta interpretación de las palabras de la *stipulatio venditae hereditatis*, siendo la mención de la *actio venditi* una interpolación de la originaria *actio ex stipulatu*.

Renviando la crítica de esta última postura a lo que dijimos en el capítulo 1, puede observarse que una vez más la objeción del autor es condicionada *a priori* por su idea de fondo sin apoyos textuales. En tal dirección es indicativo el modo con que Daube interpreta la expresión *eam hereditatem*, suponiendo una diferencia de entendimiento entre los clásicos y los justinianos. Los primeros harían referencia a la sólo herencia Meviana como algo distinto dentro del patrimonio de Seyo, de modo que Ticio podría satisfacer sus derechos mediante la retención, mientras los compiladores la considerarían como una porción de la herencia del mismo Seyo, siendo Ticio facultado para ejercitar la acción contractual de buena fe.

Aparte de la dificultad que ocasionaría configurar concretamente esta diferencia, no existe razón para fundamentar dicha

suposición. El empleo de *eam* para calificar la *hereditas* vendida por Ticio después de su institución como heredero de Seyo indica simplemente que la misma herencia de Mevio había formado objeto de dos ventas consecutivas, independientemente de que fuese todavía distinguible dentro de los bienes de Seyo (siendo causante el mismo *de cuius* poco tiempo después de la venta), o bien que se hubiese confundido con estos bienes, constituyendo una porción de su patrimonio (o la porción de su patrimonio de la cual Ticio había sido instituido heredero). En la exposición del caso práctico y en su solución al jurista le interesa únicamente precisar que, también después de la venta a Seyo, la herencia Meviana era todavía indivisible tanto que los gastos hechos por motivo de ésta antes de tal venta aún podían demandarse a su comprador sucesivo, Atio.

Llegando a la parte final del § 15, la situación ahí contemplada, a bien ver, representa una aplicación particular de lo que hemos apreciado en el punto 2 sub c) del presente párrafo. Según Ulpiano, y probablemente ya Juliano, cuya opinión, como hemos visto, es mencionada en la primera parte del mismo párrafo, el obligado con la *stipulatio duplae* es Seyo, que fallece y me deja como heredero; si la evicción se verifica después de la venta, puedo obtener la suma prometida. En el momento en que yo vendo su herencia la confusión todavía no se ha realizado, porque la condición bajo la cual está sujeta la obligación de Seyo (la evicción del esclavo comprado) no se ha verificado todavía. Concretamente la obligación surge a cargo del comprador de la herencia, a quien corresponde todas las consecuencias patrimoniales del *ius heredis*, pudiéndose ejercitar contra él la *actio venditi* o la *ex stipulatu*, según el modo de celebración de la *venditio hereditatis* para exigir la suma correspondiente.

4. Diferente es el caso de sucesión a un deudor del *de cuius*, cuya herencia ya fue vendida. De tal problema trata Africano, libro septimo quaestionum D.18.4.20 pr, que dice:

Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis.

El comprador de la herencia puede ejercitar la acción de compra (*actio ex empto*) contra el vendedor que, una vez cele-

brada la *venditio hereditatis*, fue instituido heredero por un deudor del *de cuius*, cuya herencia formó objeto del contrato. En la presente situación se realiza una confusión hereditaria no entre el vendedor y su deudor, sino entre el vendedor y un deudor del difunto en un momento sucesivo al perfeccionamiento del negocio. Al haber adquirido mediante el contrato el contenido del *ius heredis*, el comprador está facultado al ejercicio de las respectivas acciones, pudiendo exigir el crédito del *de cuius* contra el vendedor después de la verificación de la *confusio*. Podemos observar que Africano otorga al comprador la acción de buena fe naciente de la *venditio hereditatis*, a pesar de la relación originaria constitutiva del vínculo obligatorio, otorgándole a tal negocio la determinación de las relaciones entre las partes también frente a una particular hipótesis de confusión hereditaria sucesiva del vendedor.

III. EL VENDEDOR DE LA HERENCIA SUCEDE A SU ACREEDOR

1. En un texto ya analizado (cap. 1, § III) de Juliano, *libro duodecimo digestorum* D.15.1.37 pr. se precisan los límites de la responsabilidad del vendedor, cuando la obligación que se hace exigible fue constituida por su hijo con el peculio. La situación es la siguiente: si el *pater familias* fue nombrado heredero por un acreedor de su hijo, una vez vendida la herencia, puede ser convocado en juicio por el comprador en base a la cláusula de la *stipulatio emptae hereditatis* "*quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit*", no excediendo su responsabilidad al monto del peculio del hijo.²⁹⁹ La institución como heredero del vendedor de la herencia por un acreedor de su *filius peculiatius* determina la extinción del crédito, produciéndose efectos análogos a la confusión hereditaria, puesto que el *pater* es el efectivo titular de la obligación, pero en el momento de la venta sucesiva de la herencia el crédito se hace de nuevo exigible en favor del comprador, que tendría para obtenerlo la *actio de peculio* en que queda absorbida la *ex stipulatu*, habiendo el hijo contraído su deuda en la gestión del peculio.³⁰⁰ Al hacerse de nuevo exigible la obligación, surgiría también el beneficio en favor del vendedor de poder limitar la responsabilidad a la

consistencia del mismo peculio, no determinando la novación subjetiva efectos perjudiciales bajo este aspecto.

El presente texto indica explícitamente que la razón jurídica, sobre la cual se basa la exigibilidad del crédito por parte del comprador, radica en la obligación de transmitirle las adquisiciones *ex hereditate vendita* que el vendedor había asumido mediante la *stipulatio emptae hereditatis*, confirmándose de tal modo los efectos novatorios del contrato. Por lo tanto, en fuerza de dicha obligación resulta incluido en tales adquisiciones también el crédito obtenido por sucesión, una vez eliminada la coincidencia entre deudor y acreedor que imposibilitaba su exigibilidad.

2. El principio manifestado por Juliano con referencia a un caso particular resulta afirmado en su generalidad por Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20.1. que dice:

Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo heres exstitit et hereditatem vendidit.

En su redacción actual el texto se relaciona estrictamente con el *principium* que hemos examinado en el párrafo anterior sub 4), en donde el comprador de la herencia puede ejercitar la acción de compra (*actio ex empto*) contra el vendedor instituido heredero por un deudor del *de cuius* después de la celebración de la venta de herencia (*si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis*). El jurista considera la misma solución adoptable con mayor facilidad en el caso en que alguien mismo ha sido constituido heredero del propio acreedor y hubiese vendido la herencia.

El acierto formal del § 1 fue revisado por la doctrina en la palabra *ipse*, que, como sugiere la edición de Mommsen, debería leerse *ipsi*, concordando con *creditori suo*, que le daría mayor claridad al texto en el aspecto lógico. Diferente la postura de Daube,³⁰¹ que postula el origen compilatorio de toda la primera parte *quod simplicius - procedit* para crear una conexión con el *principium* totalmente extraña al pensamiento de Afri-

cano. Piensa Daube que el jurista clásico admitiría la posibilidad de ejercitar la acción originaria modificada como *utilis* o *ficticia*, siendo la introducción de la *actio ex empto* obra de los justinianos bajo la influencia del régimen del fideicomiso.

No obstante posibles incongruencias formales, faltan una vez más elementos en el texto que puedan fundamentar esta postura. Por el contrario, la conexión entre el pr. y el § 1 de D.18.4.20. puede explicarse lógicamente, puesto que en el primero el otorgamiento de la *actio ex empto* es fruto de su aplicación para reglamentar en base a la buena fe las relaciones entre vendedor y comprador de una herencia frente a un caso de sucesión del primero a un deudor del difunto, mientras en el § 1 el ejercicio de dicha acción resulta más simple. En efecto la confusión de la obligación por sucesión a un acreedor se realizó ya en el momento de la venta de herencia, determinando la celebración del contrato una novación subjetiva en base a la cual la confusión deja de existir y el comprador puede ejercitar la acción para exigir su derecho.

3. Un caso idéntico al tratado por Juliano en D.15.1.37 pr. se encuentra en Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum*, D.18.4.2.6, donde se plantea el siguiente problema:

Illud quaesitum est, an venditor hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate eius esset servove ei, cuius hereditatem vendidisset, praestare debeat emptori. et visum est, quidquid dumtaxat de peculio filii servive aut in suam rem versum inveniatur, praestare eum debere.

La pregunta es si un vendedor de la herencia debe responder al comprador de la deuda que su hijo que está en potestad o un esclavo suyo debía al testador cuya herencia hubiere vendido. Ulpiano responde que, según la orientación que se había afirmado (*et visum est*), el vendedor es responsable, pero solamente dentro de los límites del peculio del hijo o del esclavo, o bien de lo que *in rem suam versum fuerit*. En esta situación también el vendedor es heredero de un acreedor de su hijo o su esclavo *peculiatu*s y vende la herencia después de que se verificó la coincidencia en si mismo de las posiciones de deudor y

acreedor, determinándose los efectos de una confusión hereditaria. Ulpiano nos revela que la cuestión había sido discutida y que al final prevaleció la opinión favorable de la exigibilidad del crédito contra el vendedor, que, teniendo en cuenta el origen de la relación obligatoria, podía beneficiarse de la limitación de su responsabilidad al monto del peculio o en la medida de lo que resultase haber revertido en su patrimonio.

Comenta Daube³⁰² que probablemente Ulpiano tuvo en consideración el texto de Juliano en D.15.1.37. pr, porque en el siguiente § 7 de D.18.4.2 hace mención a dicho jurista. Consecuentemente los compiladores habrían modificado de la misma manera también el presente fragmento, omitiendo la mención de la *actio ex stipulatu* y aplicando como remedio general la *actio de peculio et de in rem verso*. Renviando la última objeción a lo que hemos dicho en el punto 1 del presente párrafo, debe observarse que la suposición que Ulpiano conociera la posición de Juliano es muy probable. En la jurisprudencia se habían manifestado dudas, quizás ya por el mismo Sabino (*illud quaesitum est*), cuya causa probablemente era la realización de una confusión "atípica", teniendo la calidad de deudor y acreedor coincidencia no en el hijo o esclavo con peculio, sino en su *pater* o *dominus*. A tal respecto deben recordarse las discusiones entre Sabinianos y Proculyanos sobre algunos casos particulares de confusión.³⁰³ Tales dudas habían sido superadas por Juliano (a que podría referirse el *et visum est*), según el cual la causa por la que el vendedor es responsable de las deudas del hijo se debe a que en la venta de herencia, él asumió la obligación de transmitir *quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit*. Verificándose los efectos novatorios, empleando el comprador para exigir su derecho la *actio de peculio et de in rem verso*, en consideración del origen del crédito, con la que, como es notorio, en la época clásica cualquier acción podía ejercitarse con la función de exigir el cumplimiento de una obligación en la que el hijo de familia o esclavo con peculio hubiesen actuado.

4. A un caso de confusión hereditaria por sucesión al acreedor determinada en un momento sucesivo a la *venditio hereditatis* se referirían Labeón y Javoleno (o quizás sólo este último)

en D.18.4.24 (*libro quarto posteriorum a Iavoleno epitomatum*), examinado anteriormente.³⁰⁴ Una persona vendió la herencia de Cornelio: después Atio, al que Cornelio había legado una suma de dinero (*pecunia debita*) del heredero vendedor, antes de recibir el pago del legado del comprador, hizo heredero al mismo vendedor. El jurista (o los juristas) rectamente piensa (o piensan) que el vendedor ejercitará la acción de venta, para que le sea entregado el dinero legado, puesto que el precio de venta de la herencia había sido menor propio a causa de la prestación de este legado.³⁰⁵

El crédito derivado del legado *per damnationem*³⁰⁶ que gravaba la herencia Cornelia a favor de Atio, se extinguiría por confusión, porque la misma persona que la vendió fue nombrada heredera de su legatario, no obstante ya hubiese sido celebrado el negocio de venta.³⁰⁷ Se trataría de un caso de confusión que sobreviene con posterioridad a la enajenación de la herencia, por la adquisición de una nueva *hereditas* de parte del mismo heredero enajenante.

La obligación se confunde sólo después de la venta de herencia, manteniendo el vendedor su calidad de *heres* y convirtiéndose a su vez en heredero también del legatario Atio. La celebración de la venta implica que el comprador haya adquirido todas las consecuencias patrimoniales de la posición de heredero, justificando que el vendedor pueda reclamar contra él su derecho en cuanto sucesor del legatario Atio. Coherentemente el texto explica el otorgamiento de la *actio venditi*, fundamentándose no tanto en la extinción de la *actio ex testamento* ocasionada por la confusión,³⁰⁸ sino en el hecho de que la *venditio hereditatis* se había celebrado a un precio menor por motivo del pago del legado por parte del comprador.

IV. LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

El concepto de *confusio* se aplica como es notorio, también en materia de servidumbres entre fundos cuando el dueño del sirviente y del dominante coinciden en la misma persona.³⁰⁹ En el Digesto están incluidos dos fragmentos en que la venta de herencia produciría efectos sobre la confusión ya ocasionada

por la sucesión del vendedor titular del fundo dominante al propietario del sirviente. La celebración del contrato tiene como consecuencia que el comprador está obligado a restablecer la servidumbre. El primer texto donde se encuentra tal principio es de Pomponio, *libro decimo ad Sabinum* D.8.4.9,³¹⁰ que afirma:

Si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres exstiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse.

Si soy heredero de aquel cuyo predio me debía servidumbre, y te vendí esta herencia, se debe volver a su primitivo estado la servidumbre, porque se ha hecho como si tú resultaras su heredero. La obligación del comprador está fundamentada en el hecho de que, mediante la celebración del contrato de *venditio hereditatis*, el mismo asumió la posición sustancial del heredero. El fragmento se limita a imponer la *restitutio in pristinum statum* de la servidumbre sin indicar la acción ejercitable contra el comprador en caso de incumplimiento. En la doctrina menos reciente se supuso que la referencia fuese a la *actio ex stipulatu*, considerándose una interpolación la frase *quia-exstitisse*. Tal postura se relaciona con la opinión de Lenel ya discutida en el capítulo 1 y no nos queda más que reenviar a aquel punto para su revisión.³¹¹ Bajo otro perfil se ha pensado que la equiparación entre comprador y heredero, expresada en las palabras *quasi heres videaris exstitisse* se haría referencia a un restablecimiento legal de la servidumbre desconocido en el derecho clásico. Sin embargo, si bien no se puede excluir la existencia de retoques formales, podríamos considerar difícil de compartir la interpolación en lo fundamental. En primer lugar la expresión a la que hacemos referencia solamente tiene como finalidad el explicar la posición del comprador en cuanto a consecuencias jurídicas sin crear una figura análoga a la institución de *heres*. Tampoco hay apoyos textuales para observar en el presente fragmento la mención de una restauración *ex lege* de la servidumbre basándose sobre un presumido acuerdo

de las partes. En su sentido literal el texto significa sencillamente que en razón del negocio celebrado, el comprador poniéndose en una posición análoga al heredero del propietario del fundo sirviente tiene que actuar de modo de restablecer la servidumbre extinguida.

El mismo principio es confirmado por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.19. que dice:

Et si servitutes amisit heres institutus adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur.

Si el heredero instituido ha perdido las servidumbres al ser aceptada la herencia, podrá ejercitar contra el comprador la acción de venta, para que las servidumbres le sean restituídas. También en este caso la extinción de las servidumbres por confusión se dá en perjuicio del propietario del fundo dominante, que se convierte en heredero del *dominus* del sirviente, como manifiesta la expresión *amittese servitutes*. Así como en D.8.4.9. la confusión sucede anteriormente a la venta de herencia, tendrá como consecuencia la obligación del comprador de *restituere* dichas servidumbres, siendo el vendedor en caso de incumplimiento facultado para ejercitar contra él la *actio venditi*. importante observar el empleo del verbo *restituere* también en el presente texto para indicar que la servidumbre no había sido restablecida por la sólo celebración del contrato, sino que de tal celebración el comprador estaba obligado a actuar de modo de restablecerla. El ejercicio de la *actio in personam* de buena fe en efecto sancionaba mediante el *id quod interest*, el incumplimiento de la obligación de restablecer por parte del comprador, no pudiendo producir efectos reales. Es interesante destacar que tanto Pomponio como Ulpiano tratan la misma hipótesis en los respectivos comentarios a Sabino, lo que podría con cierta seguridad inclinarnos a pensar que Sabino hubiese sido el jurista que analizó tal problema.

V. LOS RESULTADOS DE NUESTRA INVESTIGACION DE LAS FUENTES

El cuadro que los textos jurídicos examinados nos ofrece, es el siguiente:

A. Cuando un vínculo obligatorio se confunde por sucesión del vendedor a un deudor y después su herencia es vendida, dicha venta produce efectos novatorios subjetivos del crédito en favor del mismo vendedor, que puede satisfacerlo mediante la *retentio* de lo debido (D.12.6.45.) o reclamar su cumplimiento mediante la *actio venditi* (D.18.4.2.15.) o la *ex stipulatu*, según el modo de celebración del negocio. Estas acciones ya en la época clásica, al menos en la opinión de parte de la jurisprudencia, podían concurrir con la *condictio indebiti* en caso de *datio* de la cosa objeto del crédito faltando una causa (D.12.6.45).

B. Cuando por el contrario la obligación se confunde por sucesión del vendedor a un acreedor antes de la venta de la herencia de este último, los efectos novatorios del negocio se determinan esta vez en favor del comprador, que está facultado para ejercitar la *actio empti* contra el vendedor que no cumple (D.18.4.20.1).

C. En el caso particular de confusión de una deuda constituida por un hijo o un esclavo en la gestión de su peculio. por sucesión del *pater* o del *dominus* al acreedor, la venta sucesiva de la herencia de este último y los efectos novatorios consiguientes, según la teoría sabiniana expresada por Juliano y aceptada por Ulpiano, no extinguen la posibilidad de limitación de la responsabilidad dentro del mismo peculio o de la *versio in rem domini* (o *patris*) (D.15.1.37.pr; D.18.4.2.6).

D. Si en un momento sucesivo a la venta de herencia el vendedor sucede a un deudor del *de cuius*, el comprador hace valer su crédito contra él mediante la *actio empti* (D.18.4.20.pr). Del mismo modo, si se realiza la sucesión del vendedor a un legatario todavía no satisfecho, le es otorgada la *actio venditi* para reclamar su derecho frente al comprador (D.18.4.25). Igualmente, si el vendedor se convierte en heredero de un deudor, cuya obligación está sujeta a término o a condición que se

verifican solamente después de la venta de su herencia, le es reconocida al mismo vendedor la facultad de reclamar en juicio su crédito contra el comprador (D.18.4.2.18).

E. En lo que respecta a la *confusio* de las servidumbres prediales, el único caso recogido en el Digesto hace referencia a la sucesión del propietario del fundo dominante al propietario del sirviente. La venta sucesiva de su herencia tiene como consecuencia que el comprador está obligado a restablecer las servidumbres confundidas, pudiéndose ejercitar contra él la *actio venditi* (D.8.4.9; D.18.4.2.19). Si bien no tenemos textos que expresen la hipótesis contraria, consistente en la sucesión del propietario del fundo sirviente al dominante, podríamos pensar que tuviesen validez los mismos principios, por lo que el vendedor estaría obligado a restablecer las servidumbres confundidas, ejercitándose la *actio empti*.

Como manifiesta el importante testimonio de Juliano en D.15.1.37.pr, la razón jurídica de la disciplina que acabamos de exponer debe ser buscada en las relaciones obligatorias entre vendedor y comprador nacientes de la compraventa de herencia. El primero se obliga a transmitir al segundo todo lo que le hubiese llegado de la herencia vendida, mientras el segundo tiene que indemnizar al primero de todas las pérdidas sufridas por motivo de la misma herencia, como se deduce de D.18.4.2.9.³¹² Esto explica la novación de la obligación confundida *ante hereditatem venditam* y la posibilidad de exigírsela al vendedor o al comprador según los casos (puntos A, B y C), la obligación de restablecer las servidumbres anteriormente extinguidas por confusión (punto E), y las consecuencias en las hipótesis de confusión hereditaria sucesivas al negocio (punto D). Solamente en presencia de específicas cláusulas que exoneren a las partes, en ejercicio de su autonomía negocial, podrían modificar tal reglamentación. En efecto, al celebrarse este contrato, como muchas veces hemos apreciado durante la presente investigación, el comprador llega a asumir la misma posición patrimonial del vendedor con todas sus consecuencias jurídicas, no obstante este último conserve su calidad de heredero. Dicho principio por lo tanto no representa una innovación justiniana bajo la influencia del régimen del fideicomiso, como

postula Daube, sino una elaboración jurisprudencial que se había afirmado ya desde la época clásica, faltando así el fundamento central de la postura de este autor. Además, también en lo que respecta a la influencia de la normativa del fideicomiso en la compraventa de herencia, la realidad parece mucho más compleja, después de que el primero era conforme a la segunda institución en una fase inicial, como se desprende de Gayo en Ins. 2.252,³¹⁴ no obstante, la continuación de un cierto paralelismo bajo el perfil de la transmisión de patrimonios hereditarios, las dos instituciones se separan, resultando por lo tanto difícil establecer la existencia y el eventual prevailecimiento de influjos recíprocos entre las dos disciplinas jurídicas.

Finalmente cabe destacar que de la gran cantidad de problemas relativos a la confusión en materia de venta de herencia, las fuentes recogidas en el Digesto nos expresan soluciones de la escuela sabiniana, probablemente a partir del mismo Sabino y después perfeccionadas por Juliano y quizá por su discípulo Africano. Tales soluciones, en cuanto aceptadas por Pomponio y Ulpiano, parecerían haber prevailecido en la jurisprudencia clásica.

CAPÍTULO 7

LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

In hoc capitulo quomodo venditor hereditatis emptori ac emptor hereditatis venditori respondeant atque quanti ob id teneantur quaeritur. Primum examinabo textos prudentium in quibus tractati sunt dolus malus et culpa venditoris, deinde eos ubi dolus emptoris apparet. Denique explicabitur quomodo fiat ratio emptoris aut venditoris damnorum.

SUMARIO: I. Objetivos del presente capítulo. II. Las fuentes sobre la responsabilidad del venditor hereditatis y sus consecuencias. III. Las fuentes sobre la responsabilidad del emptor hereditatis y sus efectos. IV. Líneas de reconstrucción.

I. OBJETIVOS DEL PRESENTE CAPÍTULO.

La existencia de textos, en donde se hace referencia a problemas que tocan algunos problemas de la responsabilidad del vendedor o del comprador de la herencia, otorga la oportunidad de realizar un análisis que profundice sobre su contenido con la finalidad de reconstruir el régimen respectivo. Por un lado, valorizaremos si existe sólo una correspondencia con la *emptio venditio* general, o si se manifiestan diferencias en relación a la propia particularidad del objeto vendido. En caso de correspondencia, sería interesante observar si los textos inherentes a nuestra materia pudiesen aportar contribuciones al cuadro general del contrato, o por el contrario, si encontrásemos diferencia, trataríamos de buscar sus razones. En nuestro análisis es indispensable tener en cuenta dos circunstancias:

a) el desarrollo histórico de la compraventa de herencia, que hemos apreciado en el capítulo primero. No debe en efecto olvidarse que en un origen para celebrar el negocio se empleaban probablemente únicamente las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, pasándose, al menos desde el inicio del II siglo d.C, al contrato consensual junto a estas mismas estipulaciones o bien en completa sustitución de éstas;

b) las obligaciones del vendedor y del comprador de la herencia sólo en parte coinciden con las correspondientes a todas las compraventas, existiendo ciertas obligaciones típicas y específicas a este negocio, cuya finalidad era la cesión sustancial del *ius heredis* al comprador. Pasemos a continuación al examen de los textos procediendo separadamente entre vendedor y comprador.

II. LAS FUENTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDITOR HEREDITATIS Y SUS CONSECUENCIAS

Los textos que tocan perfiles de la responsabilidad del vendedor de la herencia han sido agrupados según el siguiente orden: A) los criterios de determinación de su responsabilidad; B) el *dolus in contrahendo*; C) el *dolus* en relación a una condena judicial por la que podía pedirse la indemnización al comprador; D) el resarcimiento del daño.

A) Criterios de determinación de la responsabilidad del vendedor.

Las noticias que se encuentran en los textos al respecto, se refieren a dos actitudes del *venditor hereditatis*, que ocasionan el incumplimiento de su obligación de transmitir al comprador todo lo que le llegase de la herencia vendida.

1. Actitud finalizada a impedir que algo se incluya en el *pervenire*.

Con referencia a la *stipulatio emptae hereditatis* el texto de Ulpiano, libro *quingentesimo ad edictum* D.45.1.50.1 menciona las palabras del respectivo formulario, en donde se indica la obligación del vendedor de transmitir al comprador lo que le llegara de la herencia o lo que él con dolo hubiese impedido que le llegara (*quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo*

factum est eritve, quominus perveniat).³¹⁵ Como hemos visto anteriormente, al término *pecunia* se atribuía un sentido amplio, incluyéndose no sólo el dinero, sino también todas las *res hereditariae*.³¹⁶ La importancia del presente texto para nuestra finalidad actual consiste en el hecho de que el formulario típico de la *stipulatio* sancionaba únicamente el *dolus malus* del vendedor para impedir la adquisición por parte suya de algo *ex hereditate*, de modo de no transmitirlo después al comprador. Esto ocasionaba probablemente, según los más recientes tentativos de reconstrucción de tal formulario,³¹⁷ su condena al *quanti ea res erit*.³¹⁸

Otro texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.5, haciendo referencia a la misma obligación del vendedor, en la primera parte indica una vez más como causa de responsabilidad su actuación dolosa con la finalidad de excluir algo del *pervenire* y por lo tanto de la transmisión al comprador; después expresa de forma ejemplificativa algunas situaciones que corresponderían a tal actuación, introduciéndose en la parte final del texto el criterio de la *culpa lata*. Al respecto se dice:

Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est: fecisse autem dolo malo quo minus perveniat videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur vel ne possessionem adipisceretur quam posset adipisci. sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur: deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur.

Si con dolo malo el vendedor o su heredero (indicados en el párrafo precedente) actuaron de modo que algo no llegara a ellos mismos, también de esto son responsables frente al comprador. Resulta que haya actuado con dolo malo para impedir la adquisición, o si ha enajenado alguna cosa, o ha liberado a un deudor mediante *acceptilatio*, o ha impedido dolosamente que se adquiriera algo de la herencia o que se tomara la pose-

sión de una cosa que podía obtenerse. Empero si hubiera hecho algo no con dolo malo sino con *culpa lata*, también en tal caso será obligado. Por el contrario, no se responderá de las pérdidas y disminuciones que se hayan verificado sin dolo malo del vendedor.

Bajo el perfil que en este momento tratamos, el presente texto manifiesta dos aspectos que merecen de ser profundizados:

a) es confirmada la responsabilidad del vendedor en el caso de que actúe dolosamente para no adquirir algo de la herencia que después tiene que ser transmitido al comprador. El jurista trata más ampliamente este argumento respecto a D.45.1.50.1, mostrando ejemplos de actuaciones dolosas y fijando los límites de dicha responsabilidad. Con referencia a los primeros, son indicadas cuatro situaciones: 1) enajenación de algo (*sive alienavit aliquid*); 2) remisión de una deuda (*vel etiam accepto quem liberavit*); 3) actitud dolosa con la finalidad de impedir adquisiciones de la herencia (*id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur*) o 4) de impedir haber tomado la posesión de cosas hereditarias que podía obtenerse (*ne possessionem adipisceretur quam posset adipisci*). Veamos a continuación cada una de tales situaciones.

En lo referente a la situación 1) el texto de Ulpiano tiene un sentido general, pudiéndose sobentender la venta de *res hereditariae* ya incluidas en la herencia en el momento de la celebración del contrato así como la venta de una de estas cosas llegada al vendedor en un tiempo sucesivo, puesto que, como hemos visto anteriormente (cap. 4 § 1), él continúa siendo heredero. Las fuentes jurídicas de las que disponemos siempre consideran este segundo caso, que parecería el más probable en la práctica. Tal constatación se aprecia en Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, cuyo razonamiento comienza propiamente del análisis de dicha hipótesis (*venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit*)³¹⁹ y en la constitución del año 230 d.C. de Alejandro Severo recogida en C.4.39.6, que afirma la persistencia de la propiedad de las cosas hereditarias por parte del vendedor

ante traditionem en relación a un caso de este tipo (*qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit*).³²⁰ Es relevante que en ambos textos no se pone en duda la validez de la venta sucesiva a un tercero de un objeto perteneciente a la herencia, sino se sanciona, como veremos a continuación, la responsabilidad del comprador en el *id quod interest*, debido a que su actuación es una violación a la buena fe contractual. Tales conceptos se expresan claramente en el texto de C.4.39.6: en la primera parte, apenas mencionada, se resalta el hecho de que, no transmitiéndose con la venta la propiedad de los bienes correspondientes a la herencia sin el acto translativo de la *traditio*, es plenamente válida la segunda venta que realizó el heredero donde transmitió a otros el dominio de las cosas hereditarias; en la segunda parte se afirma de todos modos su responsabilidad por motivo de la infracción de la *fides contractus*: *sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus, quanti tua interest praestare cogitur* (pero, puesto que quebrantó la buena fe del contrato, convenido por la acción de compra, está constreñido a prestar cuanto es tu interés).

La enunciación de Ulpiano no se opone a todas las enajenaciones de una cosa hereditaria, sino a las que constituyen una violación dolosa de su obligación de transferir todo lo que hubiese adquirido *hereditario nomine*, asumida en ocasión de la *venditio hereditatis* por medio de *stipulatio* o por el propio contrato consensual. En efecto, si una vez concluido tal negocio, el vendedor enajenase sin dolo una cosa (por no saber que la cosa perteneciese al haber hereditario), podría pensarse que valiese el principio recordado en la parte central del mismo fragmento de Paulo D.18.4.21, en base al cual él actuaría como si fuese un representante del comprador (*sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis*), suponiéndose un acuerdo tácito con éste (*tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam*). En dicha hipótesis el vendedor se encontraría obligado a transmitir el precio conseguido.³²¹

También con referencia a la situación 2), las palabras del jurista *accepto quem liberavit* deben ser interpretadas extensamente, indicando la liberación de un deudor mediante una *acceptilatio* empleada como medio de remisión de una deuda. Como es notorio, en la época clásica ésta era quizá la función más importante y difundida de tal negocio, aplicándose a todas las obligaciones y no solamente a las *verbis*.³²² La validez del acto de liberación del deudor no se pone en duda, encontrándose el vendedor facultado a realizarlo en todo momento por tener el carácter de heredero a pesar de haber realizado la venta; no obstante, es fuente de responsabilidad su actuación dolosa, en el momento que sea finalizada a ocasionar una disminución patrimonial de la herencia vendida en fraude del comprador. Si bien no obtendría un beneficio económico directo, tal acto ocasionaría de todos modos beneficio al deudor.

La situación sub 3) incluye otras actitudes dolosas para que el comprador no adquiriera algo de la herencia (*id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur*). De tal caso podríamos pensar en la manumisión de un esclavo hereditario, como se manifiesta en C.7.10.3. gémina de C.4.39.6. (*Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et ideo manumittendo libertatem servo hereditario praestitit*), o bien la ocultación fraudulenta de determinado objeto perteneciente a la herencia o a la negación de su existencia. Otros casos podrían ser la pérdida dolosa (o culposa como resultaría de la interpretación *a contrario sensu* del texto de Pomponio D.18.4.3, que veremos dentro de breve en el punto b), del dinero hereditario con la finalidad de que el comprador no lo adquiriese, o bien la falta misma de adquisición de la totalidad de la herencia, como sucedería en el caso expresado por Gayo D.18.4.12., en que el vendedor, sabiendo de que la *hereditas* no le pertenecía, la hubiese vendido igualmente.³²³

La última situación sub 4) considera la falta de adquisición de la posesión de una *res hereditaria* que podía obtenerse. Este podría ser el caso de que, estando determinados bienes de la herencia en manos de terceras personas, el heredero no ejercitara dolosamente la *reivindicatio* de tales para impedir su sucesiva transmisión al comprador, como se argumentaría a

contrario sensu de la hipótesis de donde se empieza el análisis de Paulo en D.18.4.21 (*venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus ...*).³²⁴ O bien el vendedor descuida voluntariamente el ejercicio de esta acción, con la finalidad de que el tercero poseedor pudiese usucapir la cosa hereditaria o de que no se enterase el comprador de la existencia de la misma. También podría ser el caso en que el vendedor no permite a éste último de ejercitar la *actio in rem* para la recuperación de la cosa violando su obligación de *pati actiones hereditarias exequi cognitorio aut procuratorio nomine*.³²⁵

Al final del párrafo Ulpiano precisa que de las pérdidas y disminuciones de la herencia no ocasionadas por el dolo del vendedor no deben considerarse como exclusiones de algo del *pervenire* y por lo tanto no constituyen incumplimiento de su obligación de entregárselas al comprador.³²⁶

La explicación del principio contenido en este fragmento se relaciona con el afirmado en D.18.4.14.1, según el cual el heredero no es responsable de la cuantía de la herencia vendida (*quanta autem hereditas est, nihil interest*), cesando su irresponsabilidad no sólo en el caso de que la haya explícitamente declarado, como se expresa en D.18.4.15 (*nisi de substantia eius adfirmaverit*),³²⁷ sino también por la falta de adquisiciones y las pérdidas patrimoniales que a causa de su actuación dolosa (o gravemente culposa) no pudieron incluirse en el *pervenire* y por lo tanto en la transmisión al comprador.

b) Resulta interesante observar que, aunque todo el texto de Ulpiano gire alrededor del concepto de dolo, se haga referencia en un inciso final también a la *culpa lata: sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur*. En la redacción actual por lo tanto se equipara a la responsabilidad por dolo del vendedor la referente a la culpa grave; no sólo todas las actuaciones dolosas apenas examinadas, sino también las gravemente culposas que hubiesen impedido la adquisición de algo a la herencia vendida, de modo de que no se realice la transmisión al comprador ocasionarían la necesidad de indemnizarlo.

La referencia de la *culpa lata* fue controvertida por la crítica interpolacionista,³²⁸ basándose sobre los siguientes argumen-

tos: a) el nacimiento de tal criterio sólo en la época postclásica; b) la roptura del esquema del texto, en donde se afirma únicamente la responsabilidad por dolo; c) la contradicción con la frase inmediatamente sucesiva que excluye la indemnización sin dolo: *deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur*. En nuestro caso así como en muchos otros del Digesto³²⁹ los compiladores habrían asimilado la *culpa lata* al dolo en lo que respecta a consecuencias prácticas, no siendo fácil distinguir ambas figuras y resultando más sencilla la demostración de un acto derivante de *culpa lata* respecto a uno doloso.³³⁰

Por el contrario, como es notorio, los estudiosos más recientes³³¹ son de la idea que la equiparación entre el dolo y la *culpa lata* ya fuera admitida durante la época clásica, a partir de los proculeyanos, en todos los casos donde existía la dificultad práctica de interpretar un comportamiento del deudor que por su gravedad se suponía que fuese doloso, mientras que éste afirmaba de ser culposo. Por lo tanto se considera inaceptable la postura preconcebida, en base a la cual debe atribuirse a la obra de los postclásicos o compiladores de Justiniano todas las menciones de *culpa lata*, debiéndose valorar en los casos específicos la fundamentación de eventuales interpolaciones.

En nuestro texto no puede pasar desapercibido, como relevan los interpolacionistas, que la frase *sed et si lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur* en realidad parece encajada a la fuerza en un contexto en donde el único criterio analizado es el dolo. Sin embargo, la hipótesis que se trataría de una interpolación sustancial parecería negada por el hecho de que el concepto de *culpa lata* es conocido y empleado por parte de Ulpiano en varios textos,³³² no existiendo por lo tanto motivos suficientes para desconocer la genuinidad de su postura en el presente contexto. Mayormente convincente resultaría la opinión de que los compiladores hubiesen realizado un resumen del pensamiento de Ulpiano, insertándolo en este punto; en su comentario probablemente podía haber desarrollado en primer lugar lo que Sabino afirmaba en lo referente a la responsabilidad del vendedor limitándose al doloso impedimento de la adquisición de algo de la herencia; y sucesivamente podía haber

tratado la extensión de dicha responsabilidad a los casos de *culpa lata*, argumentando su fundamento. Los compiladores justinianos habrían resumido esta argumentación incluyéndola en la parte relativa al dolo para poner mayormente en luz la equiparación de los dos criterios.³³³

2) Pérdida de dinero hereditario y de cosas hereditarias singulares.

La obligación del vendedor de transmitir al comprador los bienes hereditarios actuales y los que le hubiesen llegado de la herencia vendida naturalmente incluye también la *pecunia exigida* de los deudores. Con referencia a tal caso un notorio texto de Pomponio, *libro vicensimo septimo ad Sabinum* D.18.4.3. señala:

Si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset, non placet eum emptori teneri.

El jurista afirma que, si el vendedor de la herencia hubiese perdido sin dolo malo y culpa el dinero cobrado, se había establecido que él no estaba obligado al comprador.³³⁴ El empleo de la palabra *placet* indica que la cuestión había sido discutida en la jurisprudencia, y probablemente por el mismo Sabino, cuya obra comentaba Pomponio, y que al final había prevalecido la opinión de que la pérdida involuntaria del dinero hereditario cobrado no debería ser a cargo del vendedor, confirmándose el principio *periculum est emptoris*. De la interpretación contraria del presente texto por lo tanto resulta que, si los créditos pagados por los deudores hereditarios se hubiesen perdido por dolo o culpa del *venditor hereditatis*, de tal pérdida él era responsable frente al comprador.

La mención de *culpa* en el presente texto durante largo tiempo fue considerada como una interpolación,³³⁵ puesto que en un origen Sabino y Pomponio habrían limitado la responsabilidad del vendedor de la herencia a la sola pérdida ocasionada por su dolo. Los bizantinos en vez habrían incluido la *culpa sic et simpliciter*, creando también una contradicción con el texto de Ulpiano en D.18.4.2.5, en donde se admite como solo criterio además del dolo el de la *culpa lata*. No obstante, resul-

taría difícil aceptar la fundamentación de esta argumentación. De un lado, en el tiempo en que Pomponio escribía, como se sabe, la jurisprudencia ya admitía la responsabilidad del vendedor basada también sobre su actitud culposa, y no solamente sobre su dolo.³³⁶ Por el otro lado, no existe la afirmada contradicción, por la que en D.18.4.2.5. los compiladores habrían hecho referencia a la *culpa lata* y en D.18.4.3. únicamente a la sola culpa. A pesar del hecho de que Sabino, Pomponio y Ulpiano podrían manifestar opiniones diferentes sobre este punto, los dos textos tratan cuestiones diversas, en los que era posible que valiesen criterios diversos. En efecto en D.18.4.2.5 se examina la actitud del vendedor que tiene como finalidad el obstaculizar que se incluyese algo en el *pervenire* en la sucesiva transmisión al comprador, mientras que en D.18.4.3. se considera la diversa hipótesis que el dinero ya era incluido en el *pervenire*, no pudiendo el vendedor transmitirlo a causa de su pérdida.

Otra mención del criterio de la *culpa venditoris*, que podría relacionarse a la pérdida de una cosa de la herencia vendida, se manifiesta en la parte final del largo fragmento de Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, en donde al respecto se dice lo siguiente:

...nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio.

El texto comenta que, si el vendedor sin culpa ha cesado de detentar la cosa vendida, deberá ceder al comprador sus acciones para recuperarla, no la cosa, y de este modo también la estimación; en caso en que la cosa que se debe entregar es un edificio que se incendia, la obligación se cumple mediante la entrega del terreno. La pérdida sin culpa de la cosa vendida a que se refiere el jurista en este punto, se verifica una vez celebrada la venta de la misma.³³⁷ Del contexto del entero fragmento se muestra que los principios manifestados en dicha parte pueden aplicarse también al caso en que el vendedor de la herencia, una vez celebrada la *venditio hereditatis*, obtuvie-

se una *res hereditaria* singular que tenía que ser transmitida al comprador y que hubiese perecido.³³⁸ En tal caso,³³⁹ resultaría que Paulo, ante la pérdida sin culpa del vendedor, afirma que el mismo deberá ceder al comprador las acciones que tuviera contra el tercero para obtener la cosa; o bien, prestar su estimación. Las palabras *et sic aestimationem quoque* podrían entenderse de dos modos: el primero consistente en que, si el vendedor una vez ejercitada la acción para recuperar la cosa, hubiese vencido el juicio, deberá otorgar al comprador el valor de la misma que en la *litis aestimatio* se estableciese; en un segundo modo podría entenderse también que en caso de que la pérdida se debiese a un tercero, la *aestimatio* del valor de la cosa que hubiese dado al vendedor deberá otorgarla al comprador. De una u otra interpretación se producirían los mismos efectos prácticos.

Podemos destacar para nuestros fines la indicación también por parte de Paulo de la *culpa* como criterio de responsabilidad del vendedor de la herencia, aplicándose las soluciones anteriores en caso de ausencia de tal. Por lo tanto, con referencia a la pérdida de posesión no culposa (y *a fortiori* no dolosa) de la cosa bastaba al vendedor para evitar su responsabilidad la cesión de las acciones al comprador de la herencia, atenuándose el principio *periculum est emptoris* mediante el riesgo del éxito positivo del proceso (*commodum repraesentationis*),³⁴⁰ y en caso de haber recibido la *aestimatio* la entrega de tal. La solución es conforme a la específica obligación del vendedor de la herencia de *actiones praestare* al comprador para la recuperación de las cosas hereditarias poseídas por terceros, como se aprecia de las palabras gayanas en Ins. 2.252 y de Ulpiano en D.18.4.2.3.³⁴¹ Si la cosa había perecido, la falta de culpa tenía como consecuencia que el vendedor de la herencia no era responsable en caso de que pagase su *aestimatio*, no pudiéndose configurar en la *venditio hereditatis* una responsabilidad por custodia como efecto natural del negocio, sino como elemento accidental.³⁴²

La razón de la imposibilidad de determinar una responsabilidad por custodia del *venditor hereditatis*, salvo probablemente acuerdo expreso de las partes sobre las *res corporales*, se

deriva del hecho de que el vendedor se encuentra obligado a entregar la *hereditas* entendida como *nomen iuris*³⁴³ garantizando su posición de *heres*, sin responder de su monto ni de la evicción o de la calidad de las cosas de las que se encuentra comprendida.³⁴⁴

Puede referirse también a nuestra materia la situación indicada en la frase conclusiva del fragmento *nam et aream tradere debet exusto aedificio* (en efecto debe entregar el area una vez incendiado el edificio), que reafirma el principio que el riesgo lo soporta el comprador (*periculum est emptoris*) en caso de disminución del valor de la cosa vendida por causa no imputable al vendedor. Si el edificio incendiado formaba parte de la herencia vendida, el vendedor cumpliría su obligación entregando el solar donde se encontraba. Así también si la herencia estuviese constituida de barricas de vino, al transformarse en vinagre, el vendedor estaría obligado a entregar el vinagre.

B) *Dolus in contrahendo* respecto a la pertenencia de la herencia vendida.

En la cadena de textos que tratan de venta de la *spes hereditatis* (D.18.4.10-13)³⁴⁵ está incluido también el breve fragmento de Gayo, libro decimo ad edictum provinciale D.18.4.12, que dice:

Hoc autem sic intellegendum est, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur.

Si el vendedor vende en forma aleatoria una herencia sabiendo ya que no le pertenecerá, será obligado por su dolo. La expresión inicial *hoc autem sic intelligendum est* (ésto pero se debe entender así) pone la duda si tal principio se refiere solamente al fragmento anterior de Ulpiano en D.18.4.11. o también al de Javoleno en D.18.4.10, puesto que, como se ha visto anteriormente, los dos textos expresan un doble modo con que se podía realizar la venta de una *spes hereditatis*. La posición que D.18.4.12. ocupa en la cadena y las palabras con que se empieza harían pensar como más probable la primera hipótesis, admitiéndose la eficacia de la venta aleatoria con la fórmula *si qua sit hereditas, est tibi empti* cuando el vendedor no

actue con dolo. No obstante, desde el punto de vista conceptual, no hay razones para excluir su referencia a la venta indicada por Javoleno (y sustancialmente seguido por Paulo en D.18.4.13) con la cláusula *si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri*, valiendo también en este caso la responsabilidad del vendedor que hubiese actuado dolosamente. En base a esta interpretación, el texto de Gayo serviría para afirmar el criterio de dolo como fuente de responsabilidad del vendedor en todos los casos de venta de *spes hereditatis*.

C) El dolo en relación a una condena judicial por la que podía pedirse la indemnización al comprador.

En D.18.4.2.7. del mismo Ulpiano se discute la cuestión si también el *lucrum* conseguido ocasionalmente de la herencia por parte del vendedor debe formar objeto de transmisión al comprador.³⁴⁶ Juliano, cuya opinión Ulpiano comparte en su totalidad, la solucionaba en sentido negativo y concluía que, en caso de que el vendedor hubiese prestado algo en cuanto condenado, tenía derecho a ser indemnizado por el comprador, con tal que su condena no dependiese de su dolo malo (*si autem condemnatus praestiterit, hoc solum heredi sufficit esse eum condemnatum sine dolo malo suo*). La ausencia de una actitud dolosa debía sobre todo manifestarse cuando el vendedor era condenado hacia un tercero diverso de un acreedor hereditario (*etiamsi maxime creditor non fuerit is cui condemnatus est heres*). Tal parte del texto ocasiona dudas en cuanto a su interpretación, porque a simple vista parecería extraño que el vendedor fuese condenado a pagar a un tercero no teniendo el carácter de acreedor; probablemente se hace referencia a una condena injusta en donde el actor no siendo verdadero acreedor obtuviese una sentencia favorable, o bien, que un tercero ejercitase una acción real sobre alguna cosa de la *hereditas*. En uno u otro caso debe quedar claro que el vendedor no deberá demandar al comprador la cantidad de la que hubiera sido condenado siempre y cuando no hubiese actuado dolosamente. Así también es confirmado y precisado el principio de Gayo en Inst. 2.252 que atribuía dicha indemnización a las *dationes* en buena fe (*ut quidquid hereditario nomine con-*

demnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset).³⁴⁷ Lo que es importante considerar en este momento es que la expresión *esse condemnatum sine dolo malo suo* puede referirse a una pluralidad de actitudes dolosas del vendedor, incluidas aquellas efectuadas con la finalidad de realizar una voluntaria disminución patrimonial de la herencia vendida, relacionándose con el contenido de D.18.4.2.5 analizado en el punto A1). Por el otro lado, se sancionan los acuerdos fraudulentos con el tercero (*v.g.* para excluir algo de la herencia que debe ser transmitida o para compartirse el dinero reembolsado por el comprador).

D) Resarcimiento de los daños.

1. En caso de venta de una herencia no existente o no correspondiente al vendedor, como vimos anteriormente (cap.2 §I), son diversamente expresadas las consecuencias jurídicas derivantes de su responsabilidad en la cadena de textos D.18.4.7-9. Considerándose la venta como inexistente, Paulo en D.18.4.7. otorgaba la *condictio* del precio, pareciendo ver en su restitución un resarcimiento suficiente al comprador. Diferente era la opinión de Javoleno en D.18.4.8, que, presuponiendo la existencia del contrato, tomaba en consideración para la indemnización el valor de la herencia, si existiese una pero que no le perteneciera al vendedor (*si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur*), o, faltando la misma, el precio pagado, los gastos (*si nulla est, de qua actum videatur, pretium...et si quid in eam rem impensum est*) y, según otro texto de Paulo en D.18.4.9, también el *id quod interest*.

2. La responsabilidad del vendedor naciente de la violación de su obligación de garantizar al comprador la calidad de heredero, como manifiesta Paulo en D.18.4.16, implica la necesidad de resarcirlo en el *quanti interest* (*si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex s.c. Trebelliano restituta esset...quanti emptoris intersit teneberis*).³⁴⁸

3. Las mismas consecuencias del resarcimiento en el *quanti tua interest* se encuentran también en la constitución de Alejandro Severo del 230 d.C. en C.4.39.6, que como dijimos en el punto A), las relaciona con la actitud dolosa del vendedor que

vendió las cosas hereditarias en una segunda ocasión a otro comprador.

4. En el texto de Ulpiano, *libro quadragesimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.6. como hemos visto en el capítulo correspondiente a la confusión hereditaria (cap.6 § III), el vendedor es responsable con el comprador por las deudas que hubiese tenido el hijo o el esclavo suyo con el *de cuius* hasta el monto del peculio.

III. LAS FUENTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPTOR HEREDITATIS Y SUS EFECTOS

La responsabilidad del comprador de la herencia, que se expresa en los textos jurídicos, se limita a las actitudes dolosas que se manifiestan en engaños que comportan la fijación de un precio inferior al valor real de la herencia (*dolus in contrahendo*).³⁴⁹

El principio general aplicable a todos estos casos es expresado por Ulpiano, *libro undecimo ad edictum* D.4.3.9, en donde el empleo de la acción contractual excluye el recurso de la *actio de dolo* para la represión de tales actitudes:

Si quis adfirmavit minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat.

Si alguien fraudulentamente haya afirmado que el valor de una herencia es mínimo con la finalidad de adquirirla del heredero, se ejercita contra él la *actio ex vendito*, no siendo necesaria la *de dolo*. Como es evidente, es la afirmación del comprador sobre el valor ínfimo de la herencia que concretiza su dolo y que prácticamente puede explicarse en una pluralidad de actitudes, todas tendientes a obtener una reducción fraudulenta del precio. Es destacable relevar la posibilidad de su dolo, puesto que le es atribuída la valoración de la herencia vendida, no conociéndola el *heres* vendedor. Probablemente la situación a la que Ulpiano se refiere es la de un mandato que tiene tal objeto, como puede derivarse de otro texto originariamente contenido en el *liber undecimus ad edictum* y actualmente recogido en D.17.1.42,³⁵⁰ cuyo inicio dice:

Si mandavero tibi, ut excuterer vires hereditatis, et tu, quasi minor sit, eam a me emeris et mandati mihi teneberis.

La situación a la que el fragmento se refiere es la siguiente: si te doy mandato de investigar la consistencia del patrimonio hereditario (*ut excuterer vires hereditatis*) y tu me lo compras como si fuese de un valor menor, serás responsable hacia mí también con la acción de mandato. En el presente caso se intersectan dos diversas relaciones obligatorias: mandato y compraventa de herencia. El heredero realiza un contrato de mandato con un tercero, en base al cual éste es encargado de valuar las *vires hereditatis*. El mandatario ejercita su encargo haciendo creer al heredero mandante que la herencia tuviese un valor más bajo del real y le propone su adquisición. Una vez celebrada la *venditio hereditatis*, el heredero se entera de su valor efectivo; en tal caso, puede elegir si ejercitar contra el mandatario-comprador la *actio mandati* derivante del contrato respectivo o bien la *actio venditi* en base a la compraventa de herencia.

Otros dos fragmentos nos permiten conocer algunas informaciones sobre las consecuencias jurídicas del dolo del comprador que hubiese afectado el precio de la herencia vendida.

El primero pertenece aún a Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.19.1.13.5, que refiere una opinión de Juliano, diciendo:

Per contrarium quoque idem Iulianus scribit, cum Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia Bellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur persuasit: an venditi iudicio teneri possit? et ait Iulianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent.

Los dos juristas consideran la siguiente hipótesis: habiendo muerto Terencio Victor y dejando como heredero a su herma-

no, un tal Bético sustrae de la herencia ciertas cosas, accesorios y esclavos; una vez sustraídos tales objetos, le es fácil persuadir al heredero del poco valor de la herencia a fin de que se la vendiese. ¿Podrá acaso considerarse obligado Bético por la acción de venta? La opinión de Juliano es afirmativa, pudiendo ejercitar la acción de venta por cuanto valdría de más la herencia si dichas cosas no hubiesen sido sustraídas.

En primer lugar, en tal caso podemos observar que en la época de Juliano probablemente formaba todavía objeto de duda si una actitud dolosa del adquirente que hubiese llevado a la fijación de un precio de la herencia vendida más bajo de su efectivo valor pudiese reprimirse con la *actio venditi* en lugar de la *actio de dolo*. Tal duda resultaría superada por este jurista, abriendo definitivamente el camino a la completa afirmación del principio que hemos apreciado en D.4.3.9.

El dolo del comprador que se realiza mediante la sustracción y/o ocultación de cosas hereditarias con la finalidad de disminuir el valor de la herencia, no repercute en la propia validez del contrato, sino en el ámbito de la responsabilidad del comprador. En efecto el fragmento precisa que, como consecuencia de su dolo, él se encuentra obligado a añadir al precio pagado por la herencia una suma correspondiente al efectivo valor de la misma que incluyese el valor de las cosas sustraídas (...*in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent*).

El segundo texto es la constitución de C.4.39.4. (Alejandro Severo, año 223 d.C.), anteriormente analizada (cap. 1 § V), en donde se examina el caso de un comprador que obtiene la herencia a un precio muy bajo, haciendo creer al vendedor, no cierto todavía de la cuantía, que ésta fuese módica (*Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit*). En tal caso el vendedor no es obligado a entregar las cosas que corresponden a la herencia, así como tampoco otorgarle al comprador las acciones para que pudiese cobrar los créditos a los deudores hereditarios, o la recuperación de las cosas que estuvieren en manos de terceros (*bonae fidei iudicio conveniri, ut res tradat vel actiones mandet, non compellitur*). Por lo tanto se deja sin efectos

el contrato respectivo, como se deriva de la frase final *suo quoque iure eorum persecutionem habet*, que legitima al vendedor al ejercicio de las acciones hereditarias en base a su propio derecho. Aunque en tal constitución no se diga si el precio hubiese sido pagado o no, la hipótesis afirmativa parece la más probable, no pudiéndose en caso diverso imaginarse porque el comprador hubiese llamado en juicio al vendedor; en tal caso podría pensarse que el precio pagado desempeñase un papel en el resarcimiento del daño. La diversidad de efectos entre el texto D.19.1.13.5. y la constitución C.4.39.4. en cuanto a la validez del contrato es ocasionada por el momento en que se descubre el acto doloso; en el primer caso la venta ha sido efectuada cumpliéndose las obligaciones por las partes, por lo que en base al principio de conservación del contrato permanece válido modificándose únicamente el precio al efectivo valor de la herencia. En el segundo caso el engaño es descubierto antes de la entrega de las cosas, situación que otorga al vendedor frente al ejercicio de la *actio empti* la posibilidad de no cumplir con la obligación correspondiente dejando sin efectos el contrato.

IV. LÍNEAS DE RECONSTRUCCIÓN

Resumiendo el cuadro derivado de las fuentes analizadas en los párrafos precedentes aparecen claros los puntos siguientes:

1. Con referencia a los criterios de determinación de la responsabilidad del vendedor, hemos observado:

a) en Ulpiano D.18.4.2.5. el dolo y la culpa grave que impiden la adquisición de algo de la herencia vendida de modo de no transmitirlo al comprador;

b) en Pomponio D.18.4.3. y Paulo D.18.4.21. *in fine* el dolo y la culpa por la pérdida del dinero hereditario o de *res hereditariae* singulares;

c) en Juliano y Ulpiano D.18.4.2.7. el dolo respecto a las condenas sufridas *hereditario nomine*, cuyo reembolso puede pedirse al comprador.

2. Con referencia a los acuerdos para la conclusión del contrato, se manifiesta el *dolus in contrahendo*:

a) en Gayo D.18.4.12, en donde el vendedor enajena una *spes hereditatis* ya sabiendo que no le pertenecerá la herencia;

b) en Juliano mencionado por Ulpiano D.19.1.13.5, Ulpiano D.4.3.9. y D.17.1.42. y la constitución de Alejandro Severo C.4.39.4. respecto a la actitud del comprador para obtener la fijación de un precio más bajo.

Como podemos observar, tal cuadro resulta fragmentario y limitado para fundamentar un discurso general en lo que respecta al fenómeno de la responsabilidad de las partes en la *venditio hereditatis*, respondiendo de tal manera a las cuestiones expresadas en el §I. Sin embargo, tal exposición sería suficiente para individualizar algunas líneas de tendencia general que si bien de forma incompleta, podrían ayudar a reconstruir el desarrollo histórico de tal fenómeno.

I. Valorando globalmente las fuentes recordadas en el punto 1, puede afirmarse con bastante seguridad que al final de la época clásica valiesen como criterios de determinación de la responsabilidad del vendedor de la herencia el dolo y la culpa, en su graduación de *lata* y *laevis*, conformemente a lo que se observa en la evolución histórica del contrato de *emptio venditio*. Más difícil sería individualizar las etapas singulares de dicha evolución y su eventual validez para todas las obligaciones del *venditor hereditatis*.

Fundamentándonos sobre el incumplimiento de la obligación de transmitir al comprador todo lo que está incluido en el *pervenire* ocasionado por la falta de adquisiciones *hereditario nomine* o bien por la pérdida de dinero o de cosas hereditarias singulares, pueden constatarse que la situación originaria probablemente expresada en el formulario de la *stipulatio emptae hereditatis*, hacía únicamente referencia a la actitud dolosa del vendedor. Es incierto si a tal criterio los *libri iuris civilis* de Sabino añadiesen el de la *culpa* ya como criterio general, puesto que mientras parecería valer en el referente a la pérdida del dinero hereditario cobrado a los deudores heredita-

rios, como se deduciría del comentario de Pomponio en D.18.4.3, resultaría excluido respecto al impedimento de adquisiciones a la herencia, según la interpretación más probable de Ulpiano en D.18.4.2.5. La solución más prudente y respetuosa de los datos de las fuentes nos inclinan a una respuesta negativa, pensándose que en este último caso la introducción de la *culpa lata* y su equiparación al dolo haya sido aceptada o realizada por los juristas sucesivos. En favor de dicha hipótesis se expresa la circunstancia que este criterio fue elaborado inicialmente por los Proculeyanos y con dificultad en la misma escuela, empezando a ser aceptado por la jurisprudencia sólo desde Juvencio Celso (inicio del II siglo d.C.).³⁵¹ Además esta progresiva extensión de la *culpa* a las varias actitudes del vendedor para determinar su responsabilidad resulta conforme al modo de proceder típico de los juristas clásicos, basado como se sabe, sobre cada caso específico en lugar de conceptualizaciones generales. Por lo tanto, con suficiente seguridad podría suponerse que sólo durante el II siglo d.C. que llegó a madurarse, respecto al incumplimiento de la obligación aquí examinada, el régimen de los criterios de responsabilidad del *venditor hereditatis* que aparece fijado en el término de la edad clásica.

Fuera del caso que acabamos de exponer, en lo referente al incumplimiento de las otras obligaciones del vendedor (transmisión de la herencia, permiso de ejercitar las acciones hereditarias, garantía de la calidad de heredero, etc.), no disponemos de informaciones, pero la confrontación con el régimen general de la *emptio venditio* haría pensar que se haya realizado un desarrollo histórico igual o análogo. No contrasta con dicha hipótesis lo que dicen Juliano y Ulpiano en D.18.4.2.7, al considerar únicamente la actitud dolosa del vendedor en las condenas judiciales, puesto que se trata de una situación diferente. En efecto en tal caso la ausencia del dolo del vendedor no concierne la inejecución de su obligación, sino una condena *hereditario nomine* en base a la cual él podría hacer valer su derecho al reembolso, configurándose por lo tanto como un presupuesto necesario de tal derecho en el ámbito más general de la obligación de cada vendedor de *purgari dolo malo* (D.19.4.1.pr.). Sin embargo, no puede excluirse que el cuadro

de los criterios de determinación de la responsabilidad represente el resultado final de una evolución histórica, que no se haya realizado contemporáneamente para todas las obligaciones y tampoco podría excluirse que para ciertas actitudes del vendedor tuviese relevancia, durante un tiempo más o menos largo únicamente el dolo.

Bajo el perfil que hemos examinado en este momento, el desarrollo histórico no sería muy diferente en relación a las ventas de herencia celebradas mediante las solas *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, puesto que no obstante la ausencia de datos específicos al respecto, en el contrato de *stipulatio* durante toda la época clásica se manifiesta la existencia de los criterios de dolo y culpa para valuar la responsabilidad del *promissor*.³⁵²

Con referencia al otro criterio de determinación de la responsabilidad del vendedor elaborado por los juristas clásicos, el *custodiam praestare*, no queda que reafirmar lo que hemos dicho comentando el texto de Paulo D.18.4.21. (§II *sub B*) sobre la imposibilidad de configurarlo respecto al vendedor de la herencia, salvo posible eventual acuerdo de las partes en relación a una o más *res hereditariae*.

II. El *dolus in contrahendo* es documentado suficientemente en la *venditio hereditatis* por parte del vendedor como del comprador. De los textos observados resulta que su existencia no produce la invalidez del negocio, sino la obligación del resarcimiento de los daños a la otra parte en diferente medida, como veremos en el próximo punto para el vendedor y el comprador (D.19.1.13.5. y C.4.39.6). No obstante, es cierto que para fines prácticos podría considerarse ineficaz el contrato en el caso planteado por C.4.39.4. al descubrirse el dolo antes del cumplimiento de las obligaciones.³⁵³

III. En lo que respecta a la determinación del resarcimiento de los daños, las fuentes indican varias soluciones en caso de que la venta de herencia se hubiese realizado mediante el contrato consensual. El principio general es la obligación de indemnizar el *id quod emptoris (o venditoris) interest* relacionado al carácter de buena fe de las acciones contractuales.³⁵⁴ No resulta establecido de modo uniforme cuál interés es considerado

en tal concepto, confirmándose su elasticidad y la imposibilidad de fijar como criterios siempre válidos el del interés positivo o el del interés negativo. En D.18.4.8. se incluye la restitución del precio y los gastos, haciendo pensar que el interés mencionado en el sucesivo D.18.4.9. se refiera al negativo, si bien su brevedad pueda admitir otras interpretaciones. Aún en D.18.4.8. se presenta el criterio puramente objetivo de la *aestimatio* de la *hereditas* con la que el vendedor indemniza al comprador cuando haya vendido una herencia que no le pertenecía. En D.19.1.13.5. también se realiza el resarcimiento en favor del vendedor a través de la *actio venditi* en base al criterio objetivo del mayor valor de la herencia que incluyese las cosas sustraídas. En D.18.4.16. y C.4.39.6. por el contrario faltan referencias al modo de calcular los daños, dejándose al *iudex* la determinación en los casos específicos del *interesse* del comprador.³⁵⁷

Cuando la venta de herencia se realizaba solamente mediante *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, si bien no disponemos de informaciones explícitas al respecto, es bastante segura la hipótesis que los daños que tienen que ser indemnizados son fijados en el *quanti ea res est*.³⁵⁸

hubiese desarrollado una cantidad considerable de opiniones jurisprudenciales. Es cierto que la materia, al desenvolverse en el campo contractual y tocar a la vez aspectos de derecho sucesorio, ocasiona un grado de dificultad especial, que por sí sola podría ser razón suficiente para un análisis detallado de la jurisprudencia clásica. No obstante, la gran cantidad de problemas concretos planteados implica que la venta de herencia era un negocio común en la vida social romana y que resolvía problemas que se daban en la práctica. Fundamentándonos sobre lo que encontramos en los fragmentos de los juristas examinados y también sobre algunos textos literarios, intentaremos en este momento de indicar utilidades prácticas a las que podía ser finalizada tal tipo de compraventa.

1. Interesantes testimonios con referencia a la mitad del I siglo a.C. pueden deducirse de las cartas y discursos de Cicerón, en donde se hace mención de algunos posibles empleos de tal negocio. En dos cartas enviadas a su esposa Terencia y a Atico, Cicerón manifiesta su intención de vender la herencia de Precio, con la finalidad de obtener rápidamente dinero en efectivo para el preparativo de su posible triunfo. Mayores informaciones sobre las modalidades del negocio se observan en la primera carta que el gran Orador manda de Atenas en el mes de octubre del año 50 a.C.

De hereditate Preciana, quae quidem mihi magno dolori est (valde enim illum amavi), hoc velim cures; si auctio ante meum adventum fiet, ut Pomponius aut, si is minus poterit, Camillus nostrum negotium curet. Nos cum salvi venerimus, reliqua per nos agemus; sin tu iam Roma profecta eris, tamen curabis ut hoc ita fiat.

(*Epistulae ad familiares* 14.5.2).

Cicerón le da indicaciones a su mujer de que, si la venta al asta de la herencia de Precio se realizará antes de su llegada a Roma, encargue a Pomponio y, en caso de su imposibilidad, a Camilo que se ocupen del negocio por su cuenta (*ut ... nostrum negotium curet*). Después de haber regresado sano y salvo, el mismo Cicerón efectuará los incumplimientos sucesivos

CAPÍTULO 8

LA VENTA DE HERENCIA CLASICA: UTILIDADES, DESARROLLO EN EL DERECHO JUSTINIANO Y RELACIONES CON EL SISTEMA ROMANISTICO ACTUAL

In hoc capitulo, postquam examinatum est quibus casibus communiter Romani emptione venditione hereditatis usi essent, speculatio iuridica subsequens de contractu isto breviter consideratur usque ad modernos codices civiles legis vigorem habentes in Europa ac in America Latina. Quaeritur an et quomodo iuris Romani antiqui regulae adiuvare possint modernos iuris prudentes.

