

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR LA CUOTA ACRECIDA EN LA *VENDITIO HEREDITATIS*.

Josefa Belén Fernández Vizcaíno
Universidad de Alicante

Para la realización de este trabajo sobre la obligación de restituir la cuota acrecida en la venta de una herencia, partiremos del paralelismo demostrado por la doctrina¹ con el

¹ En este sentido se expresan J.DECLAREUIL, "Quelques notes sur certains types de fidéicommiss", en *Melanges Gerardin*, Paris, 1907, p. 135; M.BARTOSEK. "El Senatoconsulto Trebelliano", en *Scritti Beatificazione Ferrini*, III, Milano, 1948, pp. 309 y ss.; A.TORRENT, *Venditio hereditatis*, Salamanca, 1966, pp. 153 y ss. Matiza

esta cuestión B.BIONDI, *Sucesión testamentaria y Donación*, Barcelona, 1960, pp. 492 y ss., al presentar

*fideicommissum hereditatis*², con la venta de servidumbre y con la venta de usufructo³.

Todos estos casos tenían en común que cuando se trataba de venta no se hacía referencia a un derecho, sino a la cesión estipulada del ejercicio del contenido de ese

la dificultad de hacer pasar el título de *heres* de un sujeto a otro pues ningún acto jurídico permitía transmitir a otro la cualidad de heredero, así, el fiduciario era heredero por el *ius civile* si bien se encontraba obligado a restituir la herencia a favor de un tercero, al fideicomisario, tal como le había rogado el *de cuius*; por tanto el medio jurídico más acertado tomando en consideración que la herencia podía estar formada no sólo por bienes corporales sino también por deudas y créditos, fue llevar a cabo una venta ficticia o *nummo uno* ajustada según las necesidades por estipulaciones propias de la venta de herencia, lo que obligaba al fiduciario, como en toda venta, a llevar a cabo *mancipatio* o *traditio* de cada uno de los bienes corporales de la herencia, ya que la venta romana no transmitía la propiedad sino que era traslativa de obligaciones; por este medio se podían transmitir cosas concretas, pero no la *hereditas* entendida como un todo. Respecto a las deudas y créditos la jurisprudencia aconsejó interponer estipulaciones recíprocas entre heredero y fideicomisario, cuyo esquema como afirma Biondi se reproduce en los fragmentos de Autum 2, 69 y 70.

No obstante, con el desarrollo del Derecho romano surgieron diversas normas que modificaron esta

derecho; es decir, ya en la venta de herencia o análogamente en la venta de usufructo y en la venta de servidumbre, se vendía el ejercicio del contenido de ese derecho; no se vendía algo material, sino el contenido, el ejercicio, siendo el

regulación: el senadoconsulto Trebelliano permitió el traspaso de las acciones hereditarias, tanto a favor como en contra, al fideicomisario haciendo innecesarias las estipulaciones, como se afirma en Gayo 2, 253; l. 2, 23, 4; *Tit.Ulp.* 25, 14; *Pauli Sent.* 4,2: asimismo el senadoconsulto Pegasiano concedió al fiduciario retener un cuarto de la herencia siguiendo el sistema de la *lex Falcidia* para facilitar su aceptación. Justiniano modificó la regulación restableciendo el sistema de las estipulaciones pero sin llegar a derogar el sistema de la cuarta ni la aceptación coactiva que fue reconducida al senadoconsulto Trebelliano.

² Tal como se afirma en Gayo 2, 252 en su época el fideicomisario era considerado comprador de la herencia antes que heredero o legatario porque solía venderse la herencia utilizando las mismas estipulaciones entre fiduciario y fideicomisario que las que se interponían entre comprador y vendedor de la herencia; entre ellas, que el comprador no reclamaría al heredero si por cualquier razón fuese condenado a título hereditario, ni si por distintas causas el segundo hubiese entregado algo de la herencia con buena fe, y en todo caso, el heredero se hacía prometer del comprador que si alguien hubiese ejercitado una acción hacia él, a título hereditario, fuese defendido por el

sistema de estipulaciones el medio para hacer factible la venta⁴.

En este sentido, durante el desarrollo del negocio jurídico de la compraventa de una cuota o del total del monto de una herencia, el sistema

vendedor; de igual manera el comprador se hacía prometer del heredero la obligación de restituirle todo lo que recibiera perteneciente a la herencia, así como le fuese permitido ejercitar acciones a título de *procurator* o bien *cognitor*. Gayo 2, 252. *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 uenire; et quae stipulationes inter uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem 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 siue quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnisset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille uero, qui recipiebat hereditatem, inuicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.*

3

⁴ D. 7, 1, 3; D. 8, 4, 6, 3 a; D. 18, 6, 8, 1; D. 23, 3, 66; l. 2, 4, 1.

*pactionibus et stipulationibus*⁵ unido a la *traditio*, tenía como finalidad principal garantizar al comprador el *habere licere*, ya que -como afirma la doctrina- en la compraventa romana el vendedor estaba obligado no a transferir la propiedad sino la posesión⁶.

No obstante, como quedará demostrado a continuación, y tomando como referente el citado *status quaestionis*, podemos afirmar que en función de esta pacífica posesión en la transmisión de derechos, tanto del contenido de

4

⁴ A.TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., p. 153.

⁵ Con relación a la *stipulatio* vid. B.BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, pp. 55 y ss.; G.SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989, pp. 3 y ss.; J.M. COMA, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996, pp. 91 y ss.

6

⁶ J.IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Romano*, Barcelona, 1972, pp. 420 y ss., sostiene que el vendedor, en la compraventa, se obligaba a transmitir al comprador la pacífica posesión de la cosa, y esta sola atribución posesoria es lo que se denominaba *habere licere*. En este sentido vid. M.SARGENTI, "Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane", en *BIDR*, VII, 1965, pp. 195 y ss.; S.A.CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, pp. 7 y ss.

las fuentes como de la doctrina, se puede concluir que en, al margen de los pactos y las estipulaciones contractuales, la obligación del vendedor de la herencia fue asegurar al comprador el pacífico ejercicio del contenido de los derechos que conformaban la misma, así como la restitución del total del as hereditario, aunque éste hubiese llegado en un momento posterior a la venta de herencia a manos del vendedor.

Esta aseveración en relación con un instituto de derecho hereditario como el acrecimiento, y la posterior conducta obligatoria para el vendedor, se hubiesen previsto o no estipulaciones, o bien, fuesen éstas incompletas, hacían que el comprador de la herencia mantuviese intacto su derecho sobre el total, más allá del derecho real de propiedad, al estar relacionado el acrecimiento con la complejas normas del derecho sucesorio romano⁷.

⁷ Respecto a la teoría que identifica el derecho de acrecer con los derechos reales Robbe considera la verificación del *ius adcrescendi* en la denominada situación de comunidad hereditaria desde la perspectiva de que ésta última conllevaba la realización de un derecho de propiedad, esto es, la herencia constituía la directa e inmediata actuación de un derecho real; la premisa principal de su teoría respecto al derecho de acrecer en Derecho romano se explicaba sólo con la

Para el supuesto objeto de estudio partimos de la premisa necesaria de una herencia causada⁸, pues no es posible hablar de herencia en el caso de una persona viva, a pesar de la posibilidad en Derecho romano de los pactos sucesorios, si bien éstos no se conocían en

naturaleza real del derecho sobre el que se ejercita, afirmando Robbe la equivalencia entre la accesión y el *ius adcrescendi*, pues ambos se configuraban como una ampliación natural y espontánea del propio derecho, esencialmente de naturaleza real, lo que llevaba automáticamente a la inmediata adquisición y reabsorción de un derecho ajeno que había quedado vacante, U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, pp. 40 y ss.; Id., voz: "Accrescimento", *NNDI*, I, 1957, pp. 157 y ss. Sigue la misma opinión G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, Siena, 1877, pp. 30 y ss.

Esta opinión de Robbe respecto al *ius adcrescendi* representa una singularidad en la doctrina romanística con muy escasos seguidores, pues en su tesis se observa de inmediato cierta confusión de términos jurídicos en lo que respecta a su fundamento, naturaleza y estructura jurídica, lo que se puede observar en las refutaciones que realizan a la misma autores como A.TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 2002, p. 607; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", en *Enciclopedia del diritto*, I, Varese, 1958, p. 317; R.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*,

derecho clásico; también fue admitida en Roma la venta de herencia como *emptio spei*; en este caso la herencia también debía existir, la aleatoriedad se encontraba en el eventual derecho que el vendedor tenía sobre la misma⁹. En consecuencia, tomamos como premisa una herencia que debía existir física y jurídicamente.

Milano, 1953, p. 5 nt. 5; L.BARASSI, *Diritto reali e possesso*, I, Milano, 1952, pp. 310 y ss.; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, p. 435 nt. 1; E.BETTI, rec. a U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento*, cit., en *BIDR*, LI-LII, 1948, pp. 433 y ss.; M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Barcelona, 2001, p. 46 (nota 79).

8

⁷ D. 18, 4, 1. (**Pomp. IX ad Sabinum**). ***Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.***

⁹ J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, *Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Madrid, 1986, pp. 643 y ss.; A.TORRENT, voz: *emptio spei*, en *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, p. 314; S.RANDAZZO, "Variabilità del rischio e ricadute sistematiche nella vendita di cosa futura", en *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, pp. 265 y ss.; Y.GONZÁLEZ ROLDÁN, "Hereditatis venditio per argentarium facta", S. BELLO - J. L. ZAMORA (coords.), "El derecho comercial: de Roma al Derecho actual", I, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, p. 410 (nota 28).

La *hereditas* existente es un concepto funcional en multitud de casos formada por bienes materiales junto con deudas y créditos, lo que lleva a entender el objeto de la venta de la misma como una universalidad. En este sentido, afirma Torrent¹⁰ que desde un punto de vista realista, en las fuentes objeto de la venta es lo percibido *ex hereditate*, esto es, una cosa indeterminada, pero determinable según criterios o normas de las fuentes que parten de considerar obligado a entregar por el vendedor todo *quod ex hereditate pervenerit*¹¹. A este

10

? A.TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., pp. 162 y ss.-205 y ss. Sigue la misma opinión Y.GONZÁLEZ ROLDÁN, "*Hereditatis venditio per argentarium facta*", cit., p. 410, nt. 29.

11

? D. 18, 4, 2, 3.- ***Ulpianus libro 49 ad Sabinum. 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***

respecto, el comprador adquiere un conjunto de cosas y derechos sin determinar exactamente, y el vendedor vende una universalidad sin tener necesidad de conocer la cuantía exacta de la herencia, salvo que se hubiese estipulado con anterioridad el montante¹²; es éste el objeto de la obligación de entregar la cosa que tiene el vendedor, de la cual respondía cuando actuaba con dolo¹³.

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.

La doctrina romanística considera este pasaje seriamente interpolado además de modificado por los compiladores justinianos, en este sentido de expresa S.CUGIA, "Spunti storici e dommatici sull'alienazione dell'eredità", en *Studi Besta, I*, Milano, 1939, pp. 533 y ss.; A.TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., p. 164.

¹² D. 18, 4, 14, 1. (Paul. **33 ad Ed.**): ***Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil interest***, D. 18, 4, 15 (Gayo **Gaius 10 ad Ed. prov.**): ***Nisi de substantia eius adfirmaverit.***

¹³

[?] D. 18, 4, 2, 5; D. 18, 4, 3; D. 18, 4, 5; D. 18, 4, 12; D. 41, 1, 50, 1. A.DE MEDIO, "Valore e portata della regola *"magna culpa dolus est"*", en *Studi Fadda, II*, Napoli,

A partir de estas premisas conceptuales, una vez iniciada la venta de herencia surgía la obligación de entregar el total por parte del vendedor según el sistema de *traditio* y estipulaciones establecido; pero incluso en el supuesto de que las partes no determinaran, o lo hicieran de manera incompleta el contenido de dichas cláusulas, tal derecho pertenecía al comprador. Se debe explicar esta necesidad desde la perspectiva que establece el derecho sucesorio al prescribir la restitución al comprador de una porción hereditaria llegada al

1916, p. 236; F.SCHULZ, "Die lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht", en *ZSS*, 43, 1922, p. 246; G.LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, p. 230; S.CUGIA, "Spunti storici e dommatici" cit., pp. 535-536; V.ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, Napoli, 1958, pp. 174 y ss.; N.DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004, pp. 1 y ss.

Con relación a las responsabilidades y obligaciones que generaban una venta de herencia tanto en la figura del vendedor como del comprador, y en especial, la particularidad del supuesto que sostiene que el vendedor de herencia no respondía por evicción al limitarse tal responsabilidad al título de heredero, como se afirma en D. 18, 4, 2 pr. y D. 18, 4, 2, 10, *vid.* A.TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., p. 169 ss.

vendedor con posterioridad a la fecha de la venta en virtud del *ius adcrescendi*.

Para fundamentar tal afirmación se ha de tomar en consideración en primer lugar el principio *semel heres semper heres*¹⁴, pues el título de heredero quedaba siempre en la figura del vendedor, de manera que le correspondía cualquier acrecimiento que tuviese lugar en la masa hereditaria con independencia de la venta llevada a cabo por él. En este sentido se expresa Campani¹⁵ cuando sostiene que la cuota vacante pertenecía siempre al vendedor en virtud del principio *semel heres semper heres*; ahora bien, del derecho que recibía el heredero vendedor surgía sucesivamente una obligación de restituir, ya que éste debía ceder siempre al comprador la porción acrecida dado que en caso contrario podía reclamársela con la *actio empti*, pues el objeto de la venta comprendía todo sucesivo emolumento, incluso el proveniente del *ius adcrescendi*.

El otro elemento que cimienta nuestra afirmación se encuentra en la máxima romana,

¹⁴ D. 28, 5, 89 (88).

¹⁵

[?] G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, cit., pp. 30 y ss.

de carácter esencial, *portio portioni adcrecit, non personae*¹⁶, que indica la ordenación del acrecimiento directamente con relación a la cuota, sin tomar en consideración al titular de la misma, a excepción del supuesto del legado de usufructo que, por su peculiaridad, acrecía a la persona¹⁷.

16

² Norma extraída por los interpretes de D. 7, 1, 33 pr. (Pap. 17 quaest.): *Si Titio fructus, Maevio proprietas legata sit et vivo testatore titius decedat, nihil apud scriptum heredem relinquetur: et id Neratius quoque respondit. 1. Usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit: unde si fundi vel fructus portio petatur et absolute secuta postea pars altera quae adcrevit vindicetur, in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare scribit Iulianus, quoniam portio fundi velut alluvio portioni, personae fructus adcreveret.*

¹⁷ F.DE CILLIS, "Del diritto d'accrescere secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", en *Arch. Giur.*, XXIII, 1879, pp. 206 y ss.; J.MARTÍ MIRALLES, "Notas sobre el derecho de acrecer", en *RDP* XII, 1925, pp. 375 y ss.; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano, 1948, pp. 218-219; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento*, cit., pp. 45 y ss.-381 y ss.; ID. s. v. "Accrescimento", cit. p. 160; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", cit., pp. 315-316. *Frag.Vat.* 75 a 87; D. 7, 1, 33, 1; D. 44, 2, 14, 1.

La explicación a esta regla de aplicación general en el acrecimiento, la encontramos en Vaccaro¹⁸ y Robbe¹⁹; otros autores²⁰ sostienen que en función de la regla *portio portioni adcrescit non personae*, el acrecimiento operaba incluso después de la muerte del heredero o del legatario que ya había aceptado, esto es, a favor

18

? R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, Milano, 1941, p. 126.

19

? U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento*, cit., p. 70; Id, voz: "Accrescimento", cit., p. 158.

20

? M.E.MACHELARD, "Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain", en *RHD*, III, 1857, (reimpresión 1985), p. 172 ; G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, cit., p. 30; A.DERNBURG, *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), Torino, 1905, p. 335; F.DE CILLIS, "Del diritto d'accrescere secondo la dottrina romana comparata col Codice Civile Italiano", cit., p. 114; E.CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 696; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, p. 556; P.F.GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1929 (reimpresión 1978), p. 935; C.RE, voz: "Accrescimento", en *Digesto Italiano*, I, 1887, p. 401; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, Torino, 1930, p. 326; G.PUGLIESE, voz: "Accrescimento", cit., p.

del heredero del heredero o del heredero del legatario, lo que justifica, en opinión de Vaccaro, que el título de heredero no fuese susceptible de incremento, sino únicamente sus efectos patrimoniales²¹; como se puede observar en diferentes pasajes de las fuentes: D. 28, 5, 60

315; J.GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II, 1946, p. 519; P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, p. 692; B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 215; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, VI "Le successioni", Milano, 1930 (reimpresión 1974), p. 317; *Id.*, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, p. 457; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, cit., p. 381; E.RICART, "Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt indivisa pignoris causa. Confluencia de dos *regulae iuris* en D. 20, 4, 19", en *RIDA*, 2001, p. 240 (= *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, II, Salamanca, 2002, pp. 883 y ss.); M.PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus...*, cit., p. 68.

²¹ Esta misma opinión es compartida por C.FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1953, p. 605.

(59), 6; D. 29, 2, 83; D. 35, 1, 26, 1²²; D. 38, 16, 9²³.

En el mismo orden de ideas, la regla *portio portioni adcrescit non personae* tenía influencia en la venta de herencia en función de un derecho de acrecer fundamentado en las cuotas y no en las personas; por dicho motivo, para distribuir la parte vacante entre los herederos capaces de adquirir se debía tener en consideración el momento de la adquisición de la cuota original ignorando la capacidad de los coherederos en el momento de verificarse el acrecimiento²⁴.

²²

[?] Este texto es considerado por la doctrina como gravemente modificado -no sólo interpolado- porque que se han eliminado párrafos del mismo, si bien para otros autores es plenamente genuino, *vid. Index Interpolationum II*, Weimar, 1931, p. 308; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento*, cit., p. 70 nt. 1.

²³

[?] En el mismo sentido *vid. Pauli Sent.* 4, 8, 24, (26); C. 6, 51, 1, 10a; I. 3, 4, 4.

²⁴

[?] G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano, II*, Torino, 1910, p. 747 ; A.E.GIFFARD, *Précis de Droit romain, I*, Paris, 1938, p. 496. *Vid. D. 37, 11, 2, 8 (Ulp. 41 ad Ed.) ...nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso iure ei adcrecet: heredi enim scripto sicut portio hereditatis, ita et bonorum possessio adcrescit.*

Por ello, como afirma Ferrini²⁵, la aplicación del *ius adcrescendi* tenía lugar incluso si uno de los herederos ya había fallecido cuando la cuota resultaba vacante, lo que se manifiesta en que el heredero del *de cuius*, que había adquirido una primera cuota hereditaria, se beneficiaba de la cuota hereditaria que había quedado vacante por derecho de acrecer siempre como parte de la primera adquisición. Este aumento, con la única excepción del legado de usufructo, siempre estaba referido a la cuota que ya se había adquirido y no a la persona del *heres*, y era motivo de la transmisión del derecho de acrecer al propio heredero, teniendo lugar su desarrollo incluso después de la muerte del heredero que había aceptado, ya que el acrecimiento era un fenómeno necesario que no dependía de la voluntad ni del conocimiento del *heres*. Así, siguiendo la regla general *portio portioni adcrescit non personae*, el heredero del heredero que ya había adquirido la primera cuota hereditaria se beneficiaba por derecho de acrecer de la nueva cuota, ya que el acrecimiento formaba parte de la primera adquisición, no pudiendo renunciar a la nueva

25

[?] C.FERRINI, *Manuale di Pandette*,.cit., p. 605.

cuota sin necesidad de adir de nuevo²⁶, como se puede observar en *Pauli Sent.* 4, 8, 24 (26), D. 38, 16, 9²⁷.

Igualmente, operaba el acrecimiento a favor del patrón constituido heredero a través de un siervo, recibiendo la porción en la que no

²⁶ B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, cit., pp. 333-334; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit., p. 26.

²⁷

? *Pauli Sent.* 4, 8, 24, (26).- ...si qui omiserint hereditatem vel in adeundo aliqua ratione fuerint impediti, his qui adierunt vel eorum heredibus omittentium portiones ad crescunt. Quod in herede instituto eum qui acceperat substitutum evenire non poterit: diversa enim causa est scripti et legitimi.

D. 38, 16, 9 Marcian. V *institutionum*) : Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, ad crescit illorum portio et licet decesserint, antequam ad cresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur.

R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit. p. 27 afirma que estos dos textos, a pesar de las glosas e interpolaciones sufridas, ilustran notablemente la esencia de la regla según la cual el acrecimiento “se transmitía” al propio heredero,

sucedía el coheredero, incluso si entre la adquisición de la cuota originaria y aquélla que acrecía el siervo hubiese sido manumitido o vendido, como se observa en D. 29, 2, 80, 2²⁸.

Ahora bien, el supuesto en el que nos centramos es el recogido en otros fragmentos de las fuentes y que hacen referencia a la venta del total de una herencia o de una cuota de la misma por parte de uno de los coherederos. Así, en D. 18, 4, 2 pr., y D. 18, 4, 2, 4 se afirma que el vendedor, así como su heredero, estaban

vid. C.SCHULTING, *Jurisprudentia Vetus ante-Justiniana ex recensione et cum notis*, Lipsiae, 1737, p. 414 nt. 72; G.BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen*, Tübingen, 1911-1931, IV p. 158, V p. 8, V p. 67; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, cit., p. 334 nt.10; S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, II, Napoli, 1933, p. 187 nt. 1); U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento*, cit., p. 155 nt. 1.

28

² D. 29, 2, 80, 2. (Paul. 5 ***ad legem Iuliam et Papiam***). ***Item si servus meus ex parte heres institutus sit pure, ex parte sub condicione, dato scilicet coherede, et iussu meo adierit, deinde eo manumisso condicio alterius portionis exstiterit, verius est non mihi esse adquisitam illam portionem, sed ipsum comitari: omnia enim paria permanere debent in id tempus, quo alterius portionis condicio exstet, ut adquiratur ei, