

STIPULATIONES Y CONSENSUALIDAD EN LA COMPRAVENTA DE HERENCIA

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Gayo y las stipulationes en la compraventa de herencia*. III. *Las relaciones entre stipulationes y consensualidad en la venta de herencia. El ámbito de aplicación de la autonomía negocial de las partes*. IV. *Criterios de la jurisprudencia romana como puntos de reflexión para el jurista actual*.

I. INTRODUCCIÓN

En 1992 cuando me encontraba en la necesidad de realizar mi servicio social me acerqué al profesor Jorge Adame para cumplir con tal requisito, quien me propuso confrontar el libro XVIII del *Digesto* que trata de la compraventa¹ con el Código Civil del Distrito Federal. En tal ocasión observé que en el título IV del presente libro se trataba de la compraventa de herencia (*de hereditate vel actione vendita*), argumento en el que se encontraba una gran cantidad de problemas jurisprudenciales. Pensé que probablemente las soluciones que los juristas romanos presentaban pudieran ser de ayuda para entender el argumento en nuestro derecho actual.

En el año 1997 publicamos la monografía “Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico” dentro de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho² que tuvo como base la

¹ En aquel periodo el profesor Adame estaba realizando la traducción del libro XVIII del *Digesto* que salió publicado posteriormente. J. Adame Goddard, *Libro XVIII del Digesto (sobre la compraventa)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

² González Roldán, Yuri, “Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, vol.

tesis de doctorado que presenté en la Universidad Complutense de Madrid y un periodo de estudio en la Universidad de Tor Vergata de Roma. En la presente investigación iniciamos en el primer capítulo la explicación de las relaciones entre las *stipulationes* utilizadas en la compraventa de herencia (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*) y el contrato consensual. Visto que en el presente Congreso el objetivo consiste en promover una reflexión comparativa entre los diversos códigos civiles sobre temas de actualidad en materia de derecho civil, haciendo referencia, también comparativa, a las instituciones romanas como fundamento común de los diversos sistemas de derecho civil, nos pareció oportuno proponer la explicación de tales relaciones dentro del temario propuesto en el presente congreso.

Tal ponencia no tiene como objetivo repetir lo que escribí en pasado (el tiempo no me lo permitiría), sino el de ofrecer algunos resultados que después de algunos años me parecen importantes, sobre todo tomando en consideración algunas propuestas que la ciencia romanística realizó sobre la materia después de mi obra.³

Tal estudio no tiene simplemente una finalidad teórica, sino además práctica, ya que podría permitir al jurista actual observar que con base en la explicación de las relaciones entre *stipulationes* y consensualidad en la compraventa de herencia sale a la luz el contenido del contrato y que además las soluciones propuestas por la jurisprudencia romana a los problemas prácticos que sobre tal tema se encuentran en el *Digesto*, otorgan puntos de reflexión que en la actualidad no pueden dejarse de tomar en consideración; por ejemplo, si una persona llega a nuestro despacho y nos menciona que tiene la intención de vender la herencia que obtuvo una vez muerto su padre a un determinado comprador, nosotros como juristas deberíamos de tomar en consideración diferentes problemas que probablemente el propio cliente ni siquiera se imaginó. ¿El heredero quiere vender toda la herencia recibida o desea excluir determinados bienes específicos? ¿Quién pagará las deudas hereditarias, el vendedor o el comprador? Si después de cele-

21, 1997, pp. 7-292; de tal obra realicé ciento cincuenta copias autónomas a la presente revista y en la numeración de las páginas sigo el orden presentado en esta última versión. Un resumen del contenido de mi libro fue realizado por D. Johnston en *Revue D'Histoire du Droit*, vol. 68, 2000, pp. 122 y 123.

³ Me refiero específicamente a la recensión que el profesor Alberto Burdese realizó de mi libro en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. 65, 1999, pp. 417-425.

brado el contrato se conociera la existencia de un bien que forma parte del patrimonio hereditario, ¿a quién pertenecería? Si por el contrario se creía que un bien formaba parte de la herencia pero no era así ¿Es el vendedor responsable de la evicción de tal bien? Tales cuestiones fueron resueltas por los juristas clásicos, por lo cual un estudio moderno de la venta de herencia en su integridad no puede prescindir de un análisis profundo de la experiencia romana.

II. GAYO Y LAS *STIPULATIONES* EN LA COMPRAVENTA DE HERENCIA

Gayo al tratar del fideicomiso universal y específicamente de la posición del fideicomisario, menciona en Inst.2.252 como se realizaba la transmisión de la herencia entre el heredero y el propio fideicomisario antes del senadoconsulto Trebeliano (emanado bajo el imperio de Nerón en el año 56 d.C.):⁴

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 fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnitas esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem

Pero en un tiempo (el fideicomisario) ni estaba en el lugar del heredero ni del legatario, sino más bien del comprador; ya que entonces estaba en uso al que era entregada la herencia (el fideicomisario), que le fue vendida aquella herencia por así decir por una moneda; y aquellas estipulaciones que suelen ser interpuestas entre el vendedor de la herencia y el comprador, las mismas eran interpuestas entre el heredero (fiduciario) y aquel al que la herencia era entregada (el fideicomisario), esto es, de este modo: ciertamente el heredero se hacía prometer de él al que era entregada la herencia, que por cualquier cosa hubiera sido con-

⁴ Sobre el senadoconsulto Trebeliano, F. Longchamps de Berier, *Il Fedecompresso Universale nel diritto romano classico*, Warszawa, Liber, 1997, pp. 81 y ss.

invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

denado a título hereditario, o bien hubiera dado algo por otras razones con base en la buena fe, a este título fuera indemnizado, y sin duda si alguien hubiese ejercitado una acción hacia él a título hereditario, correctamente fuese defendido; pero aquel que recibía la herencia a su vez se hacía prometer que si algo con base en la herencia hubiera llegado al heredero, esto fuese entregado a él, y que también le fuese permitido ejercitar las acciones en nombre de *procurator* o bien *cognitor*.⁵

Concentremos nuestra atención sobre el contenido de las *stipulationes*.

1. *Stipulatio venditae hereditatis*

El vendedor (o heredero fiduciario) se hacía prometer del comprador (o del fideicomisario) lo siguiente: que por cualquier cosa hubiera sido condenado a título hereditario, o bien hubiera dado algo por otras razones con base en la buena fe, a este título fuera indemnizado, y sin duda si alguien hubiese ejercitado una acción hacia él a título hereditario, correctamente fuese defendido (*ut quidquid-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

⁵ La traducción del presente texto se encuentra también en mi traducción del libro segundo de la obra de Gayo: Y. González Roldán, "Gai Institutiones. Commentarius Secundus. Instituciones de Gayo. Comentario Segundo", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 26, 2002, pp. 472 y 473. Referencias bibliográficas al mismo se encuentran en mi monografía: González Roldán, Yuri, *Propuesta*, cit. nota 2, p. 12. Podemos agregar además el estudio que realizó Longchamps de Berier, *Il Fedecommeso Universale nel diritto romano classico*, cit., nota 4, pp. 88 y ss.

⁶ En el primer sentido se orienta la mayoría de la doctrina, U. Manthe, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989, pp. 29-31.

hereditario, dada la vigencia del senadoconsulto Trebeliano, su utilización era empleada todavía por el vendedor y el 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 responsabilizara de devolver al vendedor la suma que éste hubiera pagado en ejecución de una condena en razón de la herencia, por ejemplo, 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, con base en 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 al analizar la *stipulatio* con la cual el comprador se hacía prometer del vendedor, este último permanece como 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

⁷ En *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia* 2.69 se menciona: *si quis creditor hereditarius (velit contra me) proponere actionem... defensionem suscipere... spondes?* (Si un acreedor hereditario quiere ejercitar una acción contra mí... ¿Prometes asumir la defensa?); en la *Paraphrasis* de Teófilo 2.23.3 se afirma que el comprador quedaba obligado o a rembolsar al vendedor lo que este último había debido pagar a un acreedor hereditario o a defenderlo en juicio: *spondesne, fideicommissarie, si quid hereditarius creditor a me exegerit, id mihi praestare aut me defendere et indemnem servare? “Spondeo”*. (Traducción latina de C. Ferrini, *Institutionum graeca paraphrasis*

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.

2. *Stipulatio emptae hereditatis*

El contenido de lo que el comprador se hacía prometer del vendedor de la herencia es expresado por el texto gayano en examen en el siguiente modo: “que si algo con base en la herencia hubiera llegado al heredero (vendedor), esto fuese entregado a él (comprador), y que también le fuese permitido (al comprador) ejercitar las acciones en nombre de *procurator* o bien *cognitor*” (*ut si quid ex hereditate -nomine exequi*). También en el presente caso parece incierto si se trata de una o dos *stipulationes*. Con base en 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 continúa siendo titular, contra los deudores de la herencia como *procurator* o *cognitor*, realizando prácticamente una cesión de tales. 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.⁸

Theophilo Antecessori vulgo tributa, Berolini, Apud S. Calvary eiusque socios, 1897, p. 240; en la Constitución del emperador Caracala en C.4.39.2 se afirma: ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis, te convenire volentibus, tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venundedisti, tu experiaris suo ordine... (Exige la razón de derecho, que tú les respondas a los acreedores de la herencia, y a los legatarios o a los fideicomisarios, que quieran demandarte, y que tú ejercites en su propio orden la acción contra aquel a quien le vendiste la herencia...). El análisis de tales textos se encuentran en mi obra, González Roldán, *Propuesta... cit.*, nota 2, pp. 19 y ss. Podemos utilizar además en la interpretación del primer texto citado la obra de mi colega Rodríguez Martín, J. D., *Fragmenta Augustodunensia*, Granada, Comares, 1998, pp. 224 y ss.

⁸ Para obtener en vía indirecta la cesión del crédito sin proceder a su novación, el acreedor puede designar un tercero (en este caso el comprador de la herencia) como su “representante procesal”, *cognitor* o *procurator in rem suam*, permitiendo en tal modo que el comprador de la herencia pudiera intervenir en el juicio en forma personal y en tal modo obtener la cantidad debida. Sobre tal sistema ver además de la bibliografía citada en

Del presente texto podemos observar que a mediados del II siglo d. C. las *Instituciones* de Gayo consideran 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.

III. LAS RELACIONES ENTRE *STIPULATIONES* Y CONSENSUALIDAD EN LA VENTA DE HERENCIA. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL DE LAS PARTES

Durante un largo tiempo prevaleció la opinión de Lenel, que en su *Palingenesia*⁹ consideró los textos, que en materia de venta de herencia hacen referencia a las acciones propias del contrato consensual, como interpolados, pensándose por ello que en la época clásica, aun cuando el contrato de compraventa fuese consensual, si tenía por objeto una *hereditas* requería del empleo de *stipulationes* para determinar las obligaciones de ambas partes. El autor trata de demostrar su postura con base en el orden sistemático de la obra de Ulpiano, *libro quadragesimo nono ad Sabinum*, de que es compuesta gran parte del título IV del libro XVIII del *Digesto* que corresponde a la compraventa de herencia. En efecto dicha obra, a partir del *Liber XLVI* trata del argumento *De verborum obligationibus* hasta el *Liber L*,¹⁰ por lo que parecería lógico pensar que en el derecho clásico la compraventa de herencia se efectuase únicamente a través de *stipulationes emptae et venditae hereditatis*.

nuestra obra González Roldán, *Propuesta...*, cit., nota 2, p. 123. R. Orestano, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 14, 1967, pp. 795 y ss. y R. Quadrato, “*Rappresentanza (dir. rom)*”, *Enciclopedia del diritto*, vol. 38, 1987, pp. 417 y ss.

⁹ Lenel, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, vol. 2, pp. 1190 y ss.

¹⁰ Los textos del *Liber XLVI* hacen referencia al título *De novationibus*, el *Liber XLVII De vadimoniis*, *De adpromissoribus*, el *Liber XLVIII* al título *De inutilibus stipulationibus*?, *De stipulatione servorum*, *De acceptilatione*? el *Liber XLIX* al tema que estamos tratando: *De stipulationibus emptae et venditae hereditatis*, así como *Si quis ‘habere licere’ similiave stipuletur*, el *Liber L* a textos también referentes al Título *De verborum obligatione*.

A tal opinión por su autoridad se conformó la doctrina sucesiva,¹¹ hasta que una explicación más articulada y respetuosa de la clasicidad de los textos fue expresada por Talamanca,¹² que precisando la dificultad de aclarar la relación entre las dos figuras contractuales, consideró 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 de la estipulación.

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

Con base en la postura de Arangio-Ruiz que prevalece aún en doctrina,¹³ todas las especies de *emptio venditio* consensual en un origen se fundamentaban en *stipulationes*, porque cuando las partes trataban de dar forma estipulatoria al convenio que estaban por hacer, la voluntad común no podía producir efectos jurídicos antes de ser expresos en la forma preestablecida.¹⁴ Esta hipótesis podría confirmarse claramente en nuestra institución, porque la utilización de *stipulationes* en la venta de herencia puede observarse en textos de juristas del I siglo d. C. con referencia a las obligaciones principales de las partes; Labeón es el jurista más antiguo (inicio del siglo I

¹¹ S. Cugia, “Spunti storici e dommatici sull’alienazione dell’eredità”, en *Studi in Onore di E. Besta*, Milano, 1939, vol. 1, pp. 513 y ss el cual consideró el contrato consensual sólo como causa de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*; D. Daube, *Sale of Inheritance and Merger of Rights*, ZSS, vol. 74, 1957, pp. 261, 288-290; A. Torrent, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en el derecho romano*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1966, pp. 181 y ss. En un primo momento también compartimos tal posición, González Roldán, Yuri, “Stipulationes emptae et venditae hereditatis”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, vol. 19, 1995, pp. 164 y ss.

¹² Talamanca, M., *Vendita (dir. rom.)*, Enciclopedia del Diritto, vol. 46, 1993, p. 355. Una opinión similar había sido manifestada por Thomas, J. A. C., “Venditio hereditatis and emptio spei”, *Tulane Law Review*, vol. 33, 1959, p. 546.

¹³ Arangio-Ruiz V., *La Compravendita in diritto romano*, Napoli, Jovene, rist. 1978, vol. 1, p. 73. Mayores referencias bibliográficas se encuentran en nuestra obra, González Roldán, *Propuesta, cit.*, nota 2, p. 57. Véase además la última investigación de Cascione, C., *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale prospettive sistematiche*, Napoli, Scientifica, 2003, pp. 247 y ss.

¹⁴ Paulo, *libro tertio epitomarum Alfeni digestorum* D.17.2.71.pr. 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* (toda la cosa resulta ser trasladada en la estipulación), deduciéndose que la utilización de *stipulationes* constituyó el antecedente histórico de la consensualidad.

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.¹⁵ 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 parte de la herencia vendida.¹⁶ Tal hecho nos hace 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.

¹⁵ El caso examinado por Labeón y comentado por Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1 es el siguiente: en Labeón se encuentra escrito en este modo (*apud Labeonem ita scriptum est*): un *pater familias* falleció intestado 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 (*filium et filiam in sua potestate pater intestatus reliquit: filia eo animo fuit semper, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere*). Su hermano después de haber procreado una niña, muere cuando esta es todavía *infans* (*deinde frater eius filiam procreavit et eam infantem reliquit*). 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 las cosas de herencia del mismo abuelo que el hijo muerto había recibido por sucesión. La cuestión presentada por el jurista tiene por objeto lo que se podía considerar adquirido por la *pupilla* con base en esta estipulación... (*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...*). En este momento no nos interesa la solución que da el jurista Paulo, sino simplemente destacar la utilización de la presente estipulación. Un análisis más detallado se encuentra en nuestra obra: González Roldán, *Propuesta*, cit., nota 2, pp. 26 y ss.

¹⁶ Meciano, *libro secundo fideicommissorum*, D.32.95, jurista de la edad de los emperadores Severos en lo referente a la interpretación de las palabras *quantae summae* utilizadas en un fideicomiso: “*Quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo, uti det, quantas summas dictaverio dederio*”. (“Cualquiera que será para mí heredero, será obligado a dar y de fe confío de este, de modo que diese la cantidad que yo haya mencionado de dar”), retoma la opinión de Aristón, jurista de finales del siglo I d. C. según el 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*: *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 debet...* (Aristón dice, que se comprenden también las cosas corporales, como los predios, los esclavos, el vestido, la plata, porque esta palabra ‘cuantas’ no se refiere únicamente al dinero contante, según aparece de la relegación de la dote y de las estipulaciones de la herencia comprada; y se ve que la denominación de ‘suma’ se debe interpretar del mismo modo...).

En la primera mitad del II siglo d. C. Celso en D.50.16.97 hace aún referencia al formulario de la *stipulatio emptae hereditatis*,¹⁷ sin embargo, nos parece de suma importancia la constatación de Juliano, *libro quinto decimo digestorum* D.18.4.18 donde 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.

(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 al cuanto manifiesto que todo el dinero ha sido dado a título hereditario, porque se deduce en el juicio de *familiae erciscundae*, por el cual cada uno no puede conseguir nada más a sus coherederos, que lo que como heredero haya pagado).

La situación tratada por el texto es la referente a que un heredero, antes de que los otros aceptaran la herencia, 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 correcta-

¹⁷ La interpretación de algunas palabras del formulario de la *stipulatio emptae hereditatis* es dada por el jurista Celso, *libro trigensimo secundo digestorum* D.50.16.97, que dice: *cum stipulamur 'quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit', res ipsas 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).

mente ejercitar contra el comprador para conseguir tal fin o con la acción *ex stipulatu* o con la acción *ex vendito*. La justificación sobre la que Juliano fundamenta tal solución es que la estipulación penal ha sido pagada a título hereditario, 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 texto señalamos la opinión de Torrent,¹⁸ 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 dio una explicación confusa, o añadió la última parte de su cosecha”. 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 solo 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. 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 reali-

¹⁸ Torrent, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en el derecho romano*, cit., nota 11, pp. 181 y ss.

zarse 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 herederos, 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 que el ejercicio de la acción contra este último es subordinado al previo ejercicio contra los otros coherederos y a su insolvencia.

Con base en 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*.¹⁹ De lo anterior podemos compartir la posición de la doctrina más reciente que no considera interpolado el presente texto de Juliano.²⁰

A tal 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 encuentra 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 rembolsarle 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 aceptásemos 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,

¹⁹ Véase la bibliografía citada en nuestra monografía, González Roldán, *Propuesta...*, cit., nota 2, p. 32.

²⁰ Además de Talamanca, *Vendita (dir. rom.)*, cit., nota 12, p. 355, podemos citar a Burdese, en la recensión que hizo de nuestra obra, cit., nota 3, p. 418.

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.

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* (Si tú me has vendido la herencia de Lucio Ticio y después seas heredero al deudor del mismo, serás obligado con la acción de compra)”.

El comprador de la herencia puede ejercitar la acción de compra (*actio ex empto*) contra el vendedor que, una vez celebrada 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 concede al comprador de 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.²¹

En conclusión hemos podido constatar que si bien en origen y en el transcurso del siglo I d. C. la venta de herencia se podía realizar únicamen-

²¹ El texto se encuentra analizado en nuestra obra, González Roldán, *Propuesta, cit.*, nota 2, p. 184. Podemos incluir además Kiess, P., *Die confusio im klassischen römischen Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995, pp. 149 y ss., el cual acepta el contenido clásico de la referencia a la *actio empti*.

te mediante *stipulationes emptae et venditae hereditatis* en las que se encontrarían absorbidas las obligaciones que nacen del contrato consensual, en el siglo II d. C. se observa una fundamental innovación con Juliano (D.18.4.18) que reconoce la misma importancia al contrato consensual y a la estipulación para determinar la obligación del comprador a rembolsarle al vendedor los gastos que hubiese realizado. Cabe hacer notar que en textos del jurista adrianeo no se encuentran referencias a *stipulationes* que se refieran a las obligaciones de pagar el precio y de entregar la herencia, por lo que probablemente en la opinión de Juliano tales obligaciones habrían podido exigirse en base a las acciones propias del contrato consensual.

Desde tal momento hasta el final de la época clásica las opiniones de los juristas continuaban a manifestar la utilización de *stipulationes* y reflejando sin duda las aplicaciones de la práctica considerarán la posibilidad del ejercicio de las acciones propias del contrato consensual como pudo demostrar el texto de Africano (D.18.4.20 pr).

Es por tanto probable que, si bien en el desarrollo histórico de la compraventa de herencia la jurisprudencia llegará a aceptar la utilización de las acciones propias del contrato consensual para exigir determinadas obligaciones, la realización de estipulaciones entre las partes también posteriores a la celebración del contrato habrían podido ser dirigidas a específicos contenidos obligatorios. Si bien compartimos la opinión de Talamanca²² que en su origen la venta de herencia se realizaba exclusivamente mediante el empleo de estipulaciones, en el transcurso de la edad clásica las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* no representan un modo de ejecución de las obligaciones de las partes como menciona el maestro, sino sólo de algunas específicamente determinadas por las mismas, ya que las obligaciones que no encontraban como fundamento una estipulación podían exigirse con base en las acciones propias del contrato consensual.

IV. CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA COMO PUNTOS DE REFLEXIÓN PARA EL JURISTA ACTUAL

Una vez que hemos visto como la utilización de estipulaciones accesorias relativas a específicos contenidos de la venta de herencia en el transcurso del periodo clásico dio lugar al uso de simples pactos incorporados

²² Talamanca, M., *Vendita (dir. rom.)*, cit., nota 12, p. 355.

en el contrato consensual, podemos en este momento dedicarnos al análisis de algunas cuestiones que la jurisprudencia romana nos presenta sobre la materia porque sus soluciones, según nuestra opinión, todavía son útiles como puntos de reflexión a los juristas actuales.

De la *stipulatio emptae hereditatis* mencionada en Gayo 2.252 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 premanecerá al vendedor y que podía hacerle adquirir otros bienes por motivo de tal calidad aun después de la *venditio hereditatis*.

Ulpiano, libro *quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.3 explica de forma más detallada cuáles cosas se pueden considerar que han llegado al vendedor y que por lo tanto está obligado a transmitir al comprador de la herencia:

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

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 con base en un primer cálculo aparente: por esto lo que alguno haya prestado como legado no resulta que

venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit.

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.

El texto es importante porque ilustra los principios básicos del contenido de la herencia para fines negociales, explicando el significado del concepto de *pervenire*²³ (llegar). El régimen que resulta es el siguiente:

a) Las cosas corporales son disponibles por el vendedor y por lo tanto se encuentra obligado a transmitirlas; 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.

b) Para las cosas hereditarias vendidas antes de la venta de la herencia el vendedor deberá entregar el precio recibido; 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 *onera* 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 se había afirmado una orientación equitativa, a la cual éste resultaba obligado a transferir al comprador el valor objetivo de tales cosas.

²³ El término *pervenire* no solamente se encuentra utilizado en la *stipulatio emptae hereditatis*, sino también en el senadoconsulto Juvenciano (D.5.3.20.6b) que el propio Ulpiano analiza en D.5.3.23.pr. Tal concepto ha sido motivo de investigación por parte de nosotros en relación con tal disposición, González Roldán, Yuri, “La subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2004, vol. 28, pp. 241 y ss.

El principio formulado por Ulpiano que en la transmisión de la herencia deben incluirse el complejo de los bienes hereditarios y el valor de los enajenados a otros anteriormente, fue aceptado por los códigos civiles,²⁴ incluyéndose en la entrega los frutos y productos que hubiese recibido el vendedor de acuerdo aun 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:

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.

(No sólo lo que llegó al vendedor de la herencia, sino también lo que llegó a su heredero de esta herencia, debe ser entregado al comprador; y no solamente lo que ya llegó a él, empero también lo que en cualquier tiempo habrá llegado, debe ser entregado).

En caso de que el vendedor se hubiera aprovechado de algún bien de la herencia debería entregar al comprador su valor como menciona D.18.4.2.3, 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.

²⁴ Código Civil francés, artículo 1697. S'il avait déjà profité des fruits de quelque fonds ou reçu le montant de quelque créance appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques effets de la succession, il est tenu de les rembourser à l'acquéreur, s'il ne les a expressément réservés lors de la vente. Código Civil alemán, § 2372: "Die Vorteile... gebühren dem Käufer". (Los beneficios corresponden al comprador). Código Civil italiano, artículo 1544: "se il venditore ha percepito i frutti di qualche bene o riscosso qualche credito ereditario, ovvero ha venduto qualche bene dell'eredità, è tenuto a rimborsarne il compratore, salvo patto contrario". Código Civil venezolano, artículo 1556. Quien venda una herencia sin especificar los objetos de que se compone no está obligado a garantizar sino su calidad de heredero. Si se había aprovechado ya de los frutos de algún fundo o cobrado algún crédito perteneciente a la herencia, o vendido algunos efectos de la misma, está obligado a reembolsarlos al comprador, a menos que se los haya reservado expresamente en la venta... Código Civil chileno, artículo 1910. Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos o percibido créditos o vendido efectos hereditarios, será obligado a rembolsar su valor al cesionario.

En el caso de donación de algún bien hereditario por parte del vendedor Ulpiano afirma en D.18.4.2.3 que el comprador tiene derecho al valor del mismo, problema que no resuelven la mayoría de los códigos civiles, con excepción del §2375 del Código Civil alemán que 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: “*die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Käufer den Verbrauch oder die unentgeltliche Verfügung bei dem Abschluss des Kaufes kennt*”.

De la *stipulatio venditae hereditatis* mencionada en Gayo 2.252 sabemos que el comprador estaba obligado a devolver al vendedor la suma que éste hubiera pagado en ejecución de una condena en razón de la herencia, así también las legislaciones modernas aceptan el principio romanístico que el comprador está obligado a rembolsarle al vendedor lo que éste hubiera pagado por las deudas y cargas de la herencia.²⁵ La razón de la mencionada obligación consiste en que el comprador asume la posición patrimonial correspondiente a la del heredero. El vendedor 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 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* como tratamos de demostrar con algunos ejemplos. En algunas legislaciones actuales no obstan-

²⁵ Artículo 1698, Código Civil francés, “*L’acquéreur doit de son côté rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s’il n’y a stipulation contraire*”. § 2378 B.G.B: (2) “*Hat der Verkäufer vor dem Verkauf eine Nachlassverbindlichkeit erfüllt, so kann er von dem Käufer Ersatz verlangen*”. (El vendedor que antes de la venta cumple con una obligación hereditaria puede exigir del comprador el resarcimiento). Artículo 1545, Código Civil italiano: “*Il compratore deve rimborsare il venditore di quanto questi ha pagato per debiti e pesi dell’eredità, e deve corrispondergli quanto gli sarebbe dovuto dall’eredità medesima, salvo che sia convenuto diversamente*”. Artículo 1556, Código Civil venezolano: ...El comprador, por su parte, debe rembolsar al vendedor lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y abonarle lo que éste le deba, cuando no haya estipulación en contrario. Artículo 1910, Código Civil chileno: ...El cesionario por su parte será obligado a indemnizar al cedente de los costos necesarios o prudenciales que haya hecho el cedente en razón de la herencia.

te 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.²⁶

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 totalidad²⁷ o una parte de la herencia;²⁸ 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.²⁹ Si no

²⁶ § 2371, Código Civil alemán. “*Ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, bedarf der notariellen Beurkundung*”. (Un contrato mediante el cual se vende la herencia que le corresponde a alguno, es necesario que se realice con un acta de notario). Artículo 1543, Código Civil italiano. “*La vendita di un'eredità deve farsi per atto scritto, sotto pena di nullità*”. Artículo 1184, Código Civil argentino. Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 6. La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios.

²⁷ Por ejemplo Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20. *Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris...* (Si me has vendido la herencia de Lucio Ticio...); Ulpiano, *libro quadragesimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.15. *Si Titius Maevi hereditatem Seio vendideri...* (Si Ticio haya vendido la herencia de Mevio a Seyo).

²⁸ Escévola, *libro vigesimo septimo digestorum* D.44.4.17.2. *Ex quadrante heres scriptus a coherede ex dodrante instituto emit portionem certa quantitate...* (El heredero instituido por la cuarta parte compra del coheredero de las tres cuartas partes de la herencia su cuota a un cierto precio...); Ulpiano, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14.1. *Si fideiussori duo heredes extiterint et alter eorum a coherede emerit hereditatem...* (Si dos son los herederos del fiador y uno compra del otro su cuota hereditaria...).

²⁹ 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 (véase nota precedente) hace pensar que prácticamente tuviese un frecuente campo de aplicación. Por ejemplo en el Código Civil del Distrito Federal se menciona el procedimiento en el siguiente modo: Artículo 1292. El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquéllos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto, si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el solo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, será nula. Artículo 1293. Si dos o más coherederos quisieren hacer uso del derecho del tanto, se preferirá

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, la totalidad de ella. Si se hubiese hecho caso omiso de las disposiciones que en materia de derechos preferenciales existen, se corre el riesgo de que los coherederos afectados soliciten la nulidad del acto.

b) Que la herencia objeto del contrato sea de una persona fallecida como expresa Pomponio, *libro nono ad Sabinum* D.18.4.1. *Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit* (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).³⁰ 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 una 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 tuviera, ya que existen referencias en las fuentes donde se trata de una venta de herencia como *emptio spei*, así Javoleno, *libro secundo ex Plautio* D.18.4.10 menciona la siguiente cláusula que podría incluirse en el contrato: *si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri* (que resulta vendido cuál derecho tiene el vendedor sobre la herencia, y que después no responda de nada más) y Ulpiano, *libro trigensimo secundo ad edictum* D.18.4.11: *si qua sit hereditas, est tibi empti* (si hay herencia, ha sido comprada para ti). 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 señalar las causas por las que se considera la presunción de la existencia de la expectativa.

al que represente mayor porción en la herencia, y si las porciones son iguales, la suerte decidirá quién hace uso del derecho. Artículo 1294. El derecho concedido en el artículo 1292 cesa si la enajenación se hace a un coheredero. Sobre tal tema véase Alessio Robles, M., “Derechos preferenciales en derecho mexicano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, vol. 11, 1987, pp. 43 y ss.

³⁰ La venta de herencia de una persona viva es nula porque es contraria a la prohibición de pactos sucesorios. En consecuencia debe tratarse de una herencia existente y válidamente dejada por el *de cuius*. Nuestras conclusiones sobre tal aspecto se encuentran en nuestra obra, González Roldán, *Propuesta*, cit., nota 2, pp. 65 y ss., y en las recensiones a la misma hechas por Burdese en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, cit., nota 3, p. 419, y Johnston en *Revue d'Histoire du Droit*, cit., nota 2, p. 122.

d) La determinación del alcance del concepto *hereditas*. Será conveniente establecer si se realiza la venta de activos hereditarios únicamente, o si se incluirán también las deudas de la herencia, la correspondencia de los frutos, y 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, porque, como vimos al inicio del presente §, de acuerdo con Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.3 en caso que no se dijera nada al respecto se deberá entender que los activos hereditarios corresponden al comprador (incluyéndose los frutos) y que el vendedor deberá rembolsar el precio o el valor de los bienes vendidos o donados antes de la venta de herencia.

e) Establecer si el vendedor sería responsable en caso de evicción de un bien que se consideraba parte de la herencia, ya que Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2pr. 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 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).

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 este último es constreñido a estipular por el hecho suyo.

Al señalarse en el contrato de venta la cláusula *ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset* (que el comprador no tenga ni mayor ni menor derecho que tomaría el vendedor heredero), el vendedor no responderá de evicción de cosas hereditarias singulares, porque su responsabilidad se centrará únicamente sobre su calidad de heredero.³¹ Si el *de cuius* careciera del derecho de propiedad sobre

³¹ Del hecho de que el vendedor en la compraventa de herencia actúa como heredero se deriva su obligación de garantizar al comprador tal calidad, Talamanca, *Vendita (dir. rom.)*,

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.

Las palabras *cum id inter ementem et vendentem agatur* podrían en línea teórica interpretarse en 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 doctrina,³² 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*, los argumentos anteriores y la parte final del fragmento sobre la *satisfactio de facto suo* por parte del vendedor nos inclinarían a pensar como más probable la primera solución.

En lo expresado al final de D.18.4.2pr. 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. 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.

En las legislaciones actuales³³ se menciona que en la venta de herencia el vendedor únicamente es responsable de su calidad de heredero deri-

cit., nota 12, p. 350 suele mencionar la responsabilidad del vendedor por su *verum nomen heredis*. Tal problema es analizado en nuestra obra González Roldán, *Propuesta*, cit., nota 2, pp. 135 y ss.

³² Torrent, *Venditio hereditatis*, cit., nota 11, p. 178; Calonge, A., *Evicción*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1968, p. 51; Talamanca, *Vendita (dir. rom.)*, cit., nota 12, p. 355.

³³ Artículo 1696, Código Civil francés. “*Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets n’est tenu de garantir que sa qualité d’héritier*”. Artículo 1542, Cód-

vándose como consecuencia que en la mayoría de éstas se considera implícita la exclusión de la responsabilidad por evicción sin necesidad de una norma expresa,³⁴ la razón se encuentra fundamentada en el hecho que la herencia es una *universitas iuris* compuesta de bienes de los cuales las partes pueden desconocer su existencia, o bien que, por el contrario, que las mismas erróneamente crean que forman parte de la herencia, por ello en el caso en que no se hiciera 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.

f) Si el comprador estará obligado al reembolso de los pagos realizados por el vendedor en virtud de la herencia ya que, si no se dijo nada al respecto, se deberá entender en sentido afirmativo como observamos en el presente § respecto a la *stipulatio venditae hereditatis* mencionada en Gayo 2.252.

go Civil italiano. “*Chi vende un’eredità senza specificarne gli oggetti non è tenuto a garantire che la propria qualità di erede*”. Artículo 1556, Código Civil venezolano. Quien venda una herencia sin especificar los objetos de que se compone no está obligado a garantizar sino su calidad de heredero. Artículo 1209, Código Civil peruano. También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero. Artículo 1909, Código Civil chileno. El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o legatario.

³⁴ Excepción a tal hecho la encontramos en 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.