SUMARIO: I. Utilidades de la institución en el derecho romano clásico. II. Breves referencias a la compraventa de herencia en el derecho justiniano. III. Interpretación y criterios de aplicación al sistema romanístico actual. III.1. En cuanto al objeto. a) Presupuestos esenciales. b) La compraventa de herencia como negocio per relationem. c) La aleatoriedad del contrato. d) La determinación del monto de la herencia. III.2. En cuanto a la obligación de entrega del vendedor. a) Los recuerdos de familia y sepulcro familiar. b) El derecho de acrecimiento. III.3. En cuanto al título de heredero y sus efectos. III.4. En cuanto a las obligaciones del comprador. III.5. En cuanto a la confusión. III.6. El derecho de prelación. III.7. Cuanto a la forma e interpretación del contrato.

I. UTILIDADES DE LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Una vez que hemos realizado la exégesis de los textos que corresponden a la venta de herencia, nos encontraríamos en la posibilidad de identificar algunas funciones que desempeñó la institución en la realidad jurídica romana, explicándose, al menos parcialmente, la razón por la que sobre tal argumento se

(*reliqua per nos agemus*). Estas indicaciones debían seguirse por su mujer también si ella ya hubiese partido de Roma.

Para nuestras finalidades actuales, es interesante destacar de tal testimonio los siguientes puntos.

Cicerón probablemente había sido nombrado heredero por Precio, como se apreciaría de la expresión referente a su intimidad con el *de cuius* y al dolor por su muerte (*quae quidem mihi magno dolori est, valde ... illum amavi*) y su intención era la de vender dicha herencia mediante una *auctio*. La presente interpretación no cambiaría, sino se confirmaría en caso de referencia de las palabras de dolor a él ocasionado por la decisión de enajenar la herencia de un amigo tan querido. El medio elegido para la celebración del negocio era una venta al asta, donde probablemente intervendría un banquero, como da testimonio el mismo Arpinate en su discurso *Pro A. Caecina* 5.15 y 6.17, que veremos dentro de breve, así también en base a la especulación jurídica que, ya a partir de Labeón, discutía de cuestiones al respecto, como lo demuestra el texto de Ulpiano, libro quinto decimo ad edictum D.5.3.18.pr., anteriormente analizado.³⁵⁹ Finalmente, en caso de que el vendedor se encontrase ausente (Cicerón estaba todavía en Atenas), el vendedor podría realizar un mandato con la finalidad de celebrar el negocio, eventualmente limitado, como parecería en la presente hipótesis, a algunos aspectos; por ejemplo, fijación del día del asta, acuerdo con el banquero de las condiciones de la venta y el porcentaje que correspondería al mismo como retribución a su intermediación.

En la carta que le mandó Cicerón a Atico le ruega de impedir al liberto Filótimo de disponer de cosas de la herencia de Precio (*procura ... Precianam hereditatem ... ille ne attingat*), independientemente que fuese exigüa (*quantulacumque est*), porque necesitaba dinero para preparar su eventual triunfo (*dices nummos mihi opus esse ad apparatus triumphum*), del que, como sabemos, no se llegó a realizar.³⁶⁰

Hanc, quae mehercule mihi magno dolori est (dilexi enim hominem), procura, quantulacumque est, Precianam here-

ditatem prorsus ille (Filótimo) ne attingat. Dices nummos mihi opus esse ad apparatus triumphum.
(*Epistulae ad Atticum* 6.9.2.)

En esta carta Cicerón parecería expresar una vez más su intención de vender la herencia de Precio, que se manifestaría en la necesidad de procurarse dinero para su futuro triunfo. El hecho de que él pida que no se disponga de las cosas de la misma, podría hacer pensar que quisiera venderla en el estado en que se encontraba al momento de la muerte del *de cuius*.

Que el medio normalmente (o bien a menudo) utilizado para la *venditio hereditatis* fuese una venta al asta resulta también de otra carta que escribió Cicerón a Atico y probablemente del discurso *Pro Caecina*.

En la carta a Atico del 45 a.C. Cicerón le narra el siguiente hecho que tiene interés en nuestro argumento:

Brinni libertus, coheres noster, scripsit ad me velle, si mihi placeret, coheredes, se et Sabinum Albium, ad me venire. Id ego plane nolo. Hereditas tanti non est. Et tamen obire auctionis diem facile poterunt (est enim III Idus), si me in Tuscolano postridie Nonas mane convenerit. Quodsi laxius volent proferre diem, poterunt vel biduum vel triduum, vel ut videbitur; nihil enim interest. Quare, nisi iam profecti sunt, retinebis homines.

(*Epistulae ad Atticum* 13.14.1).

El liberto del difunto Brinio, coheredero del Arpinate, le había escrito que él y el otro coheredero Sabino Albio querían venir a verlo, si estaba de acuerdo. Pero Cicerón no lo estaba, porque la herencia no era tan grande. No obstante, los invita a encontrarlo en su casa de Tuscolo el día 8 en la mañana, o dos o tres días después si así lo prefieren, pudiendo de tal modo presentarse fácilmente el día de la venta al asta fijado en el día 13 del mes en curso. Para entender el contenido del presente texto, es necesario relacionarlo con otro que se encuentra en una carta anterior, en donde se afirma que a Cicerón le fue atribuido por todos los coherederos el encargo de ocuparse de

esta venta al asta: *de Brinniana auctione accepi a Vestorio literas. Ait sine ulla controversia rem ad me esse conlatam* (recibí una carta de Vestorio sobre la venta al asta de la herencia de Brinio. Dice que el asunto me fue atribuido sin ninguna controversia) (*Epistulae ad Atticum* 13.12.4).

La situación a la que Cicerón hace referencia puede entenderse de dos maneras. La primera es que él tiene intención de vender su cuota de herencia a los otros coherederos que piensan adquirirla. En tal caso el encuentro con él, antes de la venta al asta, posiblemente estaba finalizado para obtener un precio base más bajo. Sin embargo, la actitud de Cicerón parecería manifestar, más que una voluntad de realizar un acuerdo antes del día de la venta, la preferencia de ofrecer su cuota al mejor postor. La otra interpretación, quizá mayormente probable, sería que los cuatro coherederos (entre ellos tiene que incluirse también S. Vetio, a quien se refiere la *epistula* 13.12.4) habían pensado en vender toda la herencia al asta, dándole mandato a Cicerón de realizar el negocio, y que la finalidad del encuentro con él del liberto de Brinio y de Sabino Albio era la de establecer las modalidades de tal venta (precio base, porcentaje de ganancia para el banquero, plazo de otorgar al comprador para el pago, etc...). Pero, como el valor de la herencia era bajo, el gran Orador no daba ninguna importancia a tal reunión.

La primera interpretación puede apoyarse sobre los casos de compraventa de cuotas hereditarias entre coherederos, que hemos apreciado a lo largo de la presente investigación en Escévola, *libro vicensimo septimo digestorum* D.44.4.17.2 y Ulpiano, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14.1.³⁶¹ Aceptándose la segunda interpretación, quedaría la duda, que no puede aclararse de la lectura del texto, si la venta al asta acordada entre los coherederos hiciera referencia a la herencia en bloque o singularmente a los bienes hereditarios, considerándose posible uno u otro fenómeno por encontrarse ambos documentados en diversas fuentes.³⁶²

En una u otra interpretación, el episodio nos indica que el negocio objeto de nuestra atención se aplicaba prácticamente también a herencias de poco valor y que su empleo era difun-

dido no sólo entre la aristocracia, sino también por parte de libertos.

En la parte inicial del discurso *Pro Caecina* (4.12-5.13-15) Cicerón, al describir el origen de la cuestión controvertida, narra la venta al asta en Roma de la herencia de Marco Fulcinio, que en su testamento había nombrado como heredero a Publio Cesenio y como legatarias a la esposa y a la madre Cesenia. Una vez fijada la venta al asta hereditaria (*cum esset haec auctio hereditaria constituta*, 5.13), Cesenia da un mandato a Ebucio para comprar el fundo Fulciniano, puesto que se encontraba contiguo a otro de propiedad de la misma:

cum esset ... constituta auctio Romae, suadebant amici cognatique Cesenniae ... quoniam potestas esset emendi fundum illum Fulcinianum, qui fundo eius antiquo continens esset, nullam esse rationem amittere eius modi occasionem, cum ei praesertim pecunia ex partitione deberetur... itaque ... mulier ... mandat (Aebutium) ut fundum sibi emat.

(5.15).

El presente texto precisa que, teniendo Cesenia la posibilidad de comprar el fundo Fulciniano por razones de proximidad al suyo, los amigos y parientes la aconsejaban de no perder de ningún modo tal ocasión, en que podía invertir el dinero derivado de la partición de la herencia. Por tal motivo ella encarga a Ebucio de comprarlo.

La importancia de tal testimonio para nuestra investigación depende del hecho que podría referirse a la venta al asta de la herencia de Fulcinio en bloque. Al respecto no podemos dar una respuesta segura, puesto que Cicerón se interesaba únicamente de la cuestión de como este fundo hubiese llegado a pertenecer a Cesenia. Si por un lado, la continua mención de la venta de tal bien haría pensar en una venta al asta que tuviese como objeto no la totalidad de la herencia, sino las cosas singulares,³⁶² por el otro lado, se encontrarían elementos que podrían admitir la posibilidad de una venta en bloque. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la necesidad del heredero P.

Cesenio de disponer de dinero para cumplir los legados a la madre (y quizá a la esposa del difunto). En dos puntos Cicerón afirma claramente que Cesenia debía recibir dinero de la herencia de su hijo. Para procurarse este dinero, Cesenio podría haber recurrido a la venta al asta de toda o una cuota de su herencia. Esta solución se justificaría por el pequeño monto de la herencia que le quedaba una vez cumplidos los legados. De una expresión empleada sucesivamente parecería resultar que la adquisición hubiese tenido como objeto no solamente el fundo Fulciniano, sino una pluralidad de fundos, lo que haría pensar que se tratase de una porción o de toda la herencia: *eam (pecuniam) porro in praediis conlocari maxime expediret, essent autem praedia, quae mulieri maxime convenirent, ea venirent* (era máximamente conveniente invertir dinero en fundos, había fundos que eran máximamente convenientes para la mujer y éstos se vendían) (6.16).

En base a dichos elementos parecería probable que en el presente texto también se mencionara un caso de *venditio hereditatis*.

Gracias a los testimonios de Cicerón que acabamos de examinar, no obstante ciertas dificultades interpretativas, tenemos certeza en afirmar que en el siglo I a.C. la *venditio hereditatis* en la práctica negocial romana se realizaba sobre todo utilizándose el sistema de la venta al asta organizada por un banquero. Explicándose en base a la costumbre sumamente difundida en las clases más elevadas, y por lo tanto reflejada en muchos puntos del epistolario ciceroniano,³⁶³ de recompensar a sus propios amigos y familiares instituyéndolos herederos de una porción de la herencia. Sin embargo, el empleo de dicho negocio no es exclusivo de la aristocracia, como parecería considerarse en doctrina,³⁶⁴ sino es realizado también por libertos, como el de Brinio en *Epist. ad Att.* 13.14.1, y probablemente por los miembros de otras clases sociales inferiores. Su celebración podía efectuarse sobre la totalidad de la herencia así como de una cuota de ésta, efectuándose personalmente o por medio de un representante. En lo que respecta a la utilidad que recibía el vendedor, las cartas examinadas indican que Cicerón buscaba solucionar una situación de necesidad

económica mediante la obtención de un precio por la herencia, o bien el transformar en dinero la cuantía de bienes que constituían la *hereditas* o una cuota de ésta. En el caso observado en el discurso *Pro A. Caecina*, la intención de Cesenia era la de obtener el predio contiguo al suyo para constituir una propiedad de mayores dimensiones y por lo tanto de valor superior.

Es interesante relevar una posible relación entre lo que dicen las cartas ciceronianas respecto al recurso a un representante para la celebración del negocio y el texto de Ulpiano D.17.1.42,³⁶⁵ en donde el mandatario había sido encargado de examinar la consistencia del patrimonio hereditario con la probable finalidad de venderlo en un momento sucesivo, lo que efectivamente se verifica. No obstante la diferencia de situaciones, la consideración conjunta de los dos tipos de testimonios indicaría una utilización frecuente de la *venditio hereditatis* en casos en que el heredero estuviese en un lugar lejos de donde se encontraba la herencia.

2. Como ya había sido expresado,³⁶⁶ la compraventa de herencia podía tener la finalidad de transmitir el ejercicio de actividades económicas. Cuando una herencia incluía una *negotiatio* o más bien una actividad económica, se manifestaba probablemente la necesidad que ésta no se desarticulase con la división de la herencia entre una pluralidad de coherederos o fuese gestionada por un heredero desconocedor de la actividad, por lo que se transmitía a uno de los coherederos o bien a un extraño que conociese el funcionamiento de la misma. Tal situación ocasionaba por lo tanto la venta de la totalidad o de la porción hereditaria que incluyese dicha *negotiatio* o actividad económica. Podía también verificarse el caso opuesto, en que el heredero vendedor quisiera conservar para sí el ejercicio de las actividades económicas, otorgándole al comprador el remanente patrimonio hereditario. Que tales posibilidades no sean simples especulaciones teóricas, sino realidades existentes en la práctica, resulta de la elaboración jurisprudencial (posiblemente ya Sabino, y después Juliano, Marcelo y Ulpiano) sobre los problemas concretos que surgían en el caso de que de la herencia vendida se exceptuasen un esclavo sin peculio o con pecu-

lio. Como hemos observado anteriormente (cap. 3 § IV), en D.18.4.2.12 (Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum*) se habla de la venta de herencia en donde se exceptúa un esclavo pero no el peculio, y en el siguiente § 13, donde se exceptúa el esclavo y el peculio, produciéndose efectos diferentes a cargo del vendedor o del comprador, como vimos en su momento. A la luz de las recientes investigaciones de la romanística moderna sobre el papel de los esclavos con el peculio en la gestión de las actividades económicas,³⁶⁷ es posible que también estos casos puedan referirse a tal fenómeno, explicándose así la atención y las discusiones de la jurisprudencia sobre esos puntos. En el primero se regula el problema de la responsabilidad frente a los terceros en caso en que el vendedor exceptúe el esclavo hereditario transmitiendo su peculio. Conforme a los criterios de Juliano y Ulpiano, su protección está garantizada por la posibilidad de ejercitar la *actio de peculio et de in rem verso (annalis)* contra el mismo vendedor, salvo los efectos en las relaciones entre el mismo y el comprador. En el segundo caso, a pesar de las obligaciones entre las partes de la *venditio hereditatis* y de la solución de Marcelo y Ulpiano basada sobre la *quaestio voluntatis*, debe destacarse que, al celebrar el negocio, el vendedor se reserva el esclavo con el peculio, implicando para efectos prácticos que quería conservar la actividad económica desarrollada por el mismo.

3. En consideración del hecho de que mediante la *venditio hereditatis* se efectuaba la transmisión de patrimonios hereditarios sin pérdida en el vendedor de la calidad de *heres*, es evidente en las fuentes jurídicas, como se observa en doctrina,³⁶⁸ un paralelismo entre este negocio y el fideicomiso de toda la herencia o de una porción, en donde, como se sabe, se realiza la misma finalidad, separándose las figuras de heredero y de destinatario final de los bienes hereditarios. Como hemos visto en el inicio de nuestra investigación (cap. 1 § II), el empleo de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, además de las funciones originarias que desempeñaron en la *venditio hereditatis*, tuvo un papel fundamental en la constitución del fideicomiso universal antes de la vigencia del senadoconsulto Trebeliano (Gayo en Inst. 2.252) y solamente después de este

senadoconsulto y del sucesivo Pegasiano se verificó una diferencia entre las respectivas disciplinas jurídicas.³⁶⁹ Sin embargo, esta diferencia no implicó el fin del paralelismo entre las dos instituciones, ya que ambas continuaron a conseguir fines análogos, con la diversidad que la transmisión en bloque por parte del heredero de la herencia o de una parte de ésta a un tercero se cumplía a título gratuito y en observancia de la voluntad del testador en el fideicomiso, a título oneroso y voluntariamente en la *venditio hereditatis*. Respecto a tal realidad jurídica sería posible pensar que, durante la unicidad de régimen, la jurisprudencia que se desarrolla hasta la mitad del siglo I d.C. tratase paralelamente los problemas correspondientes a ambas figuras. También después de la división de la disciplina se encuentran todavía casos en que los juristas consideran aspectos comunes a las dos instituciones o casos donde es difícil determinar a cuál de las dos instituciones hace referencia el jurista.

Dentro de los primeros casos puede recordarse el texto de Meciano, *libro secundo fideicommissorum* D.32.95, analizado en el capítulo 1 § III, que citando a Aristón interpreta en un sentido amplio las palabras *quantae summae*, utilizadas tanto en el fideicomiso como en las *stipulationes emptae hereditatis*. En los casos del segundo tipo deben mencionarse el tratado en el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.4-5, ya anteriormente examinado (cap. 2 § III) donde, citando a Papiniano, una venta de herencia a precio módico bajo orden del testador es asimilada a un fideicomiso. Al respecto es interesante destacar que, independientemente de la regulación existente en materia de fideicomiso,³⁷⁰ en la práctica existían disposiciones testamentarias con que el testador podía encomendarle al heredero la venta de la herencia a poco precio a un tercero, configurándose por lo tanto dicha disposición a un fideicomiso.

Finalmente otro campo de aplicación concreta era la venta de las herencias adquiridas por diversos títulos a beneficio del fisco (*bona vacantia, caduca*, institución del príncipe como heredero universal o como coheredero, según una costumbre ampliamente difundida entre las clases más ricas),³⁷¹ en donde

valían reglas especiales.³⁷² En efecto tales adquisiciones no podrían implicar que el mismo se hiciese cargo de los bienes y de las actividades inherentes a dichas *hereditates*, lo que explica la necesidad de venderlas al mejor postor, conservando una posición de superioridad derivada del hecho de que el fisco no podía asimilarse al *heres*. El fenómeno nos es documentado en la constitución de los emperadores Severo y Antonino Caracala en C.4.39.1, que ya hemos tratado anteriormente (cap. 3 § V). En tal constitución la imposibilidad de considerar al fisco en el mismo nivel del heredero se manifiesta en su irresponsabilidad por las deudas hereditarias, que deben ser cumplidas únicamente por el comprador.³⁷³

II. BREVES REFERENCIAS A LA COMPRAVENTA DE HERENCIA EN EL DERECHO JUSTINIANO

Después de haber analizado la rica elaboración jurisprudencial clásica, rehusando las sospechas de interpolación sustancial que habrían efectuado los compiladores, nos limitaremos en este punto de nuestra investigación a algunas observaciones generales en lo que respecta al régimen justiniano de la compraventa de herencia.

1. En el título 4.39 del *Codex repetitae praelectionis* de Justiniano son incorporadas nueve constituciones, de las que solamente las primeras seis corresponden específicamente a la venta de herencia. Todas estas son emanadas por los emperadores Severos, la última (C.4.39.6) por Alejandro Severo en el año 230. Por el contrario, las tres que concluyen el título (dos de Diocleciano y Maximiano y una del mismo Justiniano) tratan problemas relativos a la compraventa de acciones,³⁷⁴ ocasionando que en doctrina³⁷⁵ se supuso una total decadencia de la *venditio hereditatis* por motivo de la modificación de las condiciones económicas y sociales en la época postclásica y justiniana. Sin embargo, dicha postura parecería excesivamente radical; si de un lado, es incontestable el dato objetivo que al final de la época clásica no fueron promulgadas nuevas constituciones sobre la institución, por el otro lado, debe considerarse que las posteriores de Diocleciano y de Justiniano podrían

haber perfeccionado simplemente el mecanismo de la cesión de derechos también en el ámbito de la compraventa de herencia, sin otros cambios sustanciales de su disciplina jurídica. Además es necesario tener en cuenta que, a la luz de la constitución *Deo auctore* 10,³⁷⁶ la compraventa de herencia debía continuar siendo un negocio utilizado en la vida jurídica, no obstante su menor frecuencia práctica, no explicándose en caso contrario la razón por la que Triboniano consideró oportuno incorporarla en el Digesto.

2. Interesantes deducciones pueden efectuarse al analizar la estructura que los compiladores realizaron del título 4, libro 18 del Digesto, que incluye la disciplina fundamental de nuestra institución, encontrándose además textos dispersos a lo largo de otros libros de la misma obra. Se observa un evidente predominio de la masa sabiniana (fragmentos 1-5,9,11,12,14-20) respecto a la edictal (fr.7,8,10,13), papiana (fr.6,21-23) y del apéndice (24-25).³⁷⁷ Dentro de tal masa se encuentra el libro cuarenta y nueve del comentario de Ulpiano a Sabino (fragmento 2) que ocupa un papel fundamental, constituyendo por sí sólo más de la mitad del entero título. En este libro, el jurista severiano efectúa un trabajo de sistemática de las opiniones de la jurisprudencia clásica anterior en materia de obligaciones del vendedor y comprador de la herencia, identificándolas y estableciendo la postura que prevaleció.³⁷⁸ Su obra fue de tal modo importante en lo que respecta a la materia tratada, que redujo en gran medida el trabajo de compilación de los comensarios justinianos, limitándose la necesidad de interpolaciones sustanciales, manifestando la diversidad de posturas existentes en la jurisprudencia, fundamentando frente a éstas su posición que, como hemos visto en muchos puntos a lo largo de la presente investigación, continuó teniendo vigencia en la época justiniana.

La labor de los compiladores parecería consistir principalmente en identificar y sistematizar los argumentos que trataban los juristas clásicos, expresándolos y completándolos con elementos, que se encontraron determinados progresivamente por la especulación jurisprudencial clásica. Dentro del título puede relevarse claramente que tratándose de las obligaciones

de las partes, examinada fundamentalmente en el frag. 2, siguen los aspectos de la existencia del objeto (frag. 7-9), de la posibilidad de vender una *spes hereditatis* (frag. 10-13), de la cuantía de la herencia que debe ser transmitida (frag. 14.1-15), concluyéndose con la exposición de algunos casos prácticos, cuyas soluciones van de acuerdo a los principios generales (frag. 18, 20-22, 24-25). Evidentes ejemplos de tal labor sistematizadora pueden observarse en los casos en que la postura de un jurista se completa con breves afirmaciones incorporadas de otro jurista, que precisan y extienden su significado. Tales "añadiduras", como tuvimos la ocasión de decir durante la presente investigación, corresponden ya al pensamiento jurisprudencial clásico, traduciéndose la actividad de los comisarios en una obra de uniformidad y armonización de las varias tendencias. En el frag. 8 al hablar Javoleno, *libro secundo ex Plautio*, de la venta de herencia inexistente, estableció que la responsabilidad del vendedor consistiría en el reembolso del precio y de lo que hubiese gastado el comprador por ese motivo. Resultando dicha posición insuficiente, se añadió el siguiente fragmento 9 de Paulo con la referencia al *id quod interest* del comprador, un criterio que ya había sido expresado durante la época clásica. Al tratar de la venta de esperanza de herencia, el frag. 11 de Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum*, admite la validez de la cláusula *si qua sit hereditas, est tibi empti*, y el fragmento inmediatamente sucesivo de Gayo, *libro decimo ad edictum provinciale*, precisa "*nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit*", eliminando los efectos de la aleatoriedad en presencia de una actitud dolosa del vendedor, probablemente también con referencia al frag. 11 (ver *supra*, cap. 7 § II). A la afirmación de Paulo, *libro trigesimo tertio ad edictum* en la ley 14.1. que no importa la cuantía de la herencia, se anexa la siguiente 15 de Gayo, en el mismo *libro decimo ad edictum provinciale*, que implica la responsabilidad del vendedor en el momento en que haya declarado tal cuantía: *nisi de substantia eius adfirmaverit*.

3. Los cambios sustanciales que podríamos considerar relevantes en el régimen justiniano de la *venditio hereditatis* son reflejos de las innovaciones generales introducidas en esta épo-

ca. Con referencia a los medios de transmisión de la herencia, desaparece la utilización de la *mancipatio* (cuya permanencia en la *pars occidentis* es documentada todavía en el Gayo de Autún 2.67)³⁷⁹ e *in iure cessio*, quedando la sólo *tradio* para transferir en bloque las cosas corporales. Así también en materia de transmisión de derechos, se abandona totalmente el viejo sistema de la *procuratio in rem suam*, la evolución empezada ya en la misma época clásica mediante la reforma de Antonino Pío, con la que se dió al comprador de la herencia la posibilidad de ejercitar las acciones personales como útiles (cap. 3 § V), se completó por Justiniano que amplió definitivamente el campo de aplicación de las acciones útiles también al ejercicio de las acciones reales. Finalmente respecto a la elección entre el contrato consensual y las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* para la celebración del negocio, la tendencia del derecho justiniano puede considerarse totalmente orientada hacia el primero; no obstante, la permanencia en el Digesto de numerosas referencias a dichas estipulaciones (cap. 1 § III). Tal tendencia es en efecto en línea con la evolución del contrato de compraventa general, en donde las *stipulationes* accesorias en tema de evicción y vicios ocultos se transforman en simples cláusulas contractuales.³⁸⁰

III. INTERPRETACIÓN Y CRITERIOS DE APLICACIÓN AL SISTEMA ROMANÍSTICO ACTUAL

El derecho romano clásico presenta, como lo hemos constatado, un estudio riquísimo sobre la materia que los compiladores se limitaron a incorporar en el Digesto sin alterarlo de forma sustancial; así también las constituciones imperiales que se encuentran en el Código, corresponden a la misma etapa, sin innovaciones específicas en el derecho postclásico y justiniano. La mayor parte de las legislaciones actuales presentan, por el contrario, poco interés en cuanto a la institución se refiere, contrastando radicalmente con la importancia que la ciencia jurídica dió en la antigüedad, demostrándose por tal hecho como también un estudio moderno de la venta de herencia en

su integridad no pueda prescindir de un análisis profundo de la experiencia romana.³⁸¹

El conocimiento de nuestra institución en la realidad jurídica del mundo romano no sólo es importante en el campo teórico, sino que además puede tener también efectos prácticos. En doctrina se admite la postura que establece la posibilidad de eterointegración de los códigos latinoamericanos vigentes en base a la referencia que realiza el legislador a los principios generales del derecho, implicando por lo tanto la aplicación también de la derivada de la jurisprudencia romana en caso de lagunas y oscuridad de la ley.³⁸² La presente postura encuentra en la venta de herencia un ejemplo vivo, puesto que la configuración en el derecho romano representa la fuente originaria de donde brotan y se nutren las normas en materia de los ordenamientos del sistema romanístico.

Además de la indicación del origen romano de las normas modernas, otro fin de la presente parte de nuestra investigación, es el de destacar los puntos, en que las opiniones jurisprudenciales clásicas podrían formar el fundamento de la solución a problemas jurídicos que la doctrina actual se ha formulado, tanto en el aspecto teórico como en el práctico. Finalmente señalaremos algunos puntos específicos en donde, no obstante falte una relación con la problemática romana de la *venditio hereditatis*, son resueltos por las legislaciones actuales conforme a su espíritu. En nuestra exposición procederemos según el siguiente orden sistemático: objeto, transmisión de la herencia, confusión, forma e interpretación del contrato. Citarémos los principales códigos europeos de tradición romanística, como el francés y español, por la importancia que desempeñaron en la codificación latinoamericana; el B.G.B alemán, por ser el ordenamiento mayormente elaborado sobre la materia y el italiano por su interesante doctrina y jurisprudencia de la Corte de Casación; por otro lado, haremos mención de la legislación latinoamericana representada por los más importantes códigos, como son los de Venezuela, Chile, Argentina, D.F.(México), Perú, Colombia, por ser susceptibles de eterointegración.

III.1. En cuanto al objeto

A) Presupuestos esenciales.

Del texto de Pomponio, *libro nono ad Sabinum* D.18.4.1. (cap. 2 § I) hemos apreciado la necesidad de la existencia del objeto en la compraventa de herencia, ocasionando que la falta del mismo produzca la ineficacia del contrato. Tal objeto es representado por el patrimonio hereditario que debe ser enajenado, consistente en el complejo de relaciones jurídicas activas y pasivas, que tiene el difunto y que son transmitidas al heredero. Los dos presupuestos esenciales a) que la herencia sea de una persona real y que haya fallecido; b) que dicha herencia exista, se consideran implícitos en los códigos modernos, requiriéndose cuando menos que esté abierta la sucesión del *de cuius*. La contravención al primer requisito implicaría la realización de un pacto sucesorio prohibido tanto en el derecho romano clásico como en la mayoría de las legislaciones actuales;³⁸³ el segundo requisito representa una excepción al régimen de la compraventa en general, en que es permitida la contratación de cosa futura. En la figura que estamos examinando la prohibición para tal realización se justifica por la imposibilidad de sucesión a persona viva. Un problema interesante, que no trata el derecho romano, es el referente a la venta de herencia de una sucesión a causa de sentencia de declaración de muerte presunta; las legislaciones actuales consideran que, si la persona cuya muerte presunta ha sido declarada se presentase o se probare su existencia, después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en estado que se hallen, el precio de los enajenados, o los que se hubieren adquirido por el mismo precio, pero no podrá reclamar ni frutos ni rentas; esto implica la plena validez del contrato de venta de su herencia; sin embargo, surge la obligación del vendedor de entregarle el precio recibido de tal venta.

Conforme a los textos clásicos, en la actualidad la compraventa de herencia puede en cuanto al objeto desenvolverse en diversas formas:

a) Un contrato en el cual el heredero vende globalmente la totalidad de los elementos de la herencia (compraventa de herencia *stricto sensu*).³⁸⁵

b) Un contrato en el cual el heredero vende globalmente una parte de la herencia individualizándola abstractamente con una fracción, (compraventa de porción hereditaria).³⁸⁶

c) El contrato en el cual el coheredero vende globalmente su cuota antes o después de la división. (Compraventa de coherencia).³⁸⁷

B) La compraventa de herencia como negocio *per relationem*

Del texto de Paulo, *libro trigensimo tertio ad edictum* D.18.4.14.1. (cap. 4 § III) resulta que la característica fundamental del contrato radica en la ausencia de especificación de los objetos constitutivos de la herencia, ya que contrariamente nos encontraríamos frente a una venta de bienes hereditarios.³⁸⁸ Esta misma característica se encuentra en las tres subespecies mencionadas en el punto precedente y ha sido transmitida en los códigos modernos.³⁸⁹ Si bien la nota peculiar de la venta de herencia consiste en el hecho de que su contenido económico no es especificado directamente, el objeto del contrato resultaría sin embargo determinable *per relationem*, constituyendo la misma una *universitas iuris*, una unidad ideal y abstracta de activos y pasivos de naturaleza eminentemente funcional.³⁹⁰

La compraventa de herencia es por lo tanto un negocio *per relationem*, que tiene como característica la referencia a un medio extrínseco de determinación del contenido contractual,³⁹¹ consistente en todo lo que ha adquirido el heredero visto unitariamente, pudiendo las partes establecer dentro de eso los bienes que comprende el complejo hereditario a manera de orientación, o excepcionar determinados objetos, como ya admitían los juristas clásicos.³⁹² Esto explica la posibilidad, a que se refieren los códigos, de realizar la venta de activos hereditarios únicamente, señalándose que las deudas serán pagadas por el heredero sin responsabilidad solidaria del comprador.³⁹³ La solución elaborada por la jurisprudencia romana, por la que

el vendedor tiene que entregar al comprador todo lo que le llegase de la herencia vendida,³⁹⁴ podrá tener validez si con posterioridad se conociese la existencia de un bien perteneciente a la misma, incluyéndolo dentro del contrato a no ser que expresamente las partes manifestaran lo contrario. Este principio es presupuesto por el C.C. Italiano art. 1440 al afirmar que el vendedor es responsable del resarcimiento del daño en caso de que dolosamente hubiese ocultado la extensión de los bienes al comprador, actuando con engaño sobre el caudal del patrimonio.³⁹⁵

C) La aleatoriedad del contrato.

Otro problema actual es el relativo a la aleatoriedad del contrato, que puede manifestarse en razón de la existencia o bien a la cuantía del objeto. Frente al silencio de los códigos modernos que se limitaron a considerar en general la posibilidad de celebrar contratos con objeto futuro, la moderna doctrina posee tesis sólo en cuanto a la aleatoriedad en lo referente a la cuantía.³⁹⁶ Los autores que consideran la compraventa de herencia como aleatoria, se fundamentan en que el comprador puede ver disminuido el patrimonio que ha comprado, debido a circunstancias surgidas con posterioridad, como la aparición de nuevas cargas, legados, o la exclusión de bienes de los que se pensaba estaba integrada la herencia. Los autores que le niegan tal carácter, opinan que el alea no es el elemento esencial del sinalagma, ni que forma parte del contenido causal, encontrándose el heredero obligado a garantizar su calidad. En base a la posición de los juristas romanos podríamos considerar como mayormente convincente la segunda opinión, en lo que respecta al monto de la herencia,³⁹⁷ mientras más difícil es establecer si puedan aplicarse los casos de *emptio spei*, a que corresponden los textos de D.18.4.10, 11 y 13.³⁹⁸ La atención que la jurisprudencia clásica presta para evitar la violación del principio de la prohibición de los pactos sucesorios parecería implicar una respuesta afirmativa. Perfectamente lícito sería por ejemplo, el caso de que se conviniera vender la herencia de una persona fallecida de la que el vendedor se considerase

como posible heredero en base a determinados indicios, acordando su irresponsabilidad en caso de que careciera de tal derecho. En tal caso, el comprador se encontraría obligado para la devolución del precio siempre y cuando, como manifiesta Gayo, *libro decimo ad edictum provinciale* D.18.4.12, el vendedor no actuase con dolo o mala fe.

A la luz de las consideraciones apenas desarrolladas debe considerarse la cuestión, relevante en el derecho actual, si el vendedor puede solicitar la rescisión por lesión en la compraventa de herencia.³⁹⁹ La respuesta tiene íntima relación con la opinión sobre la aleatoriedad del presente contrato. Los que manifiestan la postura de que no es aleatorio independientemente de las variaciones que pudieren existir en el objeto, consideran posible la rescisión,⁴⁰⁰ mientras se exponen en sentido opuesto los que afirman tal carácter.⁴⁰¹ Dicha cuestión para ser resuelta, debe ser matizada en los siguientes aspectos:

a) si en el contrato el vendedor señaló el monto de la herencia, así como la titularidad de los bienes respondiendo de evicción por un precio determinado, es lógico considerar la posibilidad que existiese una lesión por parte del comprador, en razón de la especificación taxativa del objeto del contrato.

b) Si se celebró una compraventa de esperanza sobre herencia causada no se responderá de lesión, debido a que el objeto es el alea.

c) En materia de venta de coherencia, si el comprador es el coheredero, podríamos considerar inoperante la figura de la lesión, ya que la finalidad del contrato sería consolidar la propiedad en un sólo titular o la obtención de una mayor porción del haber hereditario, independientemente de su monto.⁴⁰²

D) La determinación del monto de la herencia.

En la actualidad las partes en la determinación del monto de la herencia, conforme al principio de la libertad contractual, pueden tomar en consideración los momentos identificados por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.1,⁴⁰³

que son los siguientes: a) el de la muerte del *de cuius*; b) cuando se aceptó la herencia; c) cuando la herencia fue vendida.

Si en el contrato no se señala nada al respecto, Ulpiano en base a la frecuente práctica opta por el tercer momento. Entre los códigos modernos únicamente el B.G.B. alemán se ocupa expresamente de la cuestión, haciendo suya la postura del jurista tardoclásico. En el derecho español, a entender de Gullón Ballesteros,⁴⁰⁴ se optaría en vez por el momento de la sucesión. Su opinión es deducida de los artículos 1533 y 1534 del código civil y se fundamenta en los siguientes criterios:

1. En la venta de herencia el comprador subentra en las deudas hereditarias, por lo que ha de pagar las ya satisfechas por el vendedor antes de la celebración del contrato de venta.

2.-El comprador ha de pagar los créditos que tenía el heredero contra la herencia en el momento de la apertura de la sucesión, créditos que, por otra parte, se extinguieron como consecuencia de la aceptación de la herencia por su titular.

3.-El vendedor está obligado a reembolsar al comprador el precio que ha obtenido de la enajenación de bienes hereditarios.

4.- Los frutos obtenidos por el vendedor en el espacio que media entre la aceptación y la conclusión del contrato han de ser abonados al comprador.

La opinión de Gullón Ballesteros despierta dudas, porque en realidad tales criterios, en lugar de probar la referencia al momento de la sucesión, son los comunes al derecho romano clásico y al B.G.B. y parecerían corresponder al momento de la venta; es cierto que el vendedor debe entregar los bienes que tuviese al momento de la celebración del negocio, pero también es cierto que deberá incluir el valor de los donados o transmitidos a otras personas anteriormente al acto.

III.2. En cuanto a la obligación de entrega del vendedor

Con referencia al momento acordado, el vendedor tendrá que transmitir la herencia al comprador. El principio formulado por Ulpiano, en que en dicha transmisión deben incluirse el

complejo de los bienes hereditarios y el valor de los donados o enajenados a otros anteriormente, fue aceptado por el código civil francés y es seguido también por los demás códigos civiles.⁴⁰⁵

La entrega se extiende también a los frutos y productos que hubiese recibido el vendedor⁴⁰⁶ de acuerdo aún con otro principio de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.4, según el cual el vendedor de la herencia se encuentra obligado a transmitir todo lo que le hubiese llegado por motivo de la misma en cualquier momento.⁴⁰⁷ Inspirándose al mismo principio y al de D.18.4.2.3. podría también solucionarse la situación que en caso de que el vendedor se hubiese aprovechado de algún bien de la herencia, debería entregar al comprador su valor. Por lo tanto, si el comprador con posterioridad al contrato se percatara de que el vendedor se hubiese aprovechado de algún bien de la herencia o cobrado algún crédito de la misma sin entregárselo, se encontrará facultado a exigir dicho beneficio. La forma que tiene el comprador de saber la cuantía percibida o cobrada por el vendedor, es mediante una rendición de cuentas, que se exige a la conclusión del contrato o con posterioridad al mismo; esta obligación es expresamente manifestada en el art. 1.698 del código civil francés, pudiendo ser deducida de los demás códigos civiles en la obligación del vendedor del reembolso de los frutos y créditos percibidos.⁴⁰⁸ La realización de un inventario como medio de limitación de la responsabilidad se expresa en el B.G.B.⁴⁰⁹

En base a los mismos principios debe solucionarse la hipótesis de donación de algún bien hereditario, teniendo el comprador derecho al valor del mismo.⁴¹⁰ Es interesante la disposición del § 2.375 del B.G.B. alemán, donde se establece que la obligación de indemnización no tiene lugar si el comprador conoce, en el momento de la conclusión de la compraventa, el consumo o la disposición gratuita.

Cabe destacar que los beneficios de la herencia que deberá entregar el heredero al comprador son los efectivamente recibidos en razón de la administración que realizase en su carácter de legítimo propietario, por lo que resultará irrelevante que no

fuese la adecuada y que por lo tanto los beneficios fueren escasos o nulos.

La entrega de la herencia se realizará en el estado en que se encuentra al momento de la venta,⁴¹¹ por lo que, si algún bien se hubiese perdido, extraviado o dañado por la conducta voluntaria o negligente del heredero anterior a la venta, no responderá, así como tampoco por el caso fortuito o deterioro en razón del uso natural; sin embargo, en el caso de que el bien destruido se transformase en otra cosa, podríamos pensar el vendedor se encontraría obligado a entregar la nueva, como lo estableció Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, que impone al vendedor la entrega del área en caso de incendio del edificio construido sobre esta.

La obligación de entrega del vendedor incluye también a los créditos recibidos; no obstante, si hubiera cobrado indebidamente un crédito pensando que pertenecía al haber hereditario, podríamos suponer que no se encontraría facultado el comprador a exigir dicha cantidad, valiendo el principio expresado por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.7, ya que no tendría como causa la herencia. Respecto a los créditos todavía no pagados,⁴¹² rige el principio de que el heredero transmite el derecho de cobrarlos sin necesidad de solicitar autorización a los deudores; estos últimos, si recibieran la notificación respectiva sobre la compraventa, deberán pagar al comprador; si no hubiere notificación, se liberarán realizando el pago al heredero, que a su vez deberá entregar al comprador.⁴¹³ Si una cosa de la herencia se hubiera perdido por causa de un tercero, el vendedor se liberará transmitiendo al comprador el crédito respectivo por resarcimiento del daño,⁴¹⁴ porque el vendedor se obligó⁴¹⁵ a ceder, además de los bienes materiales, los derechos relativos a las acciones hereditarias; por lo tanto, las indemnizaciones que hubiere recibido el heredero por daños a los bienes hereditarios por parte de un tercero, corresponderán al comprador, incluyéndose en este concepto las indemnizaciones por expropiación forzosa, o el importe del seguro en caso de siniestro.⁴¹⁶

a) Los recuerdos de familia y sepulcro familiar.

La doctrina actual⁴¹⁷ está de acuerdo en negar la inclusión en la herencia vendida de recuerdos de familia, papeles, fotografías, cartas que implican un interés afectivo al heredero; dicha aseveración careciendo de precedentes jurisprudenciales romanos, debe ser matizada, puesto que el término "recuerdos de familia" es ambiguo, y prácticamente cualquier bien perteneciente a la herencia podría encuadrarse dentro del mismo. Los papeles familiares, fotografías y cartas podrían tener un gran valor histórico, económico, o inclusive ser la única causa por la que el comprador realizare el contrato, como sucedería en los casos de personas que han destacado en el campo político, artístico, científico o social. En tales hipótesis la solución más convincente y fundamentada sobre el principio que el comprador debe recibir todo lo que corresponde a la herencia a no ser que las partes establezcan lo contrario, consistiría en considerar que todos estos objetos deben ser incluidos por formar parte de la *hereditas*. Al carácter determinante de la voluntad de las partes es orientado en efecto el B.G.B en su §2.373, en donde se establece que los papeles y cuadros de familia en la duda no deben ser convenidos.

Un problema relevante en la actualidad es si el sepulcro familiar debe encuadrarse dentro del haber hereditario. Al respecto una decisión de la jurisprudencia italiana⁴¹⁸ considera que todo acto de cesión sobre tal debe ser declarado nulo; por lo que, en la venta de herencia actual no será posible comprender dicho objeto. El problema es si dicha exclusión tiene validez en caso de venta de cuota hereditaria entre miembros de una misma familia, y tal parecería que tampoco, pensándose que el sepulcro familiar no podría considerarse dentro del haber hereditario.

b) El derecho de acrecimiento

Se discute si el comprador de la herencia en la actualidad tiene derecho al acrecimiento de la parte de un coheredero del cedente que ha renunciado a ésta;⁴¹⁹ la cuestión debe ser resuelta de acuerdo a la intención de las partes, por lo que la respuesta se encontrará en la interpretación que se realice de la propia convención; si el objeto del contrato es la venta de la

mitad del haber hereditario, es lógico pensar que el comprador no podrá conseguir más de la mitad. Ahora bien, en caso de que en el contrato no se señale nada al respecto, la solución podría buscarse en la interpretación del principio de Ulpiano, *libro quadragesimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.4, por la que, como el vendedor se encuentra obligado a transmitir al comprador todo lo que le hubiese llegado en cualquier momento, esto implicará la necesidad de entregar al comprador también los bienes de la otra cuota que se incorporó a la herencia. Y esta es la interpretación aceptada por el código civil chileno en su artículo 1910, al decir que cediéndose una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa; tal normativa podría también extenderse a otros códigos lagunosos en lo referente a tal punto. Diversamente el B.G.B. en su § 2.373 establece lo contrario, en la duda sobre el acuerdo de las partes, el acrecimiento no ha de entenderse como convenido.

Cristobal-Montes⁴²⁰ discrepa de nuestra postura, diciendo que, como la condición de heredero se mantiene en la persona del vendedor, los incrementos derivados del derecho de acrecer estarán ligados a tal condición y por lo tanto los relativos pro-vechos no pueden funcionar a beneficio del comprador. Sin embargo, resulta difícil compartir tal opinión en base a los principios romanos clásicos. En virtud de éstos la conservación de la condición de heredero por parte del vendedor no sería obstáculo para la transmisión al comprador de los beneficios económicos que se derivan de ésta también en un momento sucesivo a la celebración del contrato.

III.3. En cuanto al título de heredero y sus efectos

De los textos analizados en los capítulos 3 y 4 de la presente investigación, vimos que el heredero vendedor transmitía la sustancia patrimonial o contenido económico de la herencia, quedando el título de *heres* adscrito permanentemente a su persona⁴²¹ en cuanto presupuesto de validez de la venta. Los mismos principios permanecen en el derecho actual,⁴²² en don-

de dicho título, una vez adquirido, no se puede enajenar ni perder en virtud del principio *semel heres semper heres*⁴²³ haciendo jurídicamente irrealizable el intento eventual de las partes de vender la vocación misma de la herencia, de modo que el vendedor permanezca extraño a la sucesión.

Conformemente en las legislaciones actuales se menciona que el vendedor sólo se encuentra obligado a responder de su calidad de heredero,⁴²⁴ derivándose como consecuencia que en la mayoría de éstas se considera implícita la exclusión de la responsabilidad por evicción sin necesidad de una norma expresa.⁴²⁵ Hace excepción el artículo 1532 del código civil español que declara que el vendedor es responsable en caso de evicción del todo o de la mayor parte de la herencia.

La doctrina actual está de acuerdo con este punto⁴²⁶ e indica entre las razones de dicha excepción el hecho de que el objeto es una *universitas iuris*, compuesta de bienes de los cuales las partes desconocieren la existencia, o bien considerasen erróneamente incluídos en la herencia. También en lo referente a la responsabilidad por evicción, tiene un papel fundamental la voluntad de las partes, siendo su exclusión un simple efecto natural del contrato. Consecuentemente es posible que dentro de las cláusulas se exprese que el vendedor responde por la titularidad de los objetos que forman la herencia asumiendo dicha responsabilidad.⁴²⁷ En caso de que no se asuma explícitamente, el límite de tal irresponsabilidad es el dolo o la mala fe del vendedor, que señale como caudal del patrimonio hereditario bienes que sepa que no le pertenezcan.

III.4. En cuanto a las obligaciones del comprador

Siendo la compraventa de herencia un tipo de la compraventa en general, la obligación principal del comprador radica en el pago del precio. Además de ésta, las legislaciones modernas⁴²⁸ aceptan el principio romanístico que el comprador está obligado a reembolsarle al vendedor lo que éste hubiera pagado por las deudas y cargas de la herencia.⁴²⁹ La razón de la mencionada obligación consiste en que el comprador asume la posición patrimonial correspondiente a la del heredero. El ven-

dedor se transforma en un tercero ajeno a los beneficios económicos de la herencia, asumiendo el carácter de acreedor de los gastos pagados en virtud del patrimonio que ya no le pertenece. El criterio básico para fundamentar dicha obligación del comprador consiste en que los gastos hayan sido hechos por motivo de la herencia vendida. En la especulación jurídica moderna así como en la romana se distinguen a tal propósito los diversos tipos de gastos. Los gastos necesarios de conservación, reparación o seguridad, que hubiere realizado el vendedor, podrá reclamarlos al comprador; así como el pago de legados, fideicomisos o cualquier disposición testamentaria que le hubiere ocasionado un desembolso económico. Los gastos de lujo, ornato o comodidad, no ocasionarán reembolso alguno por parte del comprador, puesto que las cosas se venden en el estado en que se encuentran; sin embargo, el vendedor podrá retirar dichas mejoras a no ser que el retiro produzca destrucción, daño o deterioro a los objetos de los que consta la herencia.⁴³⁰

En el concepto de gastos, que tienen que ser reembolsados, están incluídos también los efectuados para la obtención de frutos de los bienes hereditarios; piensese en el alquiler de maquinaria, pago a trabajadores o compra de materia prima; todas estas erogaciones deberán ser asumidas por el comprador, a no ser que se hubiere pactado lo contrario. Del mismo modo, si el vendedor hubiere adquirido la maquinaria pagándola con el dinero de la herencia, ésta corresponderá al comprador de la misma; sin embargo, en caso de que no hubiese sido pagada con dicho dinero, y hubiese sido transferida al comprador con el haber hereditario, el mismo obtiene un beneficio por su utilización. En este caso, podríamos considerar que el vendedor tiene la posibilidad de exigirle una remuneración por el uso de la misma, o la posibilidad de hacer una deducción de los frutos que reembolsará al comprador. Los mismos principios se aplican a la asunción de una deuda; por ejemplo, la obtención de un crédito bancario para la producción podrá ser exigida al comprador.

El problema del pago de las deudas hereditarias por parte del comprador se hace patente respecto a los gastos funerarios del *de cuius*.⁴³¹ En el silencio de los códigos modernos sobre el

punto, la solución que parecería mejor sería la de considerar aplicable el criterio de Ulpiano, no obstante la oposición de parte de la doctrina,⁴³² por lo que, si el heredero realizó este tipo de gastos, al tener el carácter de deudas hereditarias podrán ser exigidos al comprador.⁴³³

Otro punto en donde en la actualidad podría seguirse el criterio de los juristas clásicos⁴³⁴ concierne a los impuestos de la herencia pagados por el heredero, que podrán demandarse al comprador, en virtud de tener el carácter de cargas hereditarias. Esta es en efecto la posición del BGB alemán en su § 2.379, siendo el único código que regula expresamente la cuestión.

El comprador de la herencia en base al contrato se obliga con el vendedor a realizar los pagos de las deudas en caso de que todavía no hubieren sido satisfechos, o que con posterioridad se conociere la existencia de ellos; dicho acuerdo tiene efectos internos y no afecta a los acreedores, que seguirán conservando la garantía de la responsabilidad del heredero, ocasionando que, si este último realizara el pago, podrá exigir el monto al comprador, con tal que no se hubiere pactado lo contrario.⁴³⁵

Del principio que el comprador llega a encontrarse en la misma situación económica del heredero, algunos códigos actuales hacen derivar la consecuencia que el mismo adquiere también la limitación de la responsabilidad frente a terceros, de que gozaba el vendedor,⁴³⁶ como en el caso de aceptación de la herencia con beneficio de inventario.⁴³⁷ Otra consecuencia, que resulta del mismo principio, radica en que el comprador está obligado frente a los deudores a respetar las condiciones y términos de los convenios celebrados entre el *de cuius* y estos últimos. Si el heredero hubiere otorgado a los deudores un plazo mayor o condiciones más ventajosas para el pago, el comprador no podrá modificar estos convenios a no ser que exista acuerdo con los deudores.

III.5. *En cuanto a la confusión*

De los textos clásicos hemos podido observar los efectos de la compraventa de herencia sobre las relaciones obligatorias confundidas por sucesión del vendedor a un deudor o acreedor propio, o bien del difunto;⁴³⁸ la obligación extinta novándose se hace exigible, según los casos, al vendedor o al comprador en virtud de que este último se encuentra *loco heredis*. Los mismos efectos se producen respecto a las servidumbres prediales, confundidas por sucesión del propietario del fundo dominante al del sirviente.⁴³⁹ Entre los códigos vigentes el único que prevee estas situaciones conservando los mismos criterios de solución es el B.G.B., que en su § 2.377 expresamente establece que, las relaciones jurídicas extinguidas a consecuencia de la muerte del causante, por confusión de derecho y obligación o de derecho y gravamen, valen como no extinguidas en la relación entre el comprador y el vendedor. En caso necesario deberá por lo tanto de reconstituírse la relación jurídica. En los códigos de los países del sistema romanístico actual donde no se expresan tales principios podríamos considerar colmable la laguna con la aplicación de los mismos.

III.6. *El derecho de prelación*

En la actualidad, al realizarse la venta de cuota hereditaria, existe la obligación por parte del vendedor de respetar el derecho de prelación de los otros coherederos. Dicho principio no encuentra su origen en el derecho romano; no obstante, la mención de adquisiciones de cuotas hereditarias entre coherederos hace pensar que este fuese un frecuente campo de aplicación. Su codificación es por lo tanto, una característica de la venta de herencia en el sistema romanístico moderno en donde llega a asumir una posición de gran importancia que justifica la atención que le otorgan los códigos, la doctrina y la jurisprudencia moderna. Su fundamentación se encuentra en el código civil francés en el artículo 841, y después fue asimilada en las codificaciones latinoamericanas.⁴⁴⁰

El derecho de prelación en la venta de cuota hereditaria es la facultad de los coherederos de ser preferidos frente al extraño, que tiene intención de adquirir la cuota hereditaria del oferente en las mismas condiciones de este.⁴⁴¹ Constituye la derogación al principio general de la libertad y de la autonomía negocial, así como de la libre circulación de los bienes por el sólo fin de asegurar la persistencia y la eventual concentración de la titularidad de los bienes hereditarios en cabeza de los primeros sucesores.

El código civil para el D.F. (México) en su artículo 1292, por ejemplo, dispone que el coheredero que tiene intención de enajenar a un extraño, se encuentra obligado a notificar dicha propuesta a los demás coherederos; mencionando los requisitos de tal notificación, la cual podrá realizarse por vía judicial, notarial o por medio de dos testigos con la finalidad de probar el cumplimiento de la misma. El contenido de la propuesta deberá señalar el precio como elemento principal, así como las condiciones contractuales a las que está dispuesto a aceptar el tercero.⁴⁴²

Los coherederos tienen un *spatium deliberandi*⁴⁴³ para aceptar o rechazar la propuesta; en caso de silencio por parte de ellos deberá entenderse como rechazada y por lo tanto el solicitante tendrá la posibilidad de concretar la venta con el tercero extraño. En caso de que dos o más coherederos quisieren hacer uso del derecho del tanto, la cuota será asignada a todos en partes iguales;⁴⁴⁴ o bien, según otros criterios.⁴⁴⁵

La ausencia de la notificación o la nulidad de la misma, ocasiona la posibilidad por parte de los coherederos de exigir el retracto de la compraventa realizada con el tercero adquirente.⁴⁴⁶

El derecho de prelación únicamente se podrá ejercitar en caso de que la venta se hubiere realizado con un extraño a la comunidad hereditaria, por lo que en caso de que se hubiere contratado con cualquier coheredero sin conocimiento de los demás, el acto tendrá plena eficacia jurídica.⁴⁴⁷

El derecho de prelación existe mientras dura el estado de comunidad, por lo que, una vez realizada la división, el heredero tiene plena libertad de decidir con quien realizar la venta de

su porción hereditaria. Sin embargo, el plazo de prescripción de la acción de rescate en caso de haberse realizado la venta durante el estado de comunión es de diez años, que es el plazo que la ley señala para la prescripción general de la acción.⁴⁴⁸

III.7 En cuanto a la forma, formación e interpretación del contrato

En la compraventa de herencia clásica expusimos el papel fundamental que llegó a asumir el contrato consensual entre las partes, terminando por absorber las originarias *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (cap. 1 § VI). En las legislaciones actuales,⁴⁴⁹ no obstante el contrato continúa conservando su carácter consensual, se impone la forma escrita o la escritura pública bajo pena de nulidad, situación que deriva de la problemática jurídica que entraña la realización del contrato.

A la luz de la disciplina jurídica de la institución en el derecho romano, podemos determinar los puntos que las partes en la actualidad deben tomar en consideración al celebrar el contrato:

a) La herencia que se vende.- El objeto podrá ser la totalidad o una parte de la herencia; si existen coherederos las partes deben tomar en consideración los derechos preferenciales de los demás coherederos, realizándose el procedimiento que establezcan las disposiciones que sobre la materia existan en las legislaciones nacionales correspondientes.⁴⁵⁰

b) Que la herencia objeto del contrato sea de una persona fallecida.- La falta de este requisito ocasionará la inexistencia del acto debiendo el comprador percatarse de la muerte del *de cuius* mediante el acta de defunción correspondiente o con la sentencia de declaración de muerte presunta.

c) Que se quiere vender.- La herencia de la cual el vendedor es heredero, o la expectativa de herencia que él pudiere tener. En el primer caso será necesario apreciar el nombramiento de heredero en el testamento, en caso de sucesión legítima indicar la relación de parentesco mediante acta de nacimiento o en caso del cónyuge con acta de matrimonio. En el segundo caso

senalar las causas por las que se considera la presunción de la existencia de la expectativa.

d) La determinación del alcance del concepto *hereditas*.—Será conveniente la manifestación referente a si se realiza la venta de activos hereditarios únicamente, o si las deudas serán pagadas por el comprador. Así también, la realización de un inventario en el que las partes determinen si constituye *numerus clausus* o abiertos, con la finalidad de saber a quien le corresponderán los activos y pago de las deudas que con posterioridad se conocieren.

e) El momento de la determinación del monto de la herencia.

f) La correspondencia de los frutos.

g) Si existieren bienes vendidos o donados por el vendedor antes de la venta, determinar si el precio o el valor de los bienes será pagado por éste.

h) La responsabilidad por evicción.

i) Los efectos sobre la confusión de obligaciones o gravámenes.

j) Si el comprador tendrá derecho al acrecimiento de la parte de un coheredero del cedente que ha renunciado a ésta.

k) Si el comprador estará obligado al reembolso de los pagos realizados por el vendedor en virtud de la herencia y si tendrá que pagar los gastos funerarios del *de cuius*.

El silencio de alguno de los puntos en el contrato ocasionará, de acuerdo con los principios generales del derecho, la siguiente interpretación:

I. Si no se señaló la porción de la herencia que se vende, deberá entenderse la totalidad de ella en caso de que el vendedor sea el único heredero, y si tuviese una porción deberá entenderse la totalidad de ella. Si se hubiese hecho caso omiso a las disposiciones que en materia de derechos preferenciales existen, se corre el riesgo de que los coherederos afectados soliciten la nulidad del acto. II. Si no se señaló que se vende la expectativa de herencia de determinada persona fallecida, deberá entenderse que el vendedor es responsable de la inexistencia del

objeto y que por lo tanto el comprador tendrá derecho a la devolución del precio pagado y a los daños.

IV. La ausencia del inventario de los bienes de la herencia no es obstáculo para la validez del contrato; si no se mencionó a quien le corresponderán los activos que con posterioridad se conocieren, se entenderá que corresponden al comprador. Si no se mencionó quién pagará las deudas hereditarias, se entenderá que corresponderán al comprador.

V. Si no se menciona el momento de la determinación del monto de la herencia, deberá entenderse el momento de venta, y si no se hizo mención al estado en que se entregarán los bienes, deberá entenderse el estado en que se encontraban al momento de la celebración del contrato.

VI. Si no se señaló a quien corresponden los frutos, deberá entenderse que le corresponden al comprador.

VII. Si el vendedor hubiere realizado donaciones o ventas de bienes comprendidos dentro del haber hereditario antes de la venta de herencia, y en el contrato no se hizo mención de esto, deberá entenderse que el vendedor deberá reembolsar el precio o el valor de los mismos.

VIII. Si no se hizo mención expresa de la responsabilidad por evicción por parte del vendedor de los bienes que sean considerados como comprendidos en el haber hereditario, deberá entenderse su irresponsabilidad.

IX. Si no se hizo mención en lo referente a las obligaciones o servidumbres extintas por confusión, se entenderá que tales obligaciones o servidumbres podrán ser de nuevo exigidas.

X. Si no se dijo nada en lo referente al acrecimiento, se entenderá que dicho acrecimiento corresponderá al comprador, siempre y cuando no se hubiera hecho mención en el contrato el porcentaje de herencia que se vende.

XI. Si no se mencionó que el comprador estará obligado al reembolso de los pagos realizados por el vendedor, se deberá entender en sentido afirmativo. Si tampoco se hizo mención de los gastos funerarios, deberá entenderse que estos deberán ser reembolsados por el comprador.

APÉNDICE

DE HEREDITATE VEL ACTIONE VENDITA
DE LA VENTA DE LA HERENCIA O DE LA ACCIÓN
VERSIÓN PROPIA DEL DIGESTO, LIBRO 18, TÍTULO 4.

18.4.1.

Pomponius libro nono ad Sabinum

Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.

18.4.1.

Pomponio en el libro noveno a Sabino

Si haya vendido la herencia de aquel, que vive o que no existe, no hay nada de hecho porque no existe en la naturaleza de las cosas, lo que haya vendido.

18.4.2.pr.

Ulpianus libro quadragesimo nono ad Sabinum

Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset: plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.

18.4.2.pr.

Ulpiano en el libro cuadragésimo noveno a Sabino

El vendedor de la herencia no debe prometer la evicción, puesto que entre el comprador y el vendedor se hace, que el comprador no tenga ni mayor, ni menor derecho que tomaría el heredero: claramente debe el vendedor estar constreñido a prometer por el hecho suyo.

18.4.2.1.

In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea quae fuit cum hereditas venumdat, videndum erit. et verius est hoc esse servandum quod actum est: plerumque autem hoc

agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse.

18.4.2.1.

En una herencia vendida debe observarse la cantidad que hubo en el momento de la muerte, o aquella, que hubo cuando se aceptó la herencia, o aquella que hubo cuando la herencia fue vendida. Y es más verdadero que se observe lo que se ha hecho, pero generalmente resulta que se ha hecho esto, que lo que llegó de la herencia en el momento en que se celebra la venta, esto resulta vendido.

18.4.2.2.

Illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum qui vendidit hereditatem pervenit, ex empto actioni locum faciat. et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est: licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est. plane si hoc actum sit, dicendum erit etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.

18.4.2.2.

Aquello puede preguntarse, si aquél que vendió la herencia del testador sea el sustituto también a un impúber, si tenga lugar la acción de compra también respecto a lo que al vendedor llegó de la herencia del impúber. Y es mejor, que no sea vendida, porque es otra herencia: aunque en efecto el testamento sea uno, sin embargo son distintas una y otra herencia. Evidentemente si esto ha sido hecho, deberá decirse que también la herencia del impúber viene incluida en la venta, sobre todo si la herencia se haya vendido cuando ya la del impúber se hubiera deferido.

18.4.2.3.

Pervenisse ad venditorem hereditatis quomodo videatur, quaeritur. et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere: enimvero ubi corpora nactus est vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse, sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, pa-

lam est ad eum pretia rerum pervenisse. illud tenendum est cum effectu videri pervenisse, non prima ratione: idcirco quod legatorum nomine quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse: sed et si quid aeris alieni est vel cuius alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur, sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit.

18.4.2.3.

Es preguntado de que modo resulte que algo ha llegado al vendedor de la herencia. Y yo pienso que, ciertamente antes que el vendedor hubiera conseguido las cosas corporales hereditarias, resulte que ya llegaron a él en el límite en que pueda mandar el ejercicio de la persecución de estas cosas y ceder las acciones; en verdad cuando ha tomado posesión de las cosas o exigido las deudas, resultará que llegaron a él más plenamente, empero también si hubiera conseguido el precio de las cosas vendidas antes de la venta de herencia, es evidente que los precios de las cosas llegaron a él. Es necesario que resulte que esto llegó a él con eficacia definitiva, no en base a un primer cálculo (aparente): por esto lo que alguno haya prestado como legado no resulta que haya llegado a él: empero también si hay dinero ajeno o bien otro gravamen hereditario, se negará con mérito que llegó a él, empero una razón de equidad exige que se entreguen también los precios de las cosas hereditarias donadas (por el vendedor) antes de la venta.

18.4.2.4.

Non tantum autem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: et non solum quod iam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est.

18.4.2.4.

No solo lo que llegó al vendedor de la herencia, sino también lo que llegó a su heredero de esta herencia, debe ser restablecido al comprador: y no solamente lo que ya llegó a él, empero también lo que en cualquier tiempo habrá llegado, debe ser restablecido.

18.4.2.5.

Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est: fecisse autem dolo

malo quo minus perveniat videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur vel ne possessionem adipisceretur quam posset adipisci. sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur: deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur.

18.4.2.5.

Pero también si algo es hecho con dolo malo de éstos, a que cualquier cosa no llegara a ellos mismos, también esto debe ser prestado al comprador: resulta haber hecho con dolo malo a que no adquiriera, o si ha enajenado alguna cosa, o también ha liberado a un deudor mediante *acceptilatio*, o ha hecho con dolo malo para que no se adquiriera algo de la herencia, o no se tomara la posesión que podía obtenerse. Empero también si hubiera hecho algo no con dolo malo sino con culpa lata, en todo caso será obligado: las pérdidas y disminuciones sin dolo malo del vendedor no serán prestadas.

18.4.2.6.

Illud quaesitum est, an venditor hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate eius esset servove ei, cuius hereditatem vendidisset, praestare debeat emptori. et visum est, quidquid dumtaxat de peculio filii servive aut in suam rem versum inveniatur, praestare eum debere.

18.4.2.6.

Aquello es preguntado, si un vendedor de la herencia debe prestar al comprador la deuda que su hijo que estaba en potestad o un esclavo debía a aquél cuya herencia hubiere vendido. Y ha resultado que debe prestar, solamente de lo que se encuentra en el peculio del hijo o del esclavo o lo que fue revertido en su patrimonio.

18.4.2.7.

Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emptori restituere id debeat. et est apud Iulianum haec quaestio tractata libro sexto digestorum et ait, quod non debetur exegerit, retinere heredem et quod non debitum solverit, non reputare: nam hoc servari, ut heres emptori non praestet quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur quod non debitum praestiterit, si autem condemnatus praestiterit, hoc so-

lum heredi sufficit esse eum condemnatum sine dolo malo suo, etiamsi maxime creditor non fuerit is cui condemnatus est heres: quae sententia mihi placet.

18.4.2.7.

Suele preguntarse, si cualquier lucro el vendedor haya percibido en ocasión de la herencia, también esto debe ser restablecido al comprador. Y esta pregunta es tratada por Juliano en el libro sexto de los digestos y dice, que retiene el heredero lo cobrado indebidamente y que lo pagado indebidamente, no se le exija: en efecto que se debe observar esto, que el heredero no preste al comprador aquello que haya exigido que no era debido, ni (el comprador) consiga de aquel (el heredero) lo que haya prestado que no era debido, si en vez lo haya prestado porque fue condenado, basta para el heredero sólo ésto que haya sido condenado sin su dolo malo, también si sobretodo el acreedor no era la persona respecto a la que fue condenado el heredero. Esta opinión me agrada.

18.4.2.8.

Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori debere: itaque et si fideiussorem acceperit ab hereditario debitore, ipsam actionem quam habet heres praestare emptori debet: sed et si novaverit vel in iudicium deduxerit actionem, praestare debet hanc ipsam actionem quam nactus est.

18.4.2.8.

Se deberá decir que deben ser prestadas al comprador no solo las acciones hereditarias, sino también aquellas obligaciones que el mismo heredero ha constituido: por esto también si haya aceptado (el heredero) un fiador de un deudor hereditario, esta misma acción la cual tenga el heredero deberá prestarla al comprador: pero también si haya novado o bien haya deducido en juicio una acción deberá prestar esta misma acción la cual haya adquirido.

18.4.2.9.

Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

18.4.2.9.

Así como todo lucro concierne al comprador de la herencia, de este modo también al mismo debe de concernerle el daño.

18.4.2.10.

Denique si rem hereditariam heres vendiderit ac per hoc fuerit condemnatus, non habet contra emptorem actionem, quia non ideo condemnatur, quod heres esset, sed quod vendiderit. sed si pretium rei distractae emptori hereditatis dedit, videamus, an locus sit ex vendito actioni: et putem esse.

18.4.2.10.

En fin si el heredero haya vendido una cosa hereditaria y por esto hubiera sido condenado, no tiene acción contra el comprador, porque no es condenado por la razón de ser heredero, sino porque ha vendido. Pero si ha dado el precio de la cosa vendida al comprador de la herencia, veamos, si tiene lugar la acción de venta: y pensaría que tiene lugar.

18.4.2.11.

Sive ipse venditor dederit aliquid pro hereditate sive procurator eius sive alius quis pro eo, dum negotium eius gerit, locus erit ex vendito actioni, dummodo aliquid absit venditori hereditatis: ceterum si nihil absit venditori, consequens erit dicere non competere ei actionem.

18.4.2.11.

Si el mismo vendedor, o si su procurador, o si algún otro por éste (el vendedor) mientras gestiona su negocio, haya dado algo por la herencia, tendrá lugar la acción de venta, a condición que haya sufrido una pérdida el vendedor de la herencia: al contrario, si nada falte al vendedor, será consecuente decir que no le compete la acción.

18.4.2.12.

Apud Iulianum scriptum est, si venditor hereditatis exceperit servum sine peculio et eius nomine cum eo fuerit actum de peculio et in rem verso, id dumtaxat eum consequi, quod praestiterit eius peculii nomine quod emptorem sequi debeat, aut quod in rem defuncti versum est: his enim casibus aes alienum emptoris solvit, ex ceteris causis suo nomine condemnetur.

18.4.2.12.

En Juliano está escrito que, si el vendedor de la herencia haya exceptuado un esclavo sin el peculio y por causa de éste se haya ejercitado contra él la acción de peculio y de *in rem verso*, él consigue solamente lo que hubiere dado por el peculio del esclavo que debe pertenecer al comprador o por lo que ha sido revertido en el patrimonio del difunto: en efecto en estos casos ha pagado una deuda del comprador, en todas las otras causas será condenado en su nombre.

18.4.2.13.

Quid ergo si servum cum peculio exceperit venditor hereditatis conventusque de peculio praestitit? Marcellus libro sexto digestorum non repetere eum scripsit, si modo hoc actum est, ut, quod superfuisset ex peculio, hoc haberet: at si contra actum est, recte repetere eum posse ait: si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat.

18.4.2.13.

¿Que pasa si el vendedor de la herencia haya exceptuado un esclavo con peculio y al ser convenido por la (acción) de peculio ha pagado? Marcelo en el libro sexto de los digestos ha escrito que él no puede repetir, a condición que se haya hecho esto, que, él tenga lo que hubiera quedado del peculio: pero si se haya hecho lo contrario, dice que él puede justamente repetir: si en verdad nada se conviene entre ellos expresamente, sino solamente ha sido hecha mención del peculio, consta que cesa la acción de venta.

18.4.2.14.

Si venditor hereditatis aedes sibi exceperit, quarum nomine damni infecti promissum fuerat, interest, quid acti sit: nam si ita exceperit, ut damni quoque infecti stipulationis onus sustineret, nihil ab emptore consequeretur: si vero id actum erit, ut emptor hoc aes alienum exsolveret, ad illum onus stipulationis pertinebit: si non apparebit quid acti sit, verisimile erit id actum, ut eius quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emptorem, alterius temporis ad heredem pertineat.

18.4.2.14.

Si el vendedor de la herencia haya exceptuado para sí unas casas, de las cuales fuera prometido (indemnizar) por daño temido, interesa, que cosa se haya hecho: en efecto si ha exceptuado de manera, que sostendría también la carga de la estipulación de daño temido, nada conseguirá del comprador: si al contrario habría sido hecho, que el comprador pagaría esta deuda, a él le pertenecerá la carga de la estipulación: si no parecerá que se haya hecho, verosímil será que se haya hecho, que la carga de aquel daño que ha sido dado antes de la venta, pertenezca al comprador, de aquel causado en otro tiempo al heredero.

18.4.2.15.

Si Titius Maevi hereditatem Seio vendiderit et a Seio heres institutus eam hereditatem Attio vendiderit, an ex priore venditione hereditatis cum Attio agi possit? et ait Iulianus: quod venditor hereditatis petere a quolibet extraneo herede potuisset, id ab hereditatis emptore consequatur: et certe si Seio alius heres exstitisset, quidquid venditor Maevianae hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actione consequi ab eo potuisset: nam et si duplam hominis a Seio stipulatus fuisset et ei heres exstitissem eamque hereditatem Titio vendidissem, evicto homine rem a Titio servarem.

18.4.2.15.

Si Ticio haya vendido la herencia de Mevio a Seyo, e instituido heredero por Seyo haya vendido esta herencia a Atio. ¿Se podrá ejercitar la acción contra Atio en base a la primera venta de la herencia? Y dice Juliano: lo que el vendedor de la herencia hubiera podido pedir a cualquier extraño heredero, podrá conseguirlo esto del comprador de la herencia: y ciertamente si hubiera habido otro heredero a Seyo, cualquier cosa el vendedor hubiera prestado a causa de la herencia Meviana, esta cosa hubiera podido conseguir de él por la acción de venta: en efecto también si yo me hubiera hecho estipular de Seyo el doble (del precio) del esclavo y hubiera quedado como heredero a él y hubiera vendido aquella herencia a Ticio, evicto el esclavo habré de conseguir de Ticio una indemnización.

18.4.2.16.

Si quid publici vectigalis nomine praestiterit venditor hereditatis, consequens erit dicere agnoscere emptorem et hoc debere: namque hereditaria onera etiam haec sunt. et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum.

18.4.2.16.

Si el vendedor de la herencia haya pagado algo en concepto de vectigal público, será consecuente decir que el comprador reconoce esto y lo debe: en efecto también estos son gravámenes hereditarios. También si (el vendedor) pague algo en concepto de tributo, lo mismo deberá decirse.

18.4.2.17.

Quod si funere facto heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emptore consequatur? et ait Labeo emptorem impensam funeris praestare debere, quia et ea, inquit, impensa hereditaria esset: cuius sententiam et Iavolenus putat veram et ego arbitror.

18.4.2.17.

Si el heredero hubiera vendido la herencia hecho el funeral. ¿Puede conseguir del comprador los gastos del funeral? Y dice Labeón que el comprador debe prestar los gastos del funeral, porque dice que estos también son gastos hereditarios: cuya opinión también Javoleno piensa que sea verdadera y yo estimo lo mismo.

18.4.2.18

Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit: sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere et idcirco teneri venditori hereditatis, sive cum moritur testator debuit (quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate) sive quid in diem debeatur sive sub condicione et postea condicio exstitisset, ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur.

18.4.2.18

Cuando uno ha quedado como heredero a su deudor, deja de ser acreedor por la confusión: pero si ha vendido la herencia, resulta muy equitativo que el comprador de la herencia obten-

ga la posición de heredero y que por esto sea obligado al vendedor de la herencia, sea que el testador cuando ha muerto debía (aunque después la muerte ha cesado de deber, al ser la herencia adida por el vendedor) sea que algo es debido en término o bajo condición y después se hubiera cumplido la condición, así sin embargo, si podía ejercitarse una acción de aquel deuda contra el heredero, a fin que no se ejercite una acción contra el comprador también por estas causas, por las cuales no hay acción contra el heredero.

18.4.2.19

Et si servitutes amisit heres institutus adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur.

18.4.2.19

Y si el heredero instituido ha perdido las servidumbres al ser aceptada la herencia, podrá ejercitar contra el comprador la acción de venta, para que las servidumbres le sean restituidas.

18.4.2.20

Sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilo minus agere potest cum emptore.

18.4.2.20

Pero también si el vendedor todavía no haya pagado algo, pero haya sido obligado en cualquier título a causa de la herencia, puede nada menos que ejercitar (la acción) contra el comprador.

18.4.3 Pomponius libro vicensimo septimo ad Sabinum

Si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset, non placet eum emptori teneri.

18.4.3 Pomponio en el libro vigésimo séptimo a Sabino

Si el vendedor de la herencia hubiera perdido sin dolo malo y culpa el dinero exigido, no se establece que él esté obligado al comprador.

18.4.4 Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum

Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit,

18.4.4. Ulpiano en el libro trigésimo segundo al edicto

Si un crédito fue vendido, Celso en el libro nueve de los digestos escribe que no se debe prestar de que el deudor es solvente, sino que prestar de que hay deudor, si no se conviene otra cosa,

18.4.5. Paulus libro trigésimo tertio ad edictum

et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris.

18.4.5. Paulo en el libro trigésimo tercero al edicto

y ciertamente sin excepción también, a menos que se haya hecho lo contrario. Pero si se hubiese declarado que el deudor lo era de cierta suma, en aquella suma está obligado el vendedor: si incierta y nada debe, en cuanto es el interés del comprador.

18.4.6. Idem libro quinto quaestionum

Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet eius quoque, quod postea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori.

18.4.6. El mismo en el libro quinto de las cuestiones

Al comprador de un crédito debe ser prestada también la persecución de la prenda también de la (prenda), que posteriormente el vendedor ha aceptado: en efecto el beneficio del vendedor le es útil al comprador.

18.4.7. Idem libro quarto decimo ad Plautium

Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

18.4.7. El mismo en el libro decimo cuarto a Plauto

Cuando alguien ha vendido la herencia, debe haber herencia, para que haya compra: y en efecto no se compra el alea, como en la caza y similares, sino la cosa: esta si no existe, no se contrae la compra y por lo tanto el precio puede ser pedido con la *condictio*.

18.4.8. Iavolenus libro secundo ex Plautio

Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur

18.4.8. Javoleno en el libro segundo a Plauto

Que si ninguna herencia ha tocado al vendedor, será necesario distinguir, cuanto debe prestar al comprador, de tal manera que, si hay alguna herencia, pero no pertenece al vendedor, la misma sea valuada, si no hay ninguna, sobre la cual resulte haberse hecho, el comprador puede conseguir del vendedor el precio solamente y lo que haya gastado en aquella cosa

18.4.9. Paulus libro trigésimo tertio ad edictum

et si quid emptoris interest.

18.4.9. Paulo en el libro trigésimo tercero al edicto

y lo que corresponde al interés del comprador.

18.4.10. Iavolenus libro secundo ex Plautio

Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret.

18.4.10. Javoleno en el libro segundo a Plauto

Que si en la venta de herencia se ha hecho esto, que si hay algún derecho lo del cual tuviese derecho el vendedor, sea vendido ni después algo será prestado: aunque la herencia no habrá pertenecido al vendedor, sin embargo nada será prestado por este porque es manifiesto que se ha hecho esto, que como la ganancia del negocio así el peligro correspondería al comprador.

18.4.11. Ulpianus libro trigésimo secundo ad edictum

Nam hoc modo admittitur esse venditionem "si qua sit hereditas, est tibi empti", et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.

18.4.11. Ulpiano en el libro trigésimo segundo al edicto

En efecto en este modo se admite que hay venta "si hay alguna herencia, ha sido comprada para tí", como casi una esperanza de herencia: en efecto que sea vendida la incertidumbre de la cosa, como en una redada.

18.4.12. *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*

Hoc autem sic intellegendum est, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur.

18.4.12. Gayo en el libro décimo al edicto provincial

Esto debe entenderse así, a no ser que lo haya vendido sabiendo que no le pertenecía: en efecto en tal caso será obligado por dolo.

18.4.13. *Paulus libro quarto decimo ad Plautium*

Quod si sit hereditas et si non ita convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet, tunc heredem se esse praestare debet: illo vero adiecto liberatur venditor, si ad eum hereditas non pertineat.

18.4.13. Paulo en el libro decimo cuarto a Plauto

Que si hay herencia y si no se ha convenido de tal modo, que cualquier derecho tuviera el vendedor el comprador lo tendría, entonces debe prestar que él es el heredero: empero si se ha añadido esto el vendedor será liberado, si a este no pertenece la herencia.

18.4.14.pr. *Idem libro trigesimo tertio ad edictum*

Qui filii familias nomina vendidit, actiones quoque quas cum patre habet praestare debet.

18.4.14.pr. El mismo en el libro trigésimo tercero al edicto

Quien ha vendido los créditos de un hijo de familia, debe prestar también las acciones que tiene contra el padre.

18.4.14.1.

Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil interest,

18.4.14.1.

Si una herencia ha sido vendida, el vendedor debe transmitir las cosas hereditarias: nada interesa sin embargo, cuanto es la herencia,

18.4.15. *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*

nisi de substantia eius adfirmaverit.

18.4.15. Gayo en el libro décimo al edicto provincial
a no ser que se haya afirmado sobre la substancia de esta.

18.4.16. *Paulus libro trigesimo tertio ad edictum*

Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex senatus consulto Trebelliano restituta esset hereditas, quanti emptoris intersit teneberis.

18.4.16. Paulo en el libro trigésimo tercero al edicto

Si has vendido la herencia como heredero, habiendo sido restituida a tí la herencia en base al Senadoconsulto Trebeliano, serás obligado a cuanto es el interés del comprador.

18.4.17. *Ulpianus libro quadragesimo tertio ad edictum*

Nomina eorum, qui sub condicione vel in diem debent, et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest.

18.4.17. Ulpiano en el libro cuadragésimo tercero al edicto

Solemos y comprar y vender los créditos de aquellos, que bajo condición o bien en término deben: en efecto aquella es cosa que puede ser comprada y vendida.

18.4.18. *Iulianus libro quinto decimo digestorum*

Si ex pluribus heredibus unus, antequam ceteri adirent hereditatem pecuniam, quae sub poena debebatur a testatore, omnem solverit et hereditatem vendiderit nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quicquam servare poterit, cum emptore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur: omnem enim pecuniam hereditario nomine datam eo manifestius est, quod in iudicio familiae erciscundae deducitur, per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus suis consequi potest, quam quod tamquam heres impenderit.

18.4.18. Juliano en el libro decimoquinto de los digestos

Si uno de varios herederos, antes de que los otros aceptaran la herencia, ha pagado todo el dinero, que bajo pena era debido por el testador, y ha vendido la herencia ni ha podido conseguir nada de sus coherederos por la insolvencia de ellos, rectamente ejercitará con el comprador de la herencia o bien la acción de la *stipulatio* o bien de la venta: en efecto es alcuanto manifiesto que todo el dinero ha sido dado a título hereditario, porque se deduce en el juicio de *familiae erciscundae*, por el

cuál cada uno no puede conseguir nada más a sus coherederos, que lo que como heredero haya pagado.

18.4.19. *Idem libro vicesimo quinto digestorum*

Multum interest, sub condicione aliqua obligatio veneat an, cum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat. priore casu deficiente condicione nullam esse venditionem, posteriore statim venditionem consistere: nam si Titius tibi decem sub condicione debeat et ego abs te nomen eius emam, confestim ex empto vendito agere potero, ut acceptum ei facias.

18.4.19. El mismo en el libro vigésimoquinto de los digestos

Mucho interesa, si alguna obligación se venda bajo condición o, siendo la misma obligación bajo condición, se venda como pura. En el primer caso por la condición deficiente es nula la venta, en el segundo inmediatamente existe la venta: en efecto si Ticio te deba diez bajo condición y yo compro de tí su crédito, subitamente podré ejercitar por la acción de compraventa, para que le canceles la deuda.

18.4.20.pr. *Africanus libro septimo quaestionum*

Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis.

18.4.20.pr. Africano en el libro séptimo de las cuestiones

Si tu has vendido a mí la herencia de Lucio Ticio y después seas heredero al deudor del mismo, serás obligado con la acción de compra.

18.4.20.1.

Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo heres exstitit et hereditatem vendidit.

18.4.20.1.

Y también se incurre al cuanto simplemente en aquella proposición, cuando alguien mismo ha sido constituido heredero a su acreedor y ha vendido la herencia.

18.4.21 *Paulus libro sexto decimo quaestionum*

Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit: quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus

est, tunc rem debeat. si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichus promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset. sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis. sed hoc in re singulari non potest credi: nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem. at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam: quemadmodum fundi venditor fructus praestet bona fidei ratione, quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit, nisi si culpa eius argueretur. quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo an rem? utique rem, non enim actiones ei, sed rem praestare debeo: et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debeat, non rem, et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio.

18.4.21 Paulo en el libro décimo sexto de las cuestiones

Interpuesta una estipulación relativa a una herencia el vendedor obtenida una cosa hereditaria la ha vendido a otro: se pregunta, que deba prestar en base a la estipulación: en efecto dos veces en todo caso no puede incurrir en la estipulación, que deba y la cosa y el precio. Y ciertamente si la estipulación ha sido interpuesta, después que ha vendido la cosa el heredero, creemos que el precio ha llegado en la estipulación: y si la estipulación ha antecedido, después ha adquirido la cosa, entonces deberá la cosa. Si por tanto haya vendido un hombre y aquel hubiera fallecido, ¿Debe el precio del mismo? En efecto el prometedor de Estico no lo debería, si lo hubiera vendido, y muerto aquel, ninguna mora hubiera incurrido. Pero cuando he vendido la herencia y después he vendido una cosa de aquella, puede resultar que gestiono un negocio de él (el compra-

dor) más que de la herencia. Pero esto en una cosa singular no se puede creer: en efecto si hubiera vendido el mismo hombre a tí y antes de entregártelo lo hubiera vendido también a otro y hubiere recibido el precio, muerto aquel veamos si te debo algo en base a la acción de compra, puesto que no he incurrido en mora en la entrega (en efecto el precio del esclavo vendido no se percibe por la cosa, sino por el negocio) y de este modo sea, como si no hubiera vendido a otro: en efecto te debía la cosa, no la acción. Pero cuando la herencia es vendida, resulta que ha sido hecho tácitamente esto, que, si he hecho algo como heredero, presto esto al comprador, como si hiciese un negocio de aquel: del mismo modo que el vendedor del fundo por razón de buena fe preste los frutos, bien que, si hubiera desatendido como cosa ajena, nada podía imputarse a él, si no fuere mostrado su culpa. Que si he demandado una cosa que he vendido mientras un otro la poseía y he recibido la estimación del litigio, ¿Debo a aquel (el comprador) el precio o la cosa? En todo caso la cosa, en verdad no debo prestar a aquel las acciones, sino la cosa: también si expulsado con fuerza o bien por la acción de hurto hubiere recibido el doble, nada de esto pertenecerá al comprador. En efecto si el vendedor ha cesado de detentar sin culpa, deberá prestar sus acciones, no la cosa, y de este modo también la estimación: en efecto debe entregar también el area una vez incendiado el edificio.

18.4.22. *Scaevola libro secundo responsorum*

Hereditatis venditae pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi cur non teneantur.

18.4.22. Escévola en el libro segundo de las respuestas

Ha recibido una parte del precio de la herencia vendida: siendo el comprador no solvente para el restante ha sido cuestionado, si las cosas hereditarias sean obligadas en concepto de prenda. He respondido que nada ha sido propuesto porque no sean obligadas.

18.4.23.pr. *Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum*

Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne ius, quod ex ea causa ei competit tam adversus ipsum

reum quam adversus intercessores huius debiti, cedere debet, nisi aliud actum est.

18.4.23.pr. Hermogeniano en el libro segundo de los epitomes del derecho.

El vendedor de la acción, que tiene contra el deudor principal, debe ceder todo derecho, el cual de esta causa le pertenece tanto contra el mismo deudor como contra los garantes de este débito, a no ser que haya sido hecho otra cosa.

18.4.23.1.

Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur.

18.4.23.1.

El vendedor del crédito debe ser compelido a restituir íntegramente al comprador cualquier cosa que por compensación o bien cobro hubiese conseguido.

18.4.24. *Labeo libro quarto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*

Hereditatem Cornelii vendidisti: deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat, priusquam legatum ab emptore perciperet, te fecit heredem: recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur, quia ideo eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emptor, nec quicquam intersit, utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an legatario.

18.4.24. Labeón en el libro cuarto de los posteriores epitomados por Javoleno.

Has vendido la herencia de Cornelio: después Atio, al que Cornelio había legado algo de tí heredero, antes de percibir el legado del comprador, te hizo heredero: rectamente pienso que ejercitarás con la acción de venta, para que te sea prestado, porque por esa razón la herencia se haya vendido en menos, para que el comprador prestara este legado, ni interesa nada, si el dinero se deba a Atio, que te haya hecho heredero, o a un legatario.

18.4.25. *Idem libro secundo pithanon*

Si excepto fundo hereditario veniit hereditas, deinde eius fundi nomine venditor aliquid adquisiit, debet id praestare emptori hereditatis. Paulus: immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit, praestare eam

rem debeat emptori venditor, nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur non secus ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.

18.4.25. El mismo en el libro segundo de los pithana

Si se ha vendido una herencia exceptuándose un fundo hereditario, después el vendedor a título de aquel fundo ha adquirido algo, debe prestarlo al comprador de la herencia. Paulo: al contrario siempre se indaga en este caso, que cosa se haya hecho: pero si esto no pareciera, deberá prestar aquella cosa el vendedor al comprador, en efecto resultará que esta misma cosa haya llegado a él por aquella herencia no diversamente que si al vender la herencia no hubiere excepcionado aquel fundo.

VERSIÓN PROPIA DEL CÓDIGO

LIBRO 4, TÍTULO 39.

1. *Impp. Severus et Antoninus AA. Geminio.*-

Aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est.

Dat. III. Non. Nov. ...

1. Los Emperadores Severo y Antonino Augustos a Geminio. Es cierto y absoluto que el dinero ajeno, vendida la herencia en nombre del fisco, pertenece a la carga del comprador de los bienes, y que el fisco no responde a los acreedores hereditarios.

Dada a 3 de las nonas de noviembre...

2. *Imp. Antoninus A. Floriano.*

Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis, te convenire volentibus, tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. nam ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfiat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.

2. El Emperador Antonino Augusto a Floriano.

La razón de derecho postula, que tu respondas a los acreedores hereditarios y legatarios o fideicomisarios, que quieren convenirte, y con él, al que has vendido la herencia, ejercites (la acción) según su orden. En efecto deseas tarde, que te sea dada la *satisdatio*, ya que en aquel tiempo, durante el cual se vendía la herencia, esto no ha sido comprendido. No obstante en efecto haya comprado con esta cláusula, que satisfaga a los acreedores hereditarios, sin embargo no puede contra su voluntad ser constreñido a excepcionar las acciones hereditarias.

3. *Imp. Alexander A. Timotheo.*

Nominis venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.

PP. V. Id. Febr. Maximo II. et Aeliano Conss.(223)

3. El Emperador Alejandro Augusto a Timoteo.

Suele contraerse la venta del crédito e ignorándolo o bien contra la voluntad de él, contra el cual se ceden las acciones.

Publicada a 5 de los Idus de febrero, bajo el segundo consulado de Máximo y el de Eliano. (223)

4. *Idem A. Diogeni.*

Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit, bonae fidei iudicio conveniri, ut res tradat vel actiones mandet, non compellitur suo quoque iure eorum persecutionem habet.

Dat. XVII. Kal. Octob. Maximo II. et Aeliano Conss.(223).

4. El mismo Augusto a Diógenes.

El que no todavía cierto de la cuantía de la herencia, persuadéndolo el comprador, ha vendido esta como se fuese una cuantía exigüa, no es compelido a ser convenido por un juicio de buena fe, para entregar las cosas o ceder las acciones, y en base a su derecho tiene la persecución de estas.

Dada a 17 de las Calendas de octubre, bajo el segundo consulado de Máximo y el de Eliano.(223)

5. *Idem A. Onesimo.*

Emptor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuerit.

PP. Kal. Mart. Iuliano II. et Crispino Conss.(224).

5. El mismo Augusto a Onésimo.

El comprador de la herencia cedidas las acciones debe usar con aquel derecho, con el que (usa) él, de cuya persona sustituye, aunque se haya establecido que las acciones útiles contra los deudores hereditarios sean atribuidas al comprador.

Publicada las Calendas de marzo, bajo el segundo consulado de Juliano y el de Crispino.(224)

6. *Idem A. Pomponio.*

Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogitur.

PP. VIII. Kal. Iul. Agricola et Clementino Cons. (230).

6. El mismo Augusto a Pomponio.

El cual te ha vendido la herencia, antes de que haya entregado las cosas hereditarias, ha perseverado dueño de aquellas, y por esto vendiéndolas a otros ha podido transferir el dominio. Pero porque ha quebrantado la fe del contrato, convenido por la acción de compra, está constreñido a prestar, cuanto es tu interés.

Publicada a 8 de las Calendas de julio, bajo el consulado de Agrícola y de Clementino.

7. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Manassae.*

Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emptori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

7. Los Emperadores Diocleciano y Maximiano Augustos a Manassa.

Después que se ha recurrido esto, que también las *cautiones* de los deudores eran dadas en prenda, ha resultado ordinario que, después de la venta del crédito se deben dar (como ha sido respondido) las acciones útiles al comprador, o bien al mismo acreedor que las pide.

8. *Idem AA. et CC. Aurelio Vigiliano*

Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel

utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

s. XV. ...

8. Los mismos Augustos y Césares a Aurelio Vigiliano.

De la compra del crédito el dominio de las cosas obligadas no se transmite al comprador, pero le es atribuída la persecución o constituído procurador *in rem suam*, o con la acción útil al ejemplo de un acreedor, según cuanto ha sido establecido antes.

Sancionada a 15 de...

9. *Imp. Iustinianus A. Ioanni PP.*

Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. cum enim actionis nomen generale est omnium sive in rem sive in personam actionum, et apud omnes veteres iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat, nihil est tale, quod differentiam in huiusmodi utilibus actionibus possit introducere.

Dat. Kal. Novemb. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC.

Cons. (530)

9. El emperador Justiniano Augusto a Juan Prefecto del Pretorio.

Es derecho cierto e indudable que, a similitud de aquel, el cual haya comprado una acción personal, le sea también concedido promover útilmente aquella para su crédito, también el, que haya comprado una acción *in rem*, pueda usar la misma facultad. En efecto el nombre de acción es general de todas las acciones sea *in rem*, sea *in personam*, y en todos los antiguos fundadores del derecho aparece este término para todas, nada es tal, que pueda introducir una diferencia en las acciones útiles de este tipo.

Dada en Constantinopla las Calendas de noviembre, bajo el consulado de Lampadio y de Oreste, varones esclarecidos.

ÍNDICE DE FUENTES

Fuentes jurídicas.

Fuentes prejustinianas

Lex XII Tabularum

(FIRA I, pp. 21 y siguientes)

5.3., 5.4., 5.5.

Gai XII Institutiones

1.115., 1.155., 2.13., 2.21., 2.24., 2.28., 2.30.33., 2.34., 2.35., 2.36., 2.37., 2.157., 2.191., 2.245., 2.252., 2.257., 3.9., 3.10., 3.12., 3.85., 3.86., 3.87., 3.154.a., 3.154.b.

Tituli ex corpore Ulpiani

19.12-15., 26.1

Vaticana Fragmenta

50

Fragmenta Interpretationis Gal Institutionum Augustodanensia

2.67., 2.68., 2.69., 2.70.

Leges saeculares, Liber Syro-Romamus

84

Corpus Iuris Civilis Digesta

1.4.1.pr., 2.14.4., 2.14.16.pr., 3.3.28., 3.3.42.2., 3.3.55., 3.5.9(10), 4.3.9., 4.4.24.2., 5.3.13.4-5, 5.3.18.pr., 5.3.18.2., 5.3.20.6., 6.1.1.pr., 6.2.9.3., 7.1.60.pr., 8.1.14.pr., 8.4.9., 10.2.4.3., 10.3.3.pr., 10.3.4.pr., 11.6.1.1., 11.7.1., 11.7.14.1., 11.7.14.35., 11.7.16., 12.1.41., 12.6.26.13., 12.6.45., 13.4.7.1., 15.1.37.pr., 15.3.7.4., 16.1.3., 16.1.2.5., 16.3.32., 17.1.8.10., 17.1.14.pr., 17.1.14.1., 17.1.42., 17.2.3.2., 17.2.71., 18.1.1.pr., 18.1.1.1., 18.1.8.pr., 18.1.8.1., 18.1.15.pr., 18.1.39.1., 18.1.70., 18.4.1., 18.4.2.pr., 18.4.2.1., 18.4.2.2., 18.4.2.3., 18.4.2.4., 18.4.2.5., 18.4.2.6., 18.4.2.7., 18.4.2.8., 18.4.2.9., 18.4.2.10., 18.4.2.11., 18.4.2.12., 18.4.2.13., 18.4.2.14., 18.4.2.15., 18.4.2.16., 18.4.2.17., 18.4.2.18., 18.4.2.19., 18.4.2.20., 18.4.3., 18.4.4., 18.4.5., 18.4.6., 18.4.7., 18.4.8., 18.4.9., 18.4.10., 18.4.11., 18.4.12., 18.4.13., 18.4.14.1., 18.4.15., 18.4.16., 18.4.17., 18.4.18., 18.4.19., 18.4.20.pr., 18.4.20.1., 18.4.21., 18.4.22., 18.4.23., 18.4.23.1., 18.4.24., 18.4.25., 19.1.11.2., 19.1.13.5., 19.4.1.pr., 20.2.1., 20.2.4.pr., 20.2.7.pr., 21.1.31.12., 21.1.33.pr., 26.10.7.1., 27.5.3.pr., 27.8.1.3., 27.9.3.pr., 28.2.11.,

28.5.86.(84), 28.5.87.(86), 28.7.12., 29.2.1., 29.2.2., 29.2.5.pr., 29.2.6.4., 29.2.15., 29.2.21.1., 29.2.22., 29.2.32.pr., 29.2.37., 29.2.45., 29.2.47., 29.2.50., 29.2.64., 29.2.68., 29.2.78., 30.94.1., 31.66.pr., 32.95., 35.1.21., 35.2.1.18., 35.2.71., 36.1.20.(19).2., 36.1.23.3., 36.1.44.(43), 36.4.5.15., 39.5.29.2., 39.5.30., 41.1.62., 41.5.1., 42.5.24.1., 42.6.2., 43.3.1.13., 44.2.7.5., 44.4.4.27., 44.4.4.28., 44.4.4.29., 44.4.17.2., 44.7.1.5., 44.7.28., 45.1.50.1., 45.3.20.1., 46.3.75., 47.4.1.2., 48.8.7., 50.16.24., 50.16.27.1., 50.16.97., 50.16.178.1., 50.16.178.2., 50.16.208., 50.16.213.2., 50.16.226., 50.17.23., 50.17.59., 50.17.62., 50.17.89.

Codex Iustinianus

2.3.2., 2.3.30., 4.39.1., 4.39.2., 4.39.3., 4.39.4., 4.39.5., 4.39.6., 4.39.7., 4.39.8., 4.39.9., 6.37.2., 7.8.6., 7.10.3., 7.75.1.

Fuentes Bizantinas

Theophili Paraphrasis

2.23 2., 2.23.3.

Scholia a los Basilicos

Sch.5 Bas.11.1.63

Sch.59 Bas. 18.7.7.4

Glossa

'Merxime' a D.18.4.2.2.

'Si ex pluribus' a

D.18.4.18.

'Hereditatem' a

D. 1 8.4.2.2.

Códigos Civiles modernos B.G.B.

§2.371, §2.374, §2.377, §2.379, §2.381, §2.382, §2.383.

Código Civil Argentino

art.124, art. 1175, art. 1184, inc.6., art. 1408, art. 1424.

Código Civil Brasileño

art. 483, art. 1122.

Código Civil Chileno

art. 94,4a, art. 1463, art. 1871, art. 1 888, art. 1 909, art. 1910.

Código Civil Colombiano
art. 109,4a, art. 1928, art. 1967, art. 1968.

Código Civil D F. (México)
art. 708, art. 1291, art. 1292, art. 1293, art. 1294, art. 1826, art. 2288, art. 2293.

Código Civil Español
art. 1130, art. 1531, art. 1532, art. 1533, art. 1534.

Código Civil Francés
art. 118, art. 791, art. 1130, art. 1600, art. 1696, art. 1697, art. 1698.

Código Civil Italiano
art.66, art. 458, art.533, art.732, art.1440, art.1448, art.1470, art. 1498,
art. 1542, art. 1543 ,art. 1544, art. 1545, art. 1546, art. 2900.

Código Civil Peruano
art. 69, art.1209, art. 1447, art. 1550, art. 1558.

Código Civil Venezolano
art. 436, art. 1156, art. 1280 ordinal 4º, art. 1494, art. 1527, art. 1556.

Fuentes Literarias

Polibio
Hist. 31,26
Hist. 31, 28, Párrafos 13

Cicerón *Epistulae ad familiares* 14.5.2. *Epistulae ad Atticum* 6.9.2.
13.12.4. 13.14.1. *Paradoxa Stoicorum* 6.2. *Pro A. Caecina Oratio* 4.12.
5.1315. 6.16. *Topica* 5.27.

Lucrecio *De rer. nat.* 1, 303-305.

Séneca *Ep. ad. Luc.* 6.6.11.

Plinio *Epistolaram* 5,1-3.

Quintiliano *Inst. Oral.* 5.10.116.

Fuentes epigráficas *Formula Baetica* líneas 3-4 (en FIRA III p. 296) *Leges horreorum* n. 145 a líneas 9-10 n.145 c líneas 5-7 (en FIRA III pp. 455 y 457)

II. REFERENCIAS

1. Sobre tal doctrina ver *infra* § 4.
2. Sobre la relación de estos dos contratos en la compraventa de herencia ver el reciente estudio de Mario Talamanca, "Vendita (dir. rom.)" *Enciclopedia del Diritto*, vol. 46 (1993), p. 355.
3. Sobre el presente texto bajo el perfil histórico del origen del fideicomiso ver: Biondo Biondi, *Successione testamentaria e donazioni* (seconda edizione riveduta, Milano, Giuffrè, 1955) p. 480; Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano* (seconda edizione, Milano, Giuffrè, 1967) vol. II, p. 345; Armando Torrent, *Fideicommissum familiae relictum*, (s/e; Oviedo: Universidad de Oviedo, 1978) p. 7; Alfonso Murillo Villar, "Aproximación al origen del Fideicomiso *de eo quod supererit*", *BIDR*, vol.92-93, (1989-1990), p. 123. Bajo el perfil de la figura del *procurator* y del *cognitor in rem suam* ver: Wladislaw Rozwadowski, "Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano", *BIDR*, vol. 76. p. 48 y 74. En lo referente al contenido de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* ver: Ferdinand Kniep, *Gai Institutionum, Commentarius secundus*, (s/e, Jena: Verlag von Guffau Filcher, 1913) págs. 393-94; Georg Maier "Zur Geschichte der Zession", *Festschrift fuer Ernst Rabel*, vol.II (1954) págs.219 a 220; Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius*, (reimp., Oxford: Clarendon Press, 1963) vol. II p. 116; Pablo Fuenteseca, "Reflexiones sobre la tricotomía *actio petitio persecutio*", *AHDE*, vol. 40 (1970), p. 144; Max Kaser, *Das Roemische Privatrecht*, (2a edición, Muenchen: Beck, 1971) vol. I, p. 762; haciendo un paralelismo entre tales *stipulationes* y las referentes a la venta de un crédito ver: Andreas Wacke, "Ofilius D.44.4.4.6. Ein Forderungskauf zu Buergschaftszwecken" *RIDA*, vol. 17. (1970) p. 347.
4. El texto ha sido citado según la edición de *FIRA*, vol. II p. 94. La letra más oscura corresponde a una integración de la parte corrupta del texto.
5. Ver *infra*, capítulo III §§ 2 y 3.

6. En el primer sentido se orienta la mayoría de la doctrina, ver recientemente: Ulrich Manthe, *Das senatus consultum Pegasianum*, (s/e; Berlin; Duncker & Humblot, 1989), p.29 a 31.

7. *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia* 2.69; *Theophilus, Paraphrasis ad Iustiniani Institutiones* 2.23.3, expuestos a continuación y C. 4.39.2 (Emp. Caracala) mencionado en el último párrafo del presente capítulo.

8. Para el texto completo mencionado por Teófilo ver *infra* en este mismo párrafo.

9. Sobre tal argumento regresaremos en el capítulo 3 § 5 correspondiente a la transmisión de los derechos en la venta de herencia

10. En la reconstrucción del texto se ha seguido la edición de Ferrini, "*Fragmenta interpretationis Gai institutionum Augustodunensia*", *BIDR*, vol.13 (1900) págs.5 a 31; también se encuentra en *Opere di Contardo Ferrini*, vol.II (1929) págs.452 a 454.

11. Ver Ferrini, *Opere, op.cit.* p.453, también en: *FIRA*, vol. 2. p. 219.

12. Ferrini, *Opere, op. cit.* p. 453.

13. Ver v.g. Juliano, *libro quinto decimo digestorum* D.18.1.39.1; Ulpiano, *libro vicensimo sexto ad edictum* D.12.6.26.13; Paulo, *libro vicensimo octavo ad edictum* D.13.4.7.1. Sobre el empleo del verbo *stipulari* en lugar de *promittere*, ver ultimamente Manthe, *op. cit.*, p.28 nota 6, así como s.v *stipulor* en: Aegidius Forcellini, *Totius Latinitatis lexicon*, (s/e; Prati:Aldina,1871) p.642 y *Oxford Latin dictionary* (s/e; Oxford: Clarendon pres, 1980) p. 1761.

14. Al respecto ver Contardo Ferrini, "Intorno all' opportunità di una nuova edizione della Parafrasi di Teofilo e intorno alle fonti di questa, ai sussidi e al metodo", *Opere*, vol. 1 (1929) pp. 1 a 39 que si bien seguía la opinión superada en doctrina que la obra no era de Teofilo reconoce la importancia de la obra Gayana, también del mismo autor en la misma recopilación de artículos ver: "La glossa torinese delle Istituzioni e la parafrasi dello pseudo Teofilo" pp. 41 a 69; Pietro de Francisci, "Saggi di critica della parafrasi greca, delle Istituzioni giustiniane", *Studi in Onore di Biondo Biondi*, (1965) vol. 1 pp. 3 a 72 que trata de demostrar que si bien el autor de la parafrasis tenía presente un texto de las Instituciones de Gayo, debía tratarse de un texto diverso del Gayo Veronese; Bernardo Santalucia, "Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo 1", *SDHI*, vol. 31 (1965) pp. 171 a 198, que intenta demostrar la hipótesis de que el modelo originario de la obra teofiliana es de fines del siglo V; por último ver: Manthe *op. cit.* p. 28.

15. Cuya traducción latina en la edición de Contardo Ferrini, *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa* (s/e; Berolini: Apud S.Calvary eiusque socios, 1897) págs.239 y 240 es: "spondesne, heres, si ab hereditario debitore quid exegeris, id mihi dare aut etiam actiones mihi cedere, ut eas procuratorio nomine movere possim?" "Spondeo".

16. Cuya traducción de Ferrini, *ibid.* p. 240: "Spondesne, fideicommissarie, si quid hereditarius creditor a me exegerit, id mihi praestare aut me defendere et indemnem servare?" "Spondeo".

17. Manthe, *op. cit.*, p. 29-31, cuya reconstrucción con referencia a la *stipulatio emptae hereditatis* es: "Quanta pecunia ex hereditate L. Titii ad te pervenit pervenerit dolove malo tuo factum est erit, quominus perveniret, quarumque rerum contra debitores hereditarios actiones petitiones persecutiones tibi quaesitae sunt erunt, quantam pecuniam earum rerum nomine ab hereditariis debitoribus exegeris, tantam pecuniam recte mihi restitui aut earum rerum nomine actiones hereditarias mihi praestari neque per te neque per heredem tuum fieri, quominus mihi hereditate meo actiones hereditarias procuratorio aut cognitorio nomine exequi liceat, si adversus ea factum sit erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes?", y en lo que respecta a la *stipulatio venditae hereditatis*: "Quidquid hereditatis L. Titii nomine, quod L. Titius debuit vel quod mihi legatorum nomine ex testamento L. Titii dari fieri oportet oportebit, sine dolo malo condemnatus solvero sive quid alias bona fide dederam praestitero, his rebus recte praestari, quarumque rerum creditoribus hereditariis actiones petitiones persecutiones mecum sunt erunt, earum rerum nomine recte uti oportet defensionem suscipi quanti ea res erit, tantam pecuniam mihi recte restitui, dolumque malum abesse a futurumque esse spondes?". Tal reconstrucción de Manthe ha sido aceptada por Ingo Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, (s/e, Koln: Verlag Bohlaus, 1994) pp. 78 y 79 pies de página 7 y 8, así como p. 245 pié de página 11.

18. Sobre los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, ver Gayo, Inst. 2.253 a 259. En doctrina ver: Milan Bartosek, *Senatusconsultum Trebellianum*, (s/e; Praze; Nákladem České akademie ved a umeni, 1945) págs. 5 a 215; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, (seconda edizione riveduta, Milano, Giuffrè, 1955) pp. 193,195, 481,483,493; Manthe, *op. cit.*, p. 35- 53 y 76-125; Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano* (4a. edizione; Torino; UTET, 1993) p. 724 a 726; Juan Iglesias, *Derecho Romano*, (undécima edición; Barcelona; Ariel,1993) p.604.

19. Al citar el texto hemos utilizado la edición del Digesto de Mommsen, que incluye en el § 1 estas palabras. En sentido contrario es la reconstrucción de Otto Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, (reimpresión; Graz, Akademische Druck u. Verlagsanstalt, 1960) vol. 1 p. 1213, según el cual tales palabras pertenecerían al pr. del fragmento. Así ver también Justus Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones, Eigenart und Textgeschichte einer spaetklassischen Juristenschrift*, (s/e; Berlin; Duncker & Humblot, 1993) p. 157 nota 23. Este último fundamenta su opinión sobre el empleo de la expresión *peto rescribas* que sería adoptada en el lenguaje jurídico solamente durante el siglo II d.C. Sin embargo, tal argumento no parece decisivo para excluir la atribución de la respuesta a Labeón, puesto que su uso podría haber sido hecho no por el jurista augusteo, sino por Paulo resumiendo la respuesta del primero.

20. Sobre tal principio general ver: Gayo, Inst. 2.91 a 92 reproducido con ligeras diferencias formales en D.41.1.10.3-4; también ver el mismo Gayo, Inst. 3.164; Escévola, *libro quinto digestorum* D.12.6.67.pr.; Ulpiano, *libro octavo ad Sabinum* D.29.2.25.pr.; Pomponio, *libro undecimo ad Sabinum* D.41.1.21. pr.; Ulpiano, *libro quadragensimo tertio ad Sabinum* D.41.1.23.pr. y 2. En doctrina ver Pietro Bonfante, *Corso di Diritto Romano, La proprietà* (ristampa della I edición.; Milano: Giuffrè, 1968) p. 430.

21. En base al texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.pr.:...*si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdidit...* es posible considerar la hipótesis que también en el caso mencionado se utilizara la intermediación de un banquero. Sobre tal intermediación ver la doctrina mencionada *infra*, cap. 2 § III.

22. Ver al respecto Talamanca, "Vendita", *op. cit.*, p. 349.

23. El presente texto ha sido analizado en lo referente a tales palabras *quantae summae* por David Johnston, *The Roman law of trust*, (s/e; Oxford: Clarendon Press, 1988) pp. 201 y 202.

24. Stanislao Cugia, "Spunti storici e dommatici sull'alienazione dell'eredità" *Studi in onore di E. Besta*, vol. I, Milano 1939, p. 531, refiere tal texto a las cosas llegadas al heredero también antes de la venta de herencia. La inclusión de estas cosas en las que el vendedor estaba obligado a otorgar al comprador es expresada claramente por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.4 (ver cap. 2 § III y cap. 4 § III). Pero el empleo en el presente texto del futuro anterior *pervenerit* parecería implicar mayormente una referencia a las *res hereditariae* tomadas en posesión del heredero vendedor en un momento sucesivo a la compraventa de la herencia.

25. Sobre todo bajo el perfil de la transmisión de los créditos: ver por ejemplo Rozwadowski, "Studi sul trasferimento..." *op. cit.* p. 85-87.

26. Torrent, "Venditio hereditatis. La venta de herencia en derecho romano" (Salamanca: Universidad de Salamanca 1966), p. 181.

27. *Ibidem*, p. 182.

28. No contrasta con nuestra afirmación la hipótesis propuesta en la interpretación jurídica sucesiva que pensó en una ratificación de la venta por parte de los otros coherederos, una vez aceptada la herencia. Ver al respecto las glosas "si ex pluribus" de Viviano y "hereditatem" a D.18.4.18.

29. Sobre tal aseveración ver Ulpiano, *libro trigensimo ad Sabinum* D.10.3.3.pr. que trata de la paralela acción de la división de la propiedad. En doctrina ver: Biondo Biondi, "La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane", *Annali Perugia*, vol. 3 (1913) págs. 369 a 407; Vincenzo Arangio-Ruiz, "Appunti sui giudizi dividuarii", *Revista italiana per le scienze giuridiche*, vol.52 (1913) pp. 223 a 242; Jean Gaudemet, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, (s/e, Paris, Sirey, 1934) pp. 1 a 499; Burdese, *Manuale*, *op. cit.* p. 353; Iglesias, *op. cit.* p. 549; Paolo Frezza, s.v. *Actio familiae erciscundae Novissimo Digesto Italiano* vol.1 (1957) pp. 265 a 266.

30. Talamanca, *Vendita*, *op. cit.* p. 355.

31. Ver *infra*, cap. 6 § III.

32. Ver *supra*, D.32.95 en el § III b) y D.50.16.97. mismo § c).

33. Sobre tal texto en cuanto al análisis de la presente *stipulatio* ver: Rozwadowski, *op. cit.* p.74; Wacke "Ofilius..." *op. cit.* p. 347; Paolo Frezza, "Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'alto medioevo e negli scritti di giuristi romani", *SDHI*, vol. 42 (1976), p. 213.

34. Ver *infra* cap. 4 § III D; cap. 7 § II.

35. Las dudas de interpolación de la presente parte del texto de Paulo, manifestadas por los estudiosos menos recientes (ver Levy-Rabel, *Index interpolationum quae in Iustiniani digesta supersunt*, 1929, Boelhaus, Weimar, vol. I, p. 324 a 325; Cugia, *Spunti storici op. cit.*, pp. 541 a 542), son rechazadas por la doctrina actual: confrontar Rozwadowski, *op. cit.* p.84; Manfred Harder, "Commodum eius esse debet, cuius periculum est" en *Festschrift fuer Max Kaser*, Muenchen 1976, p. 367; Paolo Frezza, "Responsa e Quaestiones, studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi", *SDHI*, vol.43 (1977) p. 242; Stefan Weyand, "Kaufverstaendnis und Verkaeufferhaltung im klassischen roemischen Recht" *TR* vol. 51(1983), pp. 259 a

261; Talamanca, *op. cit.*, p. 353 nota 496; Reichard, *op. cit.* pp. 77 a 80.

36. Confrontar *infra*, cap. 2 § III y cap. 4 § III. Esta correspondencia entre la solución manifestada por Paulo y las opiniones de Celso, Gayo y Ulpiano en los respectivos textos hace improbable la postura de Cugia, *op. cit.*, p. 542, que considera dicha solución fruto de retoques compilatorios para introducir la teoría de la compraventa consensual de herencia.

37. Sobre el resarcimiento derivado del incumplimiento de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* ver *infra*, cap. 7 § IV.

38. La misma interpretación se puede observar en la glosa "venditor" a D.18.4.21.

39. Tal parecería ser la orientación de Weyand, *op. cit.*, pp. 259 a 264 y de Reichard, *op. cit.*, pp. 78 a 83.

40. Sch. 59 Bas. 18.7.7 .4 (= D. 15.3.7.4) ed. Heimbach: Stefanou ... KlhronomiaV gar pipraskomenhV o prathV enagetai kai ecei kata tou agorastou thn ex bendito, h thn extipoulatou, ei etucen auton eperwthsaV peri wn ws eikoV profasei thV klhronomiaV enagomenos katabalh, wV anhnetai bib. d tou Kwd. tit. Id diat. b (*Stephani ... hereditate enim vendita venditor convenitur et habet adversus emptorem actionem ex vendito vel ex stipulatu, si forte ab eo stipulatus sit de iis, quae, ut probabile est, hereditatis causa soluturus sit, ut relatum est lib. 4 cod. tit. 39 const. 2*); Sch. 5 Bas. 11.1.63 (= C. 2.3.2) ed. Heimbach: ... Kai ekeina ... fhsin, oti o men klhronomoV o kai prathV enagetai prwtotupwV para tvn daneistvn, autoV de loipon anagkazei ton agorasthn defendeuein auton dia thV ex stipoulatou, eige ephrwthsen, h dia thV ex bendito, ei mh eperwthsen (*dicitur enim in illis, heredem quidem eundemque venditorem principaliter a creditoribus conveniri, eum autem deinde cogere emptorem, ut ipsum defendat, actione ex stipulatu, si stipulatus sit ab emptore, vel actione ex vendito, si stipulatus non sit*)

41. Manthe, *op. cit.*, p. 34, que reconstruye el texto completo de la siguiente forma: *Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, <habeas actionem ex stipulatu, ut defendaris ab emptore vel tibi praestetur, quod hereditatis nomine soluturus sis, vel actionem ex vendito, si stipulatus non sis.> Nam ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emerit, <contra creditores hereditarios defensionem suscipiat>, excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest.*

42. Lenel, *Palingenesia*, *op. cit.* vol. 2 p. 1190 a 1194.

43. Ver Cugia, *op. cit.*, p. 513 a 544, que considera el contrato consensual sólo como la causa de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, David Daube, "Sale of Inheritance and Merger of rights", *ZSS*, vol. 74 (1957) pp. 261, 288 a 290; Torrent, *op. cit.* p. 216 a 220.

44. Talamanca, *Vendita op. cit.*, p. 355. Una opinión similar había sido expresada por J.A.C. Thomas, "Venditio hereditatis and emptio spei" *Tulane Law Review* vol. 33 (1959), p. 546.

45. Su exégesis será realizada en el capítulo 5 § III en lo que respecta a las obligaciones del comprador y será citado también en el capítulo 6 § III.4 bajo el eventual aspecto de la confusión.

46. En el mismo sentido Reichard, *op. cit.*, pp. 244 a 251, que analiza el presente texto bajo el perfil del resarcimiento del daño a terceros.

47. En sentido contrario ver Reichard, *op. cit.* p. 245, que siguiendo a la doctrina tradicional, considera el siguiente texto de la siguiente manera: *quia tenetur aut ex stipulatu aut iudicio ex empto...*

48. Ver Levy-Rabel, *Index interpolationum* vol. I, p. 286; así también Reichard, *op. cit.*, p. 250.

49. Regresaremos a tratar el texto bajo el aspecto de las obligaciones del comprador en el capítulo 5 § III.4 y de la confusión hereditaria en el capítulo 6 § II.3.

50. El texto completo es: *Per contrarium quoque idem Iulianus scribit, cum Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia Bellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur persuasit: an venditi iudicio teneri possit? et ait Iulianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent.* Su exégesis será realizada en el capítulo 7 § III correspondiente a la responsabilidad de las partes.

51. Tal texto se analizará en el capítulo 2 § I en el ámbito de la problemática correspondiente al objeto en la venta de herencia.

52. Tal texto será analizado en el capítulo 3 § IV correspondiente a la transmisión de la herencia.

53. Tal texto será analizado en el capítulo 6 § IV correspondiente a la confusión.

54. Sobre el presente texto en lo referente a la alternativa de acciones ver: Rozwadowski, *op. cit.* p. 85; Andreas Wacke, "Ofilius, *op. cit.* p. 351; en lo referente al *fideiussor* ver: Roger Vigneron, "Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest", *BIDR*, vol.77 (1974) p. 451.

55. Stanislao Cugia, "Inammissibilità del *Mandatum Actionis*", *Studi in Onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, vol. IV (1953) *op.cit.* p. 303

56. En los capítulos 3 § V correspondiente a la transmisión de los derechos y 7 §§ II y III en lo que respecta a la responsabilidad.

57. Sobre tal texto en lo referente a las obligaciones del vendedor y del adquirente de un crédito entendidas como *bonae fidei*, ver: Rozwadowski, *op. cit.* p. 88.

58. Para tal aspecto ver *infra*, cap. 7 § IV.

59. Ver Yuri González Roldán, "*Stipulationes emptae et venditae hereditatis*", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, vol.19 (1995) p. 164 a 184.

60. Vincenzo Arangio-Ruiz, *La Compravendita in diritto romano*, (2a. edizione; Napoli: Jovene, rist.1978) vol. I, p.73. Dicha postura ya se había manifestado anteriormente en doctrina: Ernst Immanuel Bekker, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, (s/e; Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1871) pp. 155 a 159; Rudolph von Jhering, *Geift des roemischen Recht*, (s/e; Leipzig: Drucf und Berlag von Breitkopf und haertel, 1906) vol.3 pp. 201; Paul Frédéric Girard, *Manuel Elementaire de Droit Romain* (s/e; Paris: Rousseau, 1929) pp. 568 a 572; F. de Zulueta, *The roman law of sale* (s/e; Oxford: Clarendon Press, 1949) pp. 2 a 6; David Daube, "Novation of obligations giving a *bonae fidei iudicium*", *ZSS*, vol.46 (1948) pp. 102 a 104; Después de Arangio Ruiz ver: Alan Watson, "The origins of consensual sale: a hypothesis", *TR*, vol.32 (1964) pp. 245 a 254; Burdese, *op. cit.* p. 451; al papel de formas "parastipulatorias", antes de la afirmación de la consensualidad para la celebración de la *emptio venditio* hace referencia también Talamanca, *op. cit.*, p. 311, aunque si bien sustente una idea diferente sobre dicho contrato; ver otras posturas en Talamanca p. 309 a 311.

61. Paulo, *libro tertio epitomarum Alfeni digestorum*, D.17.2.71. nos conserva un ejemplo en el cual el contenido de un contrato consensual, la sociedad, podía ser incluido en una *stipulatio* (... *tota res in stipulationem translata videretur*), deduciéndose que la *stipulatio* constituyó el antecedente histórico de la consensualidad.

62. En esta dirección parece ponerse la tentativa de reconstrucción de Manthe, *op. cit.*, p. 29 a 31.

63. Para los cuales, como es notorio, existía el régimen especial creado por los ediles curules: sobre el punto ver Arangio Ruiz, *op. cit.* vol II, p. 361 a 394; Iglesias, *op. cit.* p.376; Burdese, *op. cit.* p.534.

64. Sobre tal evolución de la *emptio venditio* ver Arangio Ruiz, *op. cit.* vol. I, p. 18 a 82, Vol. II, p. 345 a 352; Talamanca, *op. cit.*, pp. 319 a 323.

65. Para el examen de tal argumento ver *infra* capítulo 4 § II .

66. Respecto al significado de tal expresión en el presente texto ver: Fritz Pringsheim "*id quod actum est*", *ZSS*, vol.78 (1961) pp. 67 a 68.

67. Sobre tal tema ver cap.II §3.

68. Sobre dichas excepciones ver *infra* cap. 3 § IV. Estos textos son examinados bajo el aspecto del *id quod actum est* por Pringsheim, *op. cit.*, pp. 29 a 30 y 68 a 69.

69. Sobre el presente texto en lo referente al *pactum* convenido entre las partes ver: Andreas Wacke, "Zum Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli I *ZSS*_vol. 90 (1973) págs 259 a 261; Pierre Cornioley, "Les origines de la *sponsio*", *Labeo*, vol.35 (1989) p. 75; Talamanca, "Vendita", *op. cit.* p. 355 nota 516.

70. Sobre el fundamento de tal excepción ver Wacke, *op. cit.*, pp. 259 a 261.

71. Sobre los significados del término *hereditas* en la amplia bibliografía moderna ver: Carlo Fadda, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, (s/e; Napoli: Luigi Pierro, 1900) vol. 1, p. 1 a 32; Pietro Bonfante, "Il concetto dommatico dell' eredità nel diritto romano e nel diritto moderno, *Scritti giuridici varii*, vol. I (1916-1926), pp. 152-187; Siro Solazzi, *Diritto ereditario romano* (s/e; Napoli, Jovene, 1932), p. 1 a 34; Carlo Arnò, *Corso di Diritto ereditario romano* (s/e; Torino, Giappichelli, 1937) p. 3 a 44; Biondo Biondi, *Diritto ereditario romano*, (s/e; Milano: Giuffré-Editore, 1954) p. 51; Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano*, (2a edizione; Milano: Giuffré; 1967) vol.I, p. 203 a 321; Ubaldo Robbe "Le definizioni delle fonti della *hereditas* ed i suoi due significati" *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, III (1973); Bernardo Santalucia, *Diritto ereditario romano, Le fonti* (s/e; Bologna, Patròn, 1987) pp. 1031 a 1130.

72. Afirmado por Gayo 2.34; y en los siguientes textos: Paulo, *libro quinto decimo ad Sabinum* D.8.1.14 pr; Ulpiano, *libro nono decimo ad Edictum* D.10.3.4.pr.; Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.50.16.178.1. La distinción entre *res corporales* y *res incorporeales* se encuentra dentro del ámbito filosófico, como se aprecia en: Cicerón, *Top.* 5, 27; Séneca, *Ep. ad. Luc.* 6.6.11; Quintiliano, *Inst. Orat.* 5.10.116; Lucrecio, *De rer. nat.*, 1, 303-305. Respecto a bibliografía ver entre otros: Gaetano Scherillo, *Lezioni di diritto romano, Le cose* (s/e; Milano, Giuffrè, 1945) p. 13 a 18; en sentido contrario del mismo autor "La *in iure cessio* dell' eredità", *Scritti Carnelutti*, Vol. 4, p. 272; Franz Wieacker "Griechische Wurzeln des Institutio-nensystems", *ZSS*, vol. 70 (1953) p. 104; Biondo Biondi, *I Beni* (s/e; Torino, Unione Tipografico, 1953) p. 19 a 43; Werner Flume "Das Be-

griffspaar, *res corporales-res incorporales*", ZSS, vol.79 (1962) p. 22 a 26; Giuseppe Grosso "La distinzione fra *res corporales* e *res incorporales* e il secondo capo della *lex Aquilia*" en Synteleia Arangio Ruiz (1964) p. 791; Pierpaolo Zamorani "*Res Corporales*" "*Res Incorporales*" *Labeo*, vol.20 (1974) p. 362 a 369; Franco Baldessarelli "A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* nel diritto romano classico" *RIDA*, vol.37 (1990) pp. 71-116.

73. El término mercancía técnicamente hablando es el más correcto al referirse al objeto de la venta, como se aprecia claramente en D.18.1.1. pr. y D.18.1.1.1. ambos textos de Paulo, *libro trigésimo tertio ad edictum*.

74. Respecto al presente texto en lo referente a la existencia del objeto ver: Francisco Samper Polo, "La disposición *mortis causa* en el derecho romano vulgar", *AHDE*, vol. 38 (1968), p. 170, José Luis Murga, "Nulidad o ilicitud en la enajenación de las *res sacrae*", *AHDE*, vol. 41 (1971) p. 609; del mismo autor, "Una *actio in factum* de Ulpiano para la venta de sepulcros", *RIDA*, vol 21 (1974) p. 307; también en "Un posible régimen jurídico especial para los sepulcros romanos en Egipto", *RIDA*, vol.31 (1984), p.267; Max Kaser "Erbschaftkauf und Hoffnungskauf", *BIDR*, vol.74 (1971), p. 58, 59; Philippe Didier, "Les diverses conceptions du droit naturel á l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II et III siècles", *SDHI*, vol. 47 (1981), p. 223; Zolnierzuk Mieczyslaw, "Elementi romanistici nel Codice Civile della Repubblica Democratica Tedesca", *INDEX*, vol. 16 (1988) p. 218, que manifiesta como una obligación que tenga por objeto una prestación imposible sea radicalmente nula; Alfredo Calonge, "La compraventa civil de cosa futura" (Salamanca, Acta Salmaticensia, 1963), p. 41 y siguientes; Carlo Augusto Cannata, "Atto giuridico e rapporto giuridico", *SDHI*, vol. 57 (1991), p. 362, en donde el autor manifiesta que, si la herencia existe, pero el vendedor no es heredero, la venta es válida y el vendedor responde como un vendedor de cosa ajena; Talamanca, "Vendita", *op. cit.*, p. 349-350.

75. Ver Lenel, Palingenesia *op. cit.* vol. II, p.110. Sobre el orden de los *libri iuris civilis* de Sabino ver Riccardo Astolfi, *I libri iuris civilis di Masurio Sabino* (s/e, Padova, Cedam, 1983) pp. 1 a 275. Poco probable parecería la postura del autor en la p. 2, nota 4 de la atribución del texto D.18.4.1. a una opinión de Plautio y no de Sabino fundándola en que el primero consideraba nula la venta de herencia inexistente en D.18.4.7. y que Paulo siguiendo a Javoleno optaba por la validez en D.18.4.8. y 9. Tal improbabilidad deriva de la analogía

que presenta el texto D.18.4.1. con D.18.1.8.pr. que correspondería también al comentario que realiza el mismo Pomponio a Sabino.

76. Cabe recordar el texto de Juliano, *libro sexto digestorum* D.50.17.62 que afirma: *hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit*. El concepto de *hereditas*, como se sabe, indica el fenómeno de entrar una persona en el complejo jurídico del difunto, por lo que, para ser tal, debe referirse a un patrimonio cuyo titular haya fallecido, en caso contrario no podríamos hablar del mencionado concepto, y mucho menos de la venta del mismo. En doctrina ver: Filippo Vassalli, "Miscellanea critica di diritto romano", *Studi giuridici* (Milano; Giuffrè, 1960) vol. III, p. 343, que afirma que el fragmento D.18.4.1 está fundado sobre particulares presupuestos lógico-jurídicos del negocio, en virtud de que la persona viva no ha causado ninguna herencia, porque *hereditas* es un concepto que hace referencia al patrimonio de una persona fallecida. En el mismo sentido Torrent, *op. cit.*, p. 158. Además ver Talamanca, *op. cit.*, p.349.

77. Esto puede apreciarse en el texto de Pomponio, *libro trigésimo segundo ad Sabinum* recogido D.41.5.1, que dice: *Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit*.

78. Sobre tales razones con respecto a una herencia ver los dos textos concadenados de Papiniano, *libro duodécimo responsorum* D.39.5.29.2: *Donationem quidem partis bonorum proximae cognatae viventis nullam fuisse constabat: verum ei, qui donavit ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit* (era cosa notoria que la donación de una parte de los bienes de una pariente próxima viva había sido nula: pero responde que deben ser totalmente negadas las acciones hereditarias a él que donó y después sucedió en base al derecho pretorio, porque se hubiera actuado contra las buenas costumbres y el derecho de las gentes); y de Marciano, *libro singulari de delatoribus* D.39.5.30: *nam ei ut indigno aufertur hereditas* (en efecto la herencia le es quitada como persona indigna). La constitución de Justiniano C.2.3.30. con referencia a los pactos sucesorios afirma: *Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accomodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit* (Por lo tanto según las viejas reglas establecimos que de todo modo los pactos de este tipo, que son convenidos contra las buenas costumbres, sean rechazados y nada de estos

pactos sea observado, a menos que la persona misma de cuya herencia ha sido pactado haya prestado su voluntad a tales pactos y la haya perseverado hasta el último momento de su vida). Al respecto ver: Fadda, *op. cit.*, p. 310; Girard, *Manuel élémentaire, op. cit.* p.452; G. Bortolucci, *Corso di Diritto Romano, Le Successioni*, (s/e, Bologna, Gruppo Universitario, 1932) p. 165; Pietro Bonfante, *Corso di diritto romano. Le successioni*, (s/e, Roma, Società editrice del foro italiano, 1930) vol. VI p. 170, en sentido contrario ver: Vasalli, *op. cit.*, p. 335 a 381; Emilio Valiño, "Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo en derecho romano", *Estudios jurídicos en homenaje del profesor Santa Cruz Tejero*, vol. II, (1974) pp. 475 a 486; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (s/e South Africa-Deventer-Boston, Juta Ltd y Kluwer 1990) p. 249. La razón fundada en la violación a la libertad de testar es expresada por Arnó, *op. cit.* págs. 103 a 105; Giulio Vismara, *Storia dei patti successori*, (s/e; Milano; Giuffrè, 1986) págs. 63 a 156.

79. Friederich Glück, *Commentario alle Pandette, tradotto sotto la direzione di Filippo Serafini* (s/e; Milano; Società editrice Libreria, 1901) libro XVIII, pp. 675 y 676, según el cual el contrato de una herencia futura de una persona todavía viva no fue en si mismo considerado ineficaz, considerándose como una ganancia incierta, teniendo el negocio el carácter de una *emptio spei*; más prudentemente Talamanca, *op. cit.*, p. 349 nota 452.

80. La glosa elimina el problema omitiendo esta palabra (ver glosa *maxime* a D.18.4.2.2.). La doctrina posterior hasta el siglo pasado es orientada hacia la segunda solución. Para una panorámica exhaustiva de tal doctrina ver Glück, *op. cit.* p. 675 y Vassalli, *op. cit.*, p. 348 y 349.

81. *Commentarius in Codicem 2.3. lex de quaestione* numero 6.

82. Considera totalmente interpolado el texto Vassalli, *op. cit.* p. 349. Habla de corrupción que excluye una excepción Talamanca, *op. cit.*, p. 349 nota 452.

83. Sobre el carácter y las finalidades de la *pupillaris substitutio* ver por ejemplo: Emilio Costa, "Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare nel diritto romano", *BIDR*, vol. 6 (1893) págs. 245 a 332; Hans Julius Wolf, "Die Pupillarsubstitution", *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol.3 (1936) págs. 437 a 459; Jan Vázny, "La sostituzione pupillare nella giurisprudenza classica", *BIDR*, vol. 37 (1939) pp. 68 a 118; del mismo autor "Note critiche ed esegetiche alla sostituzione pupillare", *BIDR*, vol. 47 (1949) pp. 31 a 55; Pasquale Voci, "La sostituzione pupillare nel diritto romano", *Archivio Giuridi-*

co Filippo Serafini, vol. 18 (1955) pp. 3 a 60; Siro Solazzi, "*Unum testamentum duarum hereditatum*", *Labeo*, vol.1 (1955) pp. 3 a 60.

84. Glück, *op. cit.*, p. 676 refiere el texto como una herencia futura de una tercera persona indeterminada; así también ver: Bonfante, *op. cit.* p. 173; Valiño, *op. cit.*, p. 477 lo ve como un caso de validez de pactos sobre la herencia futura todavía no causada; Mario Talamanca, "Società (dir. rom.)", *Enciclopedia del Diritto*, vol. 42 (1990), p. 826 nota 132, trata el texto en base a la cláusula *si quae iusta hereditas obvenierit*; dudando de la clasicidad del mismo ver: Vassalli, *op. cit.*, p. 353.

85. En tal sentido Vincenzo Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, (ristampa anastatica; Napoli: Jovene, 1965) p. 135, en sentido opuesto ver: Cugia, *Spunti storico-domatici, op.cit.* p. 524; Antonio Guarino, *La società in diritto romano*, (s/e; Napoli: Jovene, 1988) p.21 que considera que el fragmento es el residuo de un discurso más amplio sobre la *societas omnium bonorum*.

86. En doctrina prevalece la opinión que el texto haya sido retocado: Vassalli, *op. cit.* p. 350 a 353; Agostino Poggi, *Il contratto di società in diritto romano classico*, (s/e rist. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972) p. 138; Guarino, *op. cit.* p. 20 nota 59. En favor de su genuinidad se expresa por el contrario Arangio Ruiz, *op. cit.* p. 136.

87. Entiéndase, como es notorio, que el testador sea libre, ciudadano romano y *pater familias*. Ver en doctrina: Burdese, "Manuale", *op. cit.*, p. 657; Matteo Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*, (2a. edizione; Palermo: Palumbo, 1994) p. 603; Iglesias, *op. cit.*, p. 564.

88. Sobre los mencionados textos así como de D.18.4.9. analizados en relación a la existencia del objeto ver: Peter Stein, *Fault in the formation of contract in roman law and scots law*, (s/e, Edinburgh-London: University of Aberdeen, 1958) pp. 80 y 81.

89. El argumento de la obra de Javoleno según Lenel, *Palingenesia op. cit.*, I, p. 298 correspondería al título: *De emptione et venditione*; Kaser, *Erbschafts Kauf op. cit.*, p. 52; Heinrich Honsell, "*Quod interest im bonae fidei iudicium* (1. ed. Muenchen, Beck, 1969), pp. 110; Pasquale Voci, *Le obbligazioni romane*, (s/e, Milano; Giuffrè, 1969) pp. 147 a 148 que lo analiza en cuanto al resarcimiento; Talamanca, *op. cit.* p. 350.

90. Ver Dieter Medicus, "*Id quod interest*" (s/e Muenchen, Beck, 1968), pp. 163 a 168; Honsell, *op. cit.*, pp. 107 a 112. Desde tal punto de vista el presente texto será analizado en el cap. 7 § 2 D) referente a las responsabilidades de las partes.

91. Ver las diversas opiniones expuestas por Talamanca, *op. cit.*, p. 350 nota 467 que considera un posible cambio de opinión del jurista.

92. Al análisis de este problema por parte de Plauto pensaban ya, G. A. Thomas "Morginalia on *certum pretium*" *TR* vol. 35, (1967), p. 547; Kaser, *op. cit.*, p.51 nota 22. Yoav Ben - Dror, "The Perennial Ambiguity of *Culpa in Contrahendo*" en *The American Journal of Legal History* vol. XXVII (1983), págs. 169 a 170, piensa que las dos diversas soluciones remontasen ya a las escuelas sabiniana y proculeyana.

93. Sobre tal analogía ver Kaser, *op. cit.*, pp. 52 s.; Ben - Dror, *op. cit.*, p. 169; Talamanca, *op. cit.*, p. 350.

94. En tal caso, como es notorio, el comprador de buena fe tenía el derecho de emplear la acción contractual *ex empto* para la restitución del precio y para la indemnización: ver Arangio Ruiz, *La compravendita op. cit.* I, pp. 130.; Talamanca, *op. cit.*, p. 331 a 335.

95. Respectivamente de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.15; y de Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20.

96. Como puede deducirse de Labeón-Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1; Juliano, *libro quinto decimo digestorum* D.18.4.18.

97. En el orden de Ulpiano, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14.1. y de Escévola, *libro vigesimo septimo digestorum* D.44.4.17.2.

98. Sobre tal punto ver: Vassalli, *Miscellanea op. cit.*, pp. 335 a 353; Kaser, *Erbschaftskauf op. cit.*, p. 59.

99. Tal texto es: *Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur ... 1. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil incederit, quia spei emptio est.* (Es válida la compraventa de frutos y de hijos de esclavos y de animales futuros, de modo que cuando los hijos nacen la venta se considera hecha desde el momento de la conclusión del contrato...1. A veces se considera venta también aquella sin cosa, como si se comprase el alea. Lo que sucede cuando se compra una captura de peces o de aves o de aquellas cosas lanzadas al pueblo: en efecto la venta se contrae, también si nada llega a existir, porque es venta de esperanza). Sobre tal distinción ver: Arangio Ruiz, *La compravendita, op. cit.* vol. I. p. 117 a 121; Torrent, *Venditio hereditatis op. cit.*, pp. 541 a 545; Calonge Matellanes, "La compraventa civil de cosa futura" (Salamanca 1963); Pablo Fuenteseca, "Reflexiones sobre la tricotomía *actio petitio persecutio*", *AHDE*, vol. 40 (1970), p. 142; Kaser, *op. cit.* p. 45 a 50; Paul van Warmelo,

"Le droit romain en Afrique du Sud", *Index*, vol. 3 (1972), p. 150; Volker Kurz, "*Emptio rei speratae pura oder sub condicione*" *Labeo*, vol. 20 (1974), p. 199, 207, 208; Cannata, "Atto giuridico..." *op. cit.*, p. 364; Thomas *op. cit.*, p. 80; Heinrich Jakobs Horst, "*Culpa und interpellatio bei der mora debitoris nach klassischem Recht*", *TR*, vol. 42 (1974), p. 46; Stefan Weyand, "Kaufverstandnis..." *op. cit.* p. 255; Okko Behrends, "Institutionelles und prinzipielles Denken im roemischen Privatrecht", *ZSS*, vol. 108 (1978) p. 205; Talamanca, *op. cit.*, p. 346 a 348.

100. En lo referente al presente texto la doctrina menos reciente (por ej. Glück, *op. cit.* p. 680) equiparaba este caso a un juego de fortuna, considerándolo bajo una condición, que al no verificarse perjudicaría al comprador. La opinión común actualmente lo ve como un caso de *emptio spei*: ver Kaser, *op. cit.*, p. 53 a 55; Talamanca, *op. cit.* p. 351.

101. De un *iactus retis* como ejemplo de *emptio spei* hablan también el mismo Ulpiano, *libro trigensimo secundo ad edictum* D.19.1.11.18. y Celso, *libro vicensimo septimo digestorum* D.19.1.12. Algunos estudiosos (Thomas, *op. cit.*, p. 549; Torrent, *op. cit.* pp. 161) pensaron que el *incertum rei* se refiriese a la incertidumbre sobre el monto de la herencia. Tal interpretación ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina: ver Kaser, *op. cit.* p. 56 nota 39; Talamanca, *op. cit.* p. 351 nota 471.

102. Las dudas sobre la genuinidad del presente texto manifestadas por Vassalli, *op. cit.*, pp. 374; Arangio-Ruiz, *Compravendita op. cit.*, I, p. 120, parecen ya superadas en lo referente a su substancia por parte de la mayoría de la doctrina (Thomas, *op. cit.*, pp. 548 a 550; Stein, *Fault, op. cit.* p. 81; Calonge Matellanes *op. cit.*, p. 42; Kurz, *op. cit.*, p.199; Medicus, *op. cit.*, p. 101; Kaser, *op. cit.*, p. 55; Zimmermann, *The Law of Obligations op. cit.*, p. 249; Talamanca, *op. cit.*, p. 351), que habla únicamente de posibles interpolaciones formales.

103. Además de la doctrina mencionada en el § anterior sobre el presente texto en lo referente a la herencia inexistente: Murga, "Nulidad" *op. cit.*, p. 609; del mismo autor "Una *actio*..." *op. cit.*, p. 307; el autor manifiesta al respecto del presente texto una analogía a la compraventa de cosas imposibles; del mismo autor "Un posible ...", *op. cit.*, p.267; Cannata, *op. cit.*, p. 362 a 364; bajo el perfil de una venta de esperanza ver: Kaser, *op. cit.*, p. 46 a 58; Kurz, *op. cit.*, p. 199; Thomas, *op. cit.*, p.80; Medicus, *op. cit.*, p. 98; Behrends, *op. cit.*, p. 205; Marek Kurylowicz, "Das Glueckspiel in roemischen recht", *ZSS*, vol. 115 (1985) p.187; Heinrich Honsell, *op. cit.* pp. 110 y 111.

104. Murga, "Nulidad ..." *op. cit.*, p. 609; el mismo, "Una actio ..." *op. cit.*, p. 307; el mismo, "Un posible ..." *op. cit.*, p. 267; Kaser, *op. cit.*, p. 50 a 57: el autor al tratar el presente texto manifiesta el siguiente ejemplo: ha llegado a Roma que un tío ha fallecido en una lejána provincia, el sobrino cree que ser heredero y necesita dinero, vende su esperanza de herencia contra un precio que se abona inmediatamente, y se conviene de no exigir la devolución del mismo en caso que el sobrino no resulte heredero o sólo reciba una pequeña parte; Cannata, *op. cit.*, p. 362, Medicus, *op. cit.*, p. 101; Honoré *op. cit.*, p. 290.

105. Ver por ejemplo Glück, *op. cit.* pp. 680 a 682; Kaser, *op. cit.*, pp. 53 a 57.

106. Por Talamanca, *op. cit.* p. 351.

107. Ver Kaser, *op. cit.*, p. 53 a 54; Talamanca, *op. cit.* p. 351.

108. Sobre tal punto ver *infra*, cap. 7 § II.

109. Ver Lenel, "Palingenesia", *op. cit.* vol I, p. 216; Talamanca, *op. cit.*, p. 351 nota 473.

110. Ver *infra*, capítulo 7 § 2 B) referente a la responsabilidad.

111. Sobre tal aspecto ver Gian Gualberto Archi, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (s/e; Padova, Cedam, 1934) págs. 7 a 236; Carlo Longo, *Corso di diritto romano. Parte speciale: La compravendita* (s/e; Milano, Giuffrè, 1937) p. 393; De Zulueña, *The Roman ... op. cit.* pp. 35 a 51; Arangio Ruiz, "Compravendita", *op. cit.* p. 168 a 181; Burdese, *op. cit.* p. 455 y también el mismo autor en *Novissimo Digesto Italiano*, vol.20 pp. 597. Específicamente a nuestro argumento ver: Stein, *Fault, op. cit.* p.81; Talamanca, *op. cit.* p. 349.

112. En el capítulo 1 § III. El texto dice: *Si ex pluribus heredibus unus, antequam ceteri adirent hereditatem, pecuniam, quae sub poena debebatur a testatore, omnem solverit et hereditatem vendiderit nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quicquam servare poterit, cum emptore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur: omnem enim pecuniam hereditario nomine datam eo manifestius est, quod in iudicio familiae eriscundae deducitur, per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus suis consequi potest, quam quod tamquam heres impederit.*

113. En el capítulo 1 § III que dice: *Apud Labeonem ita scriptum est: filium et filiam in sua potestate pater intestatus reliquit; filia eo animo fuit semper, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere; deinde frater eius filiam procreavit, et eam infantem reliquit; tutores servo avito eius imperaverunt, ut ab eo, cui res avi hereditatis vendiderunt, stipularetur, quanta pecunia ad Stein, eum pervenisset;*

ex ea stipulatione quid pupillae acquisitum sit, peto rescribas. Paulus: est quidem verum, bona fide possessum servum ex re eius, cui servit, stipulantem possessori acquirere; sed si res, quae ex hereditate avi communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt, non videtur ex re pupillae totum pretium stipulari; ideoque utrisque acquirit.

114. El presente texto es analizado por Mario Talamanca bajo el punto de vista de las ventas al asta, "Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico" *Memorie ANL*, serie VIII, vol.VI (1954) p. 131 a 132; así también Hans Ankum, "Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères", *Studi Scherillo*, vol.1 Milano 1972, p. 387; Aldo Petrucci en su estudio realizado sobre la banca en Roma lo estudia bajo tal enfoque, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana* (s/e; Napoli: Jovene, 1991) p. 232 a 234.

115. Sobre dicho senadoconsulto ver: W. Frände, *De hereditatis petitione*, (s/e, Goettingen: Buchhandlung, 1864) págs. 149, 198, 201, 221; Charles Appleton, "Le vrai et le faux sénatus-consulte Juventien", *RH*, vol.9 (1930) pp. 1 a 19; Giannetto Longo, *La hereditatis petitio* (s/e, Padova, Cedam, 1933) pp. 81 a 105; Joseph Dénoyez, *Le défendeur à la pétition d'hérédité privée en Droit Romain* (s/e, Paris, Recueil Sirey, 1953) pp. 112 a 116; Santi di Paola, *Saggi in materia di hereditatis petitio* (s/e, Milano, Giuffrè, 1954) pp. 79 a 119; Max Kaser, "Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio", *ZSS*, vol. 72 (1955) pp. 90 a 126; Marrone, *op. cit.* p. 618 a 620; Burdese, *op. cit.* p. 693; Iglesias, *op. cit.* p. 552.

116. Ver Kaser, *Roem. Privatrecht op. cit.* I, p. 736 nota 12; Talamanca, *op. cit.*, p.355 nota 514 que considera que posiblemente tal opinión no fuese aceptada por todos los juristas, y que el pretor concediera la acción sólo en caso de insolvencia del vendedor, o cuando este último respondiese como posesor de buena fe, en medida limitada.

117. Para la realización de un fideicomiso universal en la forma de una compraventa ver Gayo Inst. 2.252. ampliamente tratado en el capítulo 1 § II.

118. Sobre el presente texto ver Cugia, *op. cit.* pp. 528 a 529, que considera interpolada la mención del momento sub c) como expresión de la tendencia bizantina a sobrayar la voluntad de las partes; Torrent, *op. cit.* p. 162 a 163, se limita a referirlo respecto a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. La doctrina más reciente (v.g. Pringsheim, *Id quod actum est, op. cit.* p.67; Talamanca, *op. cit.*, p. 351 nota 478) por el contrario afirma su clasicidad. Contra las dudas interpolacionistas podemos decir lo que dijimos sobre el papel

fundamental ya en la época clásica de la autonomía negocial de los contratantes (cap. 1 § VII).

119. Las interpolaciones sobre el contenido del presente texto, manifestadas por Cugia, *op. cit.*, pp. 533 a 534 y aceptadas por Torrent, *op. cit.*, p. 163 a 164, son negadas por la doctrina actual: ver; Talamanca, *op. cit.*, p. 352 a 353.

120. Respecto a tal contenido ver también Ulpiano, *libro septuagésimo quinto ad edictum* D.44.2.7.5: *nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci* (en efecto cuando pido una herencia, resultan ser incluidas en la petición todas las cosas y acciones, que están en la herencia).

121. Sobre la diferencia en el texto entre *persecutiones* y *actiones* ver la obra de Franco Casavola, *Actio, Petitio, Persecutio*, (Napoli: Jovene, 1965) p. 17. El autor considera que en el texto el término *persecutio* hace referencia a las cosas: (*earum rerum*) *persecutio*, mientras *actiones* indican *strictu sensu* sólo las *actiones in personam*, según una concreta realidad de la tradición jurídica romana, sea como dato lingüístico que conceptual (ver *ibid.* p. 25). Así Ulpiano, *libro quadragésimo nono ad Sabinum* D.50.16.178.2. que, según Lenel, *Palingenesia op. cit.*, vol. II, p. 1191, explicaría el presente texto. El uso de *persecutio* en el significado de *actio in rem* se encuentra, por ejemplo en Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21 ya examinado capítulo 1 § III h) (*venditor ... rem hereditariam persecutus*). Así también Papiniano, *libro primo definitionum*, D.44.7.28: *...persecutio in rem*. Ver al respecto la amplitud del concepto de *persecutio* en Ulpiano, *libro quadragésimo nono ad Sabinum* D.50.16.178.2. en Casavola, *op. cit.* pp. 110 a 112; Fritz Sturm, *Stipulatio Aquiliana* (s/e, Munchen, Beck: 1972) págs. 153 a 157.

122. Una confirmación se encuentra en Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21: *venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit ... si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse*.

123. Talamanca, *op. cit.*, p. 353 nota 492, menciona que la palabra *pretium* no asume aquí el sentido técnico, sino aquél de valor objetivo de las *res donatae* y que la *ratio aequitatis* debe ser entendida como un "adeguato temperamento degli interessi in gioco". La equiparación entre cosas vendidas y donadas antes de la venta de herencia con la consecuente obligación del vendedor de transmitir su precio es confirmado por Bas. 19.4.2.3-4.

124. Las partes de los dos textos que en este momento nos interesa es respectivamente la siguiente: *Cum stipulamur 'quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit' res ipsas quae pervenerunt, non pretia earum spectare videmur* y *venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit ... si, antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit*.

125. Al respecto ver el amplio comentario de Glück, *op. cit.*, pp. 704 a 722, en donde se identifican las cinco opiniones más importantes expresadas por los juristas anteriores.

126. Sobre el derecho de acrecer ver en doctrina v.g. W.M. Rosberger, *Jus Adcrescendi* (s/e, Lipsiae: Kleinii, 1827) pp. 1 a 220; M.E. Machelard, *Dissertation sur l'accroissement* (s/e, Paris: Durand, 1860) pp. 1 a 330; Giuseppe Campani, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata* (s/e, Siena: Lazzeri, 1877) pp. 9 a 144; Saverio de Cillis, *Del diritto di accrescere* (s/e, Bologna: Garagnani, 1879) pp. 3 a 118; Bonfante, *op. cit.*, pp. 253 a 272; Ubaldo Robbe, s.v. *Accrescimento*, *Novissimo Digesto Italiano* vol. 1 pp. 156 a 161; Burdese, *op. cit.*, pp. 684 a 686; Iglesias *op. cit.* pp. 535 a 538.

127. Respecto a la duda si la trasmisión de los bienes obtenidos por motivo del acrecimiento formase objeto de la misma obligación de *restituere* o de otra nueva y distinta, el paralelismo con un fidecomiso de una cuota de herencia con sucesivo acrecimiento en favor del heredero fiduciario, que es mencionado por Ulpiano, *libro vicensimo secundo ad edictum* D. 36.1.44 (43), haría pensar como más probable la primera solución: *Papinianus tractat, si quis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere hereditatem et eam suspectam dicens compulsus adit, deinde fideicommissarius gnarus sit adcrevisse portionem hereditatis post restitutione scripto heredi, an opus sit ei alia actio. Et ait securum esse eum posse de illo: plane de hoc solo quaerendum ait, an ei opus sit nova restitutione, posteaquam portio adcrevit: sed ne hanc quidem necessariam esse* (Papiniano considera, si a un heredero instituido de la mitad se le pide entregar la herencia y no obstante dijese que tal herencia fuese pasiva es constreñido a aceptarla, y después el fidecomisario ignora que al heredero instituido le acreció otra cuota hereditaria, necesita el primero de otra acción contra éste último? Y dice que puede estar seguro de esto: ciertamente debe sólo buscarse si es necesaria una nueva entrega después del acrecimiento: pero tampoco ésta sería necesaria).

128. Al respecto ver *infra*, cap. 7 § II.

129. Sobre tal texto ver *infra*, cap. 6 § III.3.

130. Sobre tal texto ver *infra*, cap. 3 § 5.

131. Sobre tal texto ver *infra*, cap. 4 § III.F.

132. *Apud Iulianum scriptum est, si venditor hereditatis exceperit servum sine peculio et eius nomine cum eo actum fuerit de peculio et in rem verso, id dumtaxat eum consequi, quod praestiterit eius peculii nomine quod emptorem sequi debeat, aut quod in rem defuncti versum est: his enim casibus aes alienum emptoris solvit, ex ceteris causis suo nomine condemnetur.*

133. El texto completo es el siguiente: *Quid ergo si servum cum peculio exceperit venditor hereditatis conventusque de peculio praestitit? Marcellus libro sexto digestorum non repetere eum scripsit, si modo hoc actum est, ut, quod superfuisset ex peculio, hoc haberet: at si contra actum est, recte repetere eum posse ait: si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat.*

134. El texto íntegramente dice: *Si venditor hereditatis aedes sibi exceperit, quarum nomine damni infecti promissum fuerat, interest, quid acti sit: nam si ita exceperit, ut damni quoque infecti stipulationis onus sustineret, nihil ab emptore consequeretur: si vero id actum erit, ut emptor hoc aes alienum exsolveret, ad illum onus stipulationis pertinebit: si non apparebit, quid acti sit, verisimile erit id actum, ut eius quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emptorem, alterius temporis ad heredem pertineat.*

135. *Si excepto fundo hereditario veniit hereditas, deinde eius fundi nomine venditor aliquid adquisiit, debet id praestare emptori hereditatis. Paulus: immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit, praestare eam rem debet emptori venditor, nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur non secus ac si eum fundum in hereditate vendenda non exceperit.*

136. Renviamos el análisis de dichos textos al cap. 5 § III.

137. La configuración jurídica y las problemáticas de la *in iure cessio hereditatis* pueden observarse, al menos en la edad clásica, fundamentalmente en los textos de Gai Inst. 2.34-37 y 3.85-87 y de los *Tituli ex corpore Ulpiani* o *epitome Ulpiani* 19,12-15, a los que se hará referencia a lo largo de la exposición. La doctrina más representativa sobre la presente figura resulta de los siguientes artículos: M. Garaud, "L' *In Jure Cessio Hereditatis*", *RHD* vol. 1 (1922), pp. 141-190; Rodolfo Ambrosino, "*In iure cessio hereditatis*", *SDHI*, vol. 10 (1944) pp. 1 a 100; Gaetano Scherillo, "*La in iure cessio dell'eredità*", *Scritti Carnelutti*, vol. IV pp. 255 a 292; Francesco De Martino, "Nota in tema di *in iure cessio hereditatis*", *Studi in onore di Siro Solazzi*, (1948) pp. 568 a 589; en los mismos estudios ver a Antonio Guarino, "*In iure cessio hereditatis*" pp. 38 a 46; Siro Solazzi, "*L' in iure cessio hereditatis e la natura dell' antica hereditas*", *IURA*, vol.3

(1952), pp. 21-47; Armando Torrent, "Cronología, Finalidad y Desaparición de la *In iure cessio hereditatis*", *Studi in onore di Eduardo Volterra*, vol. 3 (1971), pp. 237-247; Voci, *Diritto ereditario op. cit.* I, pp. 98 a 102; Kaser, *Roemische Privatrecht op. cit.*, I, págs 722-723; Ubaldo Robbe, "Le definizioni delle fonti della *Hereditas* ed i suoi due significati. La *in iure cessio hereditatis*", *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, vol. III (1973) pp. 1031 a 1130; también ver su libro *La hereditas iacet e il significato della hereditas in diritto romano*, (s/e; Milano: Giuffrè, 1975) pp. 435 a 501; Gian Luigi Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani* (s/e; Milano, Giuffrè, 1981), pp. 141 a 148; Yuri González Roldán, "*La in iure cessio hereditatis*", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, vol. 20 (1996) pp. 277 a 333.

138. Dicha apreciación la comparten la mayoría de los romanistas, como Fadda, *op. cit.*, p. 108; Biondo Biondi, *op. cit.* p. 177; Torrent, *op. cit.* p. 146, fundamentándose en el texto de Gayo Inst. 3.12, que, hablando de las disposiciones contenidas en las XII Tablas, al respecto dice: *...Ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege conpetit.* Esto explicaría la causa por la que al heredero extraño o voluntario se le otorgaría la posibilidad de ceder la herencia antes de la aceptación, ya que permitiría a un tercero la obtención de la *hereditas*; así pues, cualquier otro agnado de grado menos próximo al cedente podría recibirla, y de esta forma evitar que la herencia resultase vacante. Esto mismo ha hecho considerar a la doctrina (como Garaud, *op. cit.* 144; Voci, *op. cit.* p. 103) que tal situación permitiría la admisión del cesionario a los *sacra privata* y de este modo la continuación de la realización del culto doméstico. En sentido opuesto no de forma radical ver Ambrosino, *op. cit.* p. 33. Otras aplicaciones de la institución pueden probablemente verse en los textos de Polibio, *Hist.* 31, 28, 1-3, y de Cicerón en *Paradoxa Stoicorum* 6.2. donde Escipión el Joven cedió su cuota de herencia *post aditionem* a su hermano con el fin de realizar una liberalidad, e *Hist.* 31,26, en el cual el mismo regaló a su madre lo heredado por Emilia, madre de su padre adoptivo (sobre tales episodios ver en doctrina, por ej., Boyer, "Droit successoire romain dans Polybe" en *RIDA* vol. 4 (1950), p. 179; Torrent, *Cronología op. cit.*, p. 239; más dudoso parece De Martino, *op. cit.*, p. 579). En el texto de Plinio, *Epist.* 5.1-3 (mencionado en la nota siguiente) podemos observar que, al ceder su parte de la herencia a *Asudius Curianus*, la institución cumplió la función de solucionar conflictos hereditarios mediante transacción. Sobre otras posibles finalidades ver: Ferdinand Knip, *Gai Institutionum, Commentarius tertius* (s/e, Jena: Verlag Guffau Filcher, 1914) p. 213, que considera la *in iure*

cessio hereditatis como medio para que el agnado de sexo masculino pudiera transmitir la herencia a la agnada femenina, en virtud de que esta última se encontraba excluida de tal herencia en base a la *lex Voconia*. Así también el mismo autor, *op. cit.*, p. 198, piensa que el campo originario y propio de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* se desarrolló en la realización del concurso hereditario, mediante el cual se cumplían las obligaciones hereditarias frente a los acreedores.

139. Podríamos pensar no obstante con ciertas dudas, que en el texto de fines del siglo I d.C. Plinio, *Epis.* (5.1-3) se hablase de una *in iure cessio hereditatis venditionis causa*, porque, cuando *Asudius Curianus* le propone a Plinio que le done su parte de la herencia, este último responde que no es correcto hacer una donación a un hombre rico y sin hijos, por lo que sería mejor una cesión si él considerase como injusta la causa de la desheredación (... *non esse satis honestum donare et locupleti et orbo, in summa non profuturum ei, si donassem, profuturum, si cessissem, esse autem me paratum cedere, si inique exheredatum mihi liqueret*). La contraposición que realiza Plinio entre donación y cesión podría hacer pensar que esta última se hubiese podido realizar *venditionis causa*.

140. Ver los autores mencionados en *Index interpolationum* III, pp. 338 a 339; a los cuales se pueden añadir Ambrosino, *op. cit.*, p. 61; De Martino, *op. cit.*, pp. 583 a 585).

141. *v.g.* Los artículos de Ambrosino y De Martino mencionados en la nota anterior; así como también Scherillo, *Corso di diritto romano. La successione*, p. 228.

142. Ver *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (VIR)* vol. I, p. 705 s.v. *cedere* y p. 724 s. s.v. *cessio*.

143. Ver Lenel, *Palingenesia op. cit.*, vol. II. p.864.

144. *De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur. Si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est ei, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris: et peraeque traditur rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere.* (La excepción sobre el dolo del vendedor que garantiza por la evicción *-auctor-* no se opone al comprador. Pero si une su posesión con aquella del vendedor, pareció muy equitativo que el, que une su posesión en base a la persona del vendedor, soporte el dolo del mismo vendedor: igualmente se transmite que la excepción inherente a la cosa ciertamente perjudica también al comprador, mientras que la que nace de un delito de la persona, no debe perjudicar.

145. *Si quis autem ex causa legati vindicet aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet, an de dolo exceptione patiatu ex causa eius, in cuius locum successerit? Et magis putat Pomponius summovendum: et ego puto exceptione eos esse repellendos, cum lucrativam causam sint nacti: aliud est enim emere, aliud ex his causis succedere.* (Por el contrario si alguien reivindica a título de legado o la persona reivindica a título de donación la cosa que fue prestada. ¿Soporta la excepción de dolo por motivo de él, en cuyo lugar sucedió? Y Pomponio piensa que es mejor que le sea oponible: y yo pienso que ellos deban ser rechazados con dicha excepción, porque obtuvieron la cosa por una causa lucrativa: en efecto una cosa es comprar, otra suceder en base a estas causas).

146. Sobre la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* ver Gayo, *Inst.* 2.35: *Nam si is ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset...* Así también en 3.85: *si legitimam hereditatem heres, antequam cer nat aut pro herede gerat, alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, pro ac si ipse per legem ad hereditatem vocaretur;...* (En efecto, si él, a que la herencia pertenece en base al derecho legítimo *ab intestato*, la cede *in iure* a otro antes de aceptarla, es decir antes de que hubiese sido heredero, por eso se convierte en heredero él, a que ha cedido *in iure*, como si el mismo por ley hubiese sido llamado a la herencia 3.85. Del mismo modo si el heredero ceda *in iure* a otro la herencia legítima, antes de que la acepte con *cretio* o con *gestio pro herede*, por pleno derecho se convierte en heredero él, a que la herencia fue cedida, como si el mismo fuese llamado a la herencia por ley). El mismo contenido se encuentra en los *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.12-14.: *Hereditas in iure ceditur vel antequam adeatur vel posteaquam adita fuerit. Antequam adeatur, in iure cedi potest ab herede legitimo ... si antequam adeatur hereditas in iure cessa sit, proinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset.* (La herencia es cedida *in iure* o antes de que sea aceptada o bien después que haya sido aceptada. Antes de que sea aceptada, puede ser cedida *in iure* por el heredero legítimo... si antes de que sea aceptada la herencia sea cedida *in iure*, entonces se convierte en heredero él, a que fue cedida, como si el mismo fuese heredero legítimo). En doctrina ver: Garaud, *op. cit.*, pp. 154 a 157; Antonio Guarino, *"In iure cessio hereditatis"*, *Studi in Onore di Siro Solazzi*, p. 39; Pietro Bonfante, *Corso di Diritto Romano* (s/e; Milano: Giuffré, 1974) vol. VI, pp. 300 a 302; Emilio Betti, *"In iure cessio hereditatis,, successio in ius,, e titolo di heres,," Studi in Onore di Siro*

Solazzi, (1948) p. 601; Voci, *op. cit.*, p. 102; Fadda, *op.cit.* p. 107 a 108; De Martino, *op. cit.* pp. 571 a 574; Robbe, *op. cit.*, p. 1094 y 1129; Scherillo, *op. cit.*, p. 283.

147. Respecto al heredero testamentario Gayo en Inst.2.36. dice lo siguiente: *Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit*;...También en Inst. 3.86. el mismo autor dice: *...ante aditam vero hereditatem cedendo nihil agit*. Así también *tituli ex corpore Ulpiani* 19.13. cuyo texto es referido en la nota anterior. Respecto al heredero necesario ver: Gayo en Inst. 2.37. y 3.87. mencionados *infra*. 157.

148. Al respecto ver: Biondi, *op. cit.*, p. 176; Voci, *op. cit.*, p. 98; Torrent, *Venditio hereditatis*, *op. cit.* p. 132;. A los herederos *sui et necessarij* se les consideraba como continuadores en el dominio de los bienes del *de cuius*, porque en vida del padre eran en cierto modo dueños; así al morir el mismo, no adquirirían la herencia sino más bien conseguían la libre administración de sus bienes. Al respecto ver Gayo, Inst. 2. 157 y Paulo, *libro secundo ad Sabinum* D.28.2.11. en doctrina ver: Giovanni Lobrano, *Pater et filius eadem persona* (s/e; Milano: Giuffrè, 1984) pp. 1 a 167.

149. Al respecto ver De Martino, *op. cit.* p. 576. Autores como Bonfante, *Corso*, *op. cit.* p. 242; Guarino, *op. cit.* pp. 553 y 554; Scherillo *op. cit.* p. 264 han observado acertadamente un paralelismo con la *in iure cessio tutelae* por el hecho de que el heredero testamentario no puede realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem*.

150. De Martino, *op. cit.* p. 584 y Torrent, *op. cit.* p. 115.

151. La cesión de la herencia que realiza el heredero voluntario *ab intestato ante aditionem* no es violación al principio *semel heres, semper heres*, porque la misma no ha sido aceptada todavía. El propio Gayo es cuidadoso de no llamar heredero a esta persona, en el texto 35 del libro segundo de las Instituciones (*is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas*). Esto pondría en duda la reconstrucción de los editores en lo referente al texto 85 del libro tercero, porque no parecería verosímil que Gayo descuidadamente denomine *heres* a una persona que todavía no ha adquirido tal calidad. No sería por lo tanto exacto afirmar que el título perpetuo de heredero es conferido por ley *ipso iure* con la simple vocación hereditaria, porque entonces sería superflua la institución de la aceptación y la negativa a la herencia. Por lo que debe entenderse el mencionado principio a partir de la aceptación de la herencia. Al respecto ver Ambrosino, *op. cit.* p. 61; en el mismo sentido De Martino, *op. cit.* p. 578; confrontar con Garaud, *op. cit.* p. 141.

152. A la luz de los siguientes textos: Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21; *libro quarto decimo ad Plautium* D.18.4.13; Ulpiano, *libro quadragesimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.10. Para la exposición y exégesis de los presentes textos ver capítulo 4 § I correspondiente a las obligaciones del vendedor.

153. Sería difícil considerar que la cláusula de Ulpiano, *libro trigensimo secundo ad edictum* D.18.4.11. *si qua sit hereditas, est tibi empta* correspondiese al formulario de una venta de herencia realizada mediante *in iure cessio hereditatis ante aditionem*; porque la *in iure cessio* requiere de la existencia del objeto, y en tal cláusula la herencia es incierta.

154. Si bien las claras afirmaciones de Gayo en Inst. 2.35. (*...fit heres is cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset...se convierte en heredero él, a que a herencia es cedida in iure, como si hubiera sido llamado a la herencia por ley*) y 3.85 (*...pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per legem ad hereditatem vocaretur*; de pleno derecho se convierte en heredero él, a que la herencia es aceptada, como si el mismo fuese llamado a la herencia por ley) y de los *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.13 (*Si antequam adeatur hereditas in iure cessasit, proinde heres fit cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset*; si antes de que la herencia es aceptada, se cede *in iure*, entonces se convierte en heredero él a que fue cedida, como si el mismo fuese heredero legítimo), ha sido motivo de discusión por la doctrina si el cesionario realmente es heredero o si únicamente se adquiriría una posición familiar ficticia y no la calidad de *heres*. En el primer sentido se expresó Betti, en la XX session de la Société Internationale d' Histoire des Droits de l' Antiquité, (SIH-DA) en sentido contrario Torrent en el mismo congreso (relación de tal ha sido realizada por Giovanni Negri, en *IURA*, vol. 17 (1966) p. 239; así mismo por Marie-Thérèse Lenger, en *RIDA*, vol. 13 (1966) pp. 386 y 387); y también ver: Emilio Betti, "De la interpretación del derecho", *SDHI*, vol. 32 (1966) pp. 161 a 162.

155. En contrario ver Glück, *op. cit.* p. 685, el cual con una postura mayormente tradicional considera que, aunque el heredero hubiese vendido la herencia antes de aceptarla, no por ello deja de tener el carácter de heredero.

156. Al respecto ver Gayo en Inst. 2.35. que al tratar de la adquisición de cosas incorpóreas dice: *...Post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora uero eius hereditatis proinde transeunt ad eum cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent*. (Pero si haya cedido

después de la aceptación, no de menos el mismo permanece heredero y por eso es responsable frente a los acreedores, las deudas por el contrario perecen y de tal modo los deudores hereditarios obtienen un lucro; las cosas de aquella herencia por el contrario se transmiten a él a que la herencia fue cedida, como si las cosas singulares hubiesen sido cedidas *in iure* a él). Así también en Inst. 3.85. dice que: *...quodsi posteaquam heres extiterit, cesserit, adhuc heres manet et ob id creditoribus ipse tenebitur; sed res corporales transferet proinde ac si singulas in iure cessisset, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt.* (...Si después de que hubiere sido heredero, haya cedido, permanece aún heredero y por eso el mismo será responsable frente a los acreedores; pero transfiere las cosas corporales como si las haya cedido *in iure* singularmente, las deudas por el contrario perecen, y de tal modo los deudores hereditarios obtienen un lucro). También ver: *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.12-15: *hereditas in iure ceditur...vel posteaquam adita fuerit...posteaquam adita est, tam a legitimo quam ab eo, qui testamento heres scriptus est...quod si posteaquam adita fuerit, in iure cessa sit, is qui cessit, permanet heres et ob id creditoribus defuncti manet obligatus; debita uero pereunt, id est debitores defuncti liberantur. Res autem corporales, quasi singulae in iure cessae essent, transeunt ad eum cui cessa est hereditas.* (La herencia es cedida *in iure*... o después de que haya sido aceptada... después de que fue aceptada, tanto por el legítimo heredero como por el que fue instituido heredero en el testamento...si después de que haya sido aceptada, haya sido cedida *in iure*, el que la ha cedido, permanece heredero y por eso queda obligado frente a los acreedores del difunto; por el contrario las deudas perecen, es decir, los deudores del difunto son liberados. Pero las cosas corporales, que son cedidas *in iure* como si fuesen singularmente, se transmiten a él a que la herencia fue cedida). Sobre la *in iure cessio hereditatis post aditionem* ver: Garaud, *op. cit.* pp. 158 y 159; Guarino, *op. cit.*, pp. 40 a 44; Bonfante, *op. cit.*, pp. 302 y 303; Voci, *op. cit.* p. 99; De Martino, *op. cit.* p. 581; Fadda, *op. cit.* p. 107; Robbe, *op. cit.* p. 1117; González Roldán, *op. cit.* pp. 316 a 320.

157. Al respecto Gayo en Inst.2.36 que dice: *Testamento autem scriptus heres...postea uero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat.* (El heredero instituido en el testamento...si cede después de que haya aceptado, se producen los mismos efectos, que poco antes dijimos respecto al que la herencia pertenece *ab intestato* en base al derecho legítimo). Así también Inst. 3.86. y *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.14-15. Recordar la discusión doc-

trinal existente entre Sabinianos y Proculeyanos en lo referente a la *in iure cessio post aditionem* del heredero necesario apreciada por Gayo en los textos Inst.2.37: *Idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum (aliquis) adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat; quod quale sit, suo loco apparebit. Sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.* E Inst. 3.87. que dice: *Suus autem et necessarius heres, (item alii qui sunt inter necessarios heredes,) an aliquid agant in iure cedendo quaeritur. Nostri praeceptores nihil eos agere existimant; diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur.* (La misma cosa estiman los estudiosos de la escuela contraria también en lo referente a los herederos necesarios, porque no resulta haber diferencia, si alguien al aceptar la herencia se convierta en heredero, o bien sea tal contra su voluntad; y esto como tiene lugar, se observará en el punto correspondiente. Pero nuestros maestros piensan que el heredero necesario no hace nada, cuando ceda *in iure* la herencia. 3.87. El heredero suyo y necesario...se pregunta si haga algo al ceder *in iure*. Nuestros maestros estiman que no haga nada; los estudiosos de la escuela contraria piensan que haga el mismo que hacen todos los otros después de la aceptación de la herencia; puesto que no hay diferencia si alguien se convierte en heredero con la *cretio* o la *pro herede gestio*, o bien sea vinculado a la herencia por la necesidad del derecho). Sobre la presente discusión ver: Falchi, *op. cit.* pp. 141 a 148 que cita la doctrina al respecto. Del análisis de los textos, Gayo no manifiesta cual de las dos opiniones terminó por prevalecer; por lo que con certeza no podemos manifestar que una u otra corriente haya tenido mayor predominio. No obstante, parecería más probable la hipótesis que los juristas posteriores terminaron por adoptar la solución de los Proculeyanos en base a dos argumentos: a) una argumentación de lógica jurídica, consistente en que otorga una mayor libertad de actuación dentro del derecho hereditario romano, no violándose principio jurídico alguno. b) Una argumentación fundamentada en los pocos textos jurídicos posteriores que hablan de la *in iure cessio hereditatis*, limitándose a mencionar los términos *heres institutus* o *heres qui cessit*, sin hacer referencia a posibles diferencias en lo que respecta a los herederos *post aditionem* entre extraños o necesarios.

158. Tal punto será analizado *infra*, cap. 5 § III donde se analizarán los textos más importantes al respecto. Ulpiano, *libro quadragen-*

simo nono ad Sabinum D.18.4.2.20. Y la Constitución de los *Impp. Severus et Antoninus A.A. Geminio* C.4.39.1.

159. Ver Gayo, *Inst.* 2.35. y 3.85; *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.15. Textos expresados en la nota 156.

160. *v.g.* Bonfante, *op. cit.* p. 302, considera que la explicación se debe encontrar en la interpretación de este acto como una renuncia; según Voci, *op. cit.* p. 103, la causa se encuentra en que el cedente ha admitido al tenor del negocio de no ser heredero, por eso no puede exigir las deudas que tiene contra los terceros. La postura que parecería más convincente es la de Ambrosino, que considera que la causa se debe a la naturaleza de la *in iure cessio*, la cual contiene la afirmación implícita o explícita del heredero de la carencia de tal calidad; resultaría por ello claro que los créditos se extinguirían, porque el heredero ha afirmado procesalmente no tener aquel título único que le daría fundamento para exigirlos. El cedente guarda silencio a la pretensión del cesionario reconociendo implícitamente el derecho del segundo. El heredero con tal acto efectuaría una renuncia a tal derecho, ocasionando que el cesionario no pudiera exigir a los deudores los créditos respectivos.

161. *Tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire...*(En efecto entonces era en uso que a él, a que la herencia le era "restituída", fuese vendida dicha herencia por ejemplo al precio de una moneda).

162. Al respecto los Fragmentos de Autún 2.67 dicen: *Sicut superior diximus, fideicommissarius apud veteres neque heredis loco erat, neque legatarii, sed emptoris. Nam qui rogabatur hereditatem restituere apud veteres adhibebat quinque testes libripendemque et imaginaria venditione videbatur vendere hereditatem illi fideicommissario...*(como dijimos anteriormente, en la época de los antiguos juristas se disponía de cinco testigos y de un *libripens* y con una venta imaginaria simulaba vender la herencia a aquel fideicomisario). Ver, *v.g.*, Biondi, *op. cit.*, p. 480, cuya opinión parece compartida por Talamanca, *op. cit.*, p. 355 al decir: "Può darsi che, all'origine, la vendita dell'eredità si attuasse esclusivamente mediante l'impiego di tali *stipulationes*, le quali accompagnassero la *mancipatio* collettiva delle *res hereditariae*. Tal argumentación haría difícil la postura de Valiño, *Los precedentes...*, *op. cit.* 480 que dice que es difícilmente imaginable una *mancipatio* de toda la herencia.

163. Ver por ejemplo: Gayo, *Instituciones* 1.113,119; *Tituli ex corpore Ulpiani* 20.2; *Formula Baetica* líneas 3-4 en *FIRA*, vol. 3 p. 296.

164. La primera postura es compartida por Biondi, *op. cit.* p. 480, así también Talamanca, *op. cit.* p. 355. La segunda postura es compartida por Arangio-Ruiz, vol. 1 p. 116; así como Torrent *op. cit.* p. 7.

165. Sobre el cual ver Philippe Meylan, "Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16", *IURA*, vol. 20 (1969), p. 295; Talamanca, *op. cit.* p. 350 nota 463.

166. Ver capítulo 4, § I.

167. Ver también la *lex gemina* C.7.10.3. del mismo emperador y año.

168. Ver Arangio Ruiz, *La compravendita op. cit.*, vol I, p. 116; Torrent, *op. cit.*, p. 236. Talamanca, *op. cit.*, p. 352 parece dudoso sobre el uso de un acto general de transmisión fuera del caso de la *mancipatio* colectiva.

169. Sobre el entendimiento de este concepto se expresa Talamanca, *op. cit.*, p. 349.

170. Cuyo texto en la parte que nos interesa es: *Scevola noster aiebat: si quis iuvenili levitate ductus omiserit vel repudiaverit hereditatem ...si vero iam distracta hereditate et negotiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est...* (Nuestro Escévola decía: si alguien movido por ligereza juvenil haya omitido o rehusado una herencia...si por el contrario ya vendida la herencia y terminados los negocios consiga el precio obtenido por la fatiga del sustituto, su demanda debe ser rechazada...)

171. *Sed si pretium rei distractae emptori hereditatis dedit ...*(Pero si el <vendedor> ha dado el precio de la cosa vendida al comprador de la herencia...)

172. *Qui in distrahendis conservandisque rebus hereditariis sumptus factus est, imputari heredi debet.* (Los gastos que fueron hechos en vender o conservar las cosas hereditarias deben ser imputados al heredero.)

173. Sobre este punto ver en doctrina Arangio Ruiz, *op. cit.*, vol. I, pp. 168 a 176.

174. Al respecto el texto de Ulpiano, *libro tertio ad Sabinum* D.27.5.3. pr. dice: *Servus alienus vel totus vel pro parte sine libertate heres institui potest.* Como ejemplos de tal principio ver el libro 29.2 del Digesto bajo el título *De acquirenda vel omittenda hereditate*, principalmente los textos 45,47,50,64,68.

175. Respecto a tal obra de Labeón y su comentario por parte de Paulo ver: Mario Bretone, *Tecnica e ideologie dei giuristi romani* (2a ed. Napoli, ESI, 1982) pp. 169, 361 del mismo autor *Storia del diritto romano* (3a ed. Roma-Bari, Laterza, 1989) p. 428

176. En doctrina ver: Pringsheim, *op. cit.* pp. 29 y 68 que lo considera bajo el perfil del *id quod actum est*. Peters Hans "Die Ostroemischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten" *Labeo*, vol. 16 (1970), p. 356; Alvaro D'Ors, "Réplicas panormitanas sobre la supuesta *condictio sin datio*", *IURA*, vol. 25 (1974), p. 42; Michael J. Rainer, "Zur *locatio conductio*: der Bauvertrag", *ZSS*, vol. 109, (1992); Talamanca, *op. cit.* p. 521 nota 480.

177. Sobre tal obligación ver: capítulo 1 § II y capítulo 4 § III.

178. Sobre tal texto bajo el perfil de los efectos de lo exceptuado ver Talamanca, *op. cit.*, p.352 nota 480.

179. Sobre tales principios ver la traducción de Jorge Adame Goddard, *Libro XVIII del Digesto*, (1a. edición; México, UNAM, 1993) p. 55

180. Así Adame, *ibid.* p.56

181. Sobre tal texto Waldstein, "Konsequenz" *op. cit.*, p. 44; Klingenberg, "Das *Pactum*" *op. cit.*, p.253; Giaro "De Ponte oder De Monte" *op. cit.*, p. 190.

182. En lo referente a tal aspecto ver Pringsheim, *op. cit.*, p. 68.

183. Ver *supra*, cap. I § 2.

184. Sobre este sistema ver *v.g.* Burdese, *Istituzioni op. cit.*, págs. 543 a 544; Marrone, *Istituzioni op. cit.*, pp. 740 a 743; Kaser, *Roem. Privatrecht op. cit.*, vol. I, p. 546; Iglesias, *op. cit.*, p. 460 a 461; y específicamente respecto a las deudas de una herencia vendida Cugia, *Spunti storici op. cit.*, pp. 515 a 516; Talamanca, *Vendita op. cit.*, pp. 354 a 355.

185. Para un análisis de este senadoconsulto y de sus efectos ver: Heinrich Vogt, *Studien zum senatus consultum Velleianum* (s/e; Bonn: Ludwig Rohrscheid Verlag, 1952) pp. 1 a 84; también en *TR*, vol. 35 (1967) pp. 90 a 124; Dieter Medicus, *Zur Geschichte des senatus consultum Velleianum* (s/e; Koln: Bohlau Verlag, 1957) pp. 1 a 140; Manuel García Garrido, *Ius Uxorium* (s/e; Roma-Madrid: Cuadernos del Inst. Jurídico español, 1958) pp. 154 a 159; Alvaro D'ors, "Acerca de las acciones ex s.c. Vellaeiano", *Estudios Jurídicos Alvarez Suárez* (1978) pp. 337 a 351.

186. Como es notorio, fuera de tal caso la defensa judicial de alguien por parte de una mujer era considerada como *intercessio*: ver Ulpiano, *libro vicensimo nono ad edictum* D.16.1.2.5: *Sed et si mulier defensor alicuius extiterit, procul dubio intercedit: suscipit enim in se alienam obligationem, quippe cum ex hac re subeat condemnationem* (Pero si también una mujer está en juicio para la defensa de alguien, sin duda intercede: en efecto asume una obligación ajena, puesto que en base a esta defensa puede sufrir una condena).

187. Sobre la *petitio hereditatis* ver: Longo, *L' Hereditatis op. cit.*, pp. 1 a 258; Dénoyez, *Le défendeur... op. cit.* pp. 5 a 246; Hans Kreller, "Studien zum Aufbau des Digestentitels de *hereditatis petitione*", *Studi in onore di Pietro de Francisci*, (1956), vol.3, pp. 287 a 302; Mario Talamanca, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* (s/e, Milano, Giuffrè, 1956) pp. 3 a 215; Pietro Bonfante, *Corso di Diritto romano, Le Successioni*, (ristampa della 1a edizione, Milano, Giuffrè, 1974) pp. 529 a 532; Alfredo Calonge, "Los *iuris possessores* legitimados pasivos a la *hereditatis petitio*", *Estudios en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez*, (1978) pp. 29 a 44.

188. Texto ya mencionado en cap. 2 § III. Además ver Max Kaser, *Das Römische Privatrecht op. cit.*, vol. I, p. 736 y nota 12; Talamanca, *op. cit.*, p. 355 nota 514.

189. Ver *supra*, capítulo 1 § 2.

190. Sobre tal sistema ver Maier, *Zur Geschichte der Zession op. cit.*, pp. 213 a 218; Biondo Biondi, "Cessione di crediti e di altri diritti" en *Novissimo Digesto Italiano* Vol. III (Torino 1959) pp. 152 a 155; Rozwadowski, *op. cit.*, p. 11 a 27; Zimmermann, *The law of obligations op. cit.*, pp. 60 a 63; Burdese, *Manuale, op. cit.*, p. 544; Marrone, *op. cit.* p. 561. Como se sabe, el mayor inconveniente de dicho mecanismo era que únicamente a partir de la *litis contestatio* quedaba independizado el cesionario de la eventual revocación por parte del cedente

191. Ver *supra*, capítulo 1 § 5.b.

192. Respecto a esta reforma ver en doctrina Rozwadowski, *op. cit.*, pp. 124 a 155.

193. Al respecto ver el *Index interpolationum, op. cit.*, vol.1 p.26.

194. Ver Daube, *Sale of inheritance, op. cit.*, pp. 236 a 240; Kaser, *Das roemische Privatrecht op. cit.*, I, p. 654; Torrent, *op. cit.*, p. 215 a 216; Rozwadowski, *op. cit.*, p. 124 a 125; Valiño, *Actiones utiles*, (s/e; Pamplona: Universidad de Navarra, 1974) p. 171; Zimmermann, *op. cit.*, p. 62; Talamanca, *op. cit.*, p.353 a 354.

195. Sobre el empleo del verbo *placere* con tal función ver *v.g.* Ulpiano, *libro primo institutionum* D.1.4.1 pr y Papiniano, *libro septimo decimo quaestionum* D.31.66 pr, con referencia a las constituciones imperiales; Africano, *libro octavo quaestionum* D.12.1.41 y Licinio Rufino, *libro octavo regularum* D.18.1.70, con referencia a los juristas. En doctrina ver: Heumann - Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des roemischen Rechts* (Jena 11 ed., Verlag von G. Fischer, 1911) p.432 s.v. *placere*; Forcellini, *Lexicon op. cit.*, p. 689 s.v. *placere*.

196. Ver Kaser, *Roem. Privatrecht op. cit.*, vol. I, p. 654 nota 19; Talamanca, *op. cit.*, p. 354 nota 504.

197. Tal es la opinión expresada por Talamanca, *op. cit.*, p. 353.
198. V.g. Valiño, *op. cit.*, p. 174, piensa que tal coexistencia duró hasta que llegó un momento en que la mayor ventaja de las acciones útiles acabó por desplazar el régimen del *mandatum in rem suam*, que tenía todos los inconvenientes del mandato. Pero ni el texto de C.4.39.5 ni Ulpiano D.3.3.55, según nuestra opinión, inspirarían la posibilidad de optar por uno u otro medio hasta la desaparición de la representación; sino que, por el contrario, suponen la afirmación de la permanencia aún del *mandatum actionis*, a pesar de la reforma de Antonino Pío para el ejercicio de las acciones *in rem* derivadas de la herencia. Talamanca, *op. cit.*, p. 353 a 354, es de la idea que durante toda la época clásica existiese el concurso entre los dos medios, dependiendo del comprador la elección entre el uno o el otro.
199. Sobre este sentido del término *persecutio* en el presente texto de Ulpiano ver Casavola, *Actio op. cit.*, p. 17; así también Sturm, *Stipulatio Aquiliana, op. cit.* pp. 154 y 155.
200. La expresión *tribuere actionem* en el sentido de acción concedida es frecuente en las fuentes jurídicas (v.g. Ulpiano, *libro primo disputationum* D.3.3.28; el mismo, *libro decimo ad edictum* D.3.5.9 (10); Paulo, *libro quinto sententiarum* D.7.1.60 pr). En doctrina ver Heumann - Seckel, *op. cit.*, p. *sub voce*: *tribuere*.
201. Ver Talamanca, *op. cit.*, p. 350.
202. Los textos de los juristas se encuentran en el Apéndice, mientras el de C. 6.37.2 en el cap. 5 § IV.
203. Tal interpretación puede confirmarse en Bas. 19.4.2 (ed. Heimbach): kai poteCnnCwmevov ton pragmatoV eneCetan o pratehV apo tiaoV faCtou.(*et quando evicta re venditor ex facto quodam teneatur*: y cuando el vendedor, evicta la cosa, es responsable en base a un cierto hecho).
204. Sobre tal texto bajo tal aspecto ver: Andreas Wacke "Zur Causa...", *op. cit.*, p. 246; del mismo autor "Zur Lehre vom *pactum tacitum* und zur Aushilfsfunktion der *exceptio doli*", *ZSS*, vol. 91 (1974), p. 280; MacCormack, "Custodia...", *op. cit.*, p. 181; Rozwadowsky, "Studi sul trasferimento dei crediti" *op. cit.*, p. 84; Paolo Frezza, "Responsa e Quaestiones, studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi", *SDHI*, vol.43(1977) p.241 y 242; Max Kaser "Perpetuari Obligationem", *SDHI*, vol. 46 (1980), p. 141; del mismo autor "Die actio furti des Verkaeufers", *ZSS*, vol. 96 (1979), p. 117; Stefan Weyand "Kaufverstaendnis und Verkaeufershaftung" *op. cit.*, pp. 231,236,258,261,264,266; Rolf Knuetel "Die Haftung fuer Hilfspersonen im roemischen Recht", *ZSS*, vol. 100 (1983), p. 376; en la misma revista Eric Pool, "De minutulis curat philologus: was bedeutet viden-

- dum/videamus ne?*", p. 456; Pasquale Voci, "Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali", *SDHI*, vol. 56 (1990). p. 74; también del mismo Knuetel ver: "Zum Nutzungszins", *ZSS*, vol. 105 (1988) p. 525; Talamanca, *op. cit.*, p. 353 nota 496.
205. Ver Glück, *op. cit.*, pp. 697 a 698; Cugia, *op. cit.*, p. 542.
206. Weyand, *op. cit.*, pp. 264 a 269.
207. Sobre la identificación del *eius* del texto con el comprador de la herencia es concorde la doctrina actual: ver Wacke, *Zum Lehre von pactum tacitum op. cit.*, p. 280; Weyand, *Kaufverstaendnis op. cit.*, p. 264; Reichard, *Die Frage des Drittschadenersatz op. cit.*, p. 82.
208. Glück, *op. cit.*, p. 697.
209. Ver v.g. Cugia, *op. cit.*, p. 542.
210. Ver Instituciones de Gayo 2.253.
211. Para un análisis profundo de este texto ver *supra*, capítulo II§ 2.
212. La mención completa del texto y su exégesis se encuentran *supra*, cap. 3 § III.
213. Ver Talamanca, *op. cit.*, p. 350.
214. En tal sentido: Torrent, *La venta, op.cit.*, p. 178, así como Alfredo Calonge, *Evicción (s/e)*; Salamanca: Universidad de Salamanca, 1968) p.51; Talamanca, *op. cit.*, p. 350.
215. Sobre el cual ver Arangio-Ruiz, *op. cit.*, vol. II. p.350.
216. Tal ya era la interpretación de la glosa: ver al respecto la glosa "De evictione" a D.18.4.2.pr. Las sospechas de interpolación de dicha frase, manifestadas por Cugia, *op. cit.*, p. 539, no son compartidas por la doctrina más reciente: ver Talamanca, *op. cit.*, p. 350.
217. Sobre el regimen derivante de tal edicto ver en doctrina Arangio Ruiz, *op. cit.*, vol. II, p. 361 a 394; Talamanca, *op. cit.*
218. *Sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum; nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia, quae in peculio fuerint, sana esse praestare venditor non debet, quia non dixit, certum corpus accessurum; sed peculium tale praestare oportere; et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc.* (pero ésto es así, si se dijo que una cierta cosa accederá; en efecto si se vende un esclavo con peculio, el vendedor no debe garantizar que son sanos los esclavos, que estuvieron en el peculio, porque no dijo, que una cierta cosa accederá; pero debe tal peculio; y como no debe garantizar una cierta cuantía del peculio, así tampoco ésto.
219. Ver *supra*, cap. 2 §§ I y III.
220. Para los actos dispositivos de bienes hereditarios realizados antes de la venta de herencia, como ventas, donaciones, pago de deu-

das y de legados, ver el régimen indicado por Ulpiano en D.18.4.2.3 (*supra*, cap. 2 § III).

221. *Aristo res quoque corporales contineri ait, ut praedia mancipia vestem argentum, quia et hoc verbum "quantas" non ad numeratam dumtaxat pecuniam referri ex ... stipulationibus emptae hereditatis apparet et "summae" appellatio similiter accipi deberet.*

222. Cuyo texto es: *Si creditor filii tui heredem te instituerit et tu hereditatem eius vendideris, illa parte stipulationis "quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit" teneberis de peculio.*

223. *Ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi (al comprador) restitueretur.*

224. *Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis.* Sobre su análisis ver *infra*, cap. 6 § II.

225. Ver *supra*, párrafo 1 del presente capítulo.

226. *Illud quaesitum est, an venditor hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate eius esset servove ei, cuius hereditatem vendisset, praestare debeat emptori. et visum est, quidquid dumtaxat de peculio filii servive aut in suam rem versum inveniatur, praestare eum debere.* Ver *infra*, cap. 6 § III.

227. *Et Iulianus ... scribit ... heredem (el vendedor) tenetur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas...*

228. Cuyo texto se encuentra *supra*, capítulo 1 § V.

229. Los dos textos son mencionados *supra*, cap. 1 § III.

230. Cuyo texto es mencionado *supra*, cap. 1 § V.

231. *Sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis ... si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem. At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam (pero cuando he vendido una herencia y después he vendido una cosa de ésta puede resultar que haya realizado un negocio del comprador más que de la herencia ... si te he vendido el mismo esclavo y todavía no entregado lo he vendido también a otro y he recibido su precio, muerto él, no te debo nada en base a la acción de compra, porque no hice mora en la entrega (puesto que el precio del esclavo vendido se percibe no en base a su valor, sino en base al negocio) y es como si no lo hubiese vendido a otro: en efecto te debía la cosa y no la acción. Pero cuando*

es vendida una herencia, resulta que se haya tácitamente hecho que, si hizo algo como heredero, lo debo prestar al comprador, como si celebrase un negocio de aquél). Sobre el presente punto ver Talamanca, *op. cit.*, p. 350.

232. Respecto a tal texto bajo el perfil de la responsabilidad ver *infra*, capítulo 7 § II.

233. Ver en doctrina Torrent, *op. cit.*, p. 175 que analiza el texto como exoneración de responsabilidad del vendedor en determinados casos; Talamanca, *op. cit.*, p. 353.

234. Sandro Schipani, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale* (s/e Torino, Giappichelli, 1971), p. 167 nota 8.

Miguel Ángel Hernández Romo

Quinto I. Introducción. 1. Problemas jurídicos. 2. Transacciones a las que se aplican las normas concursales. 3. Normas concursales de los diversos ordenamientos. 4. Transacciones concursales. 5. La ley de quiebra mexicana. 6. La ley de suspensión de pagos. 7. La ley de quiebra mexicana en relación con otras. 8. Problemas jurídicos. 9. Conclusión. 10. Bibliografía. 11. Tabla de materias. 12. Índice. 13. Nota de agradecimientos. 14. Nota de impresión.

I. INTRODUCCIÓN

El inversionista extranjero domiciliado fuera de la República Mexicana muestra cada día mayor interés en conocer los riesgos de su inversión crediticia en México, área el incremento de las reglas concursales.

Las presentes notas tienen como objeto mencionar algunas de las temas que consideramos puedan llamar la atención de sus lectores.

Hay dos hechos incontrovertibles se refieren a los problemas transaccionales concursales por una parte, constatamos que el mundo de los negocios transpasa las fronteras de cada país y se proyecta a dos o más países. Basta observar el mundo de los inversionistas, el de los proveedores de materias primas o de servicios y el de las empresas transnacionales, para constatar tal hecho. Por otra parte, existe una marcada norma concursal territorialista que pretende resolver todos los problemas jurídicos en la quiebra y en la suspensión de pagos, como se puede constatar en el artículo 14 de la Ley de Quiebra y Suspensión de Pagos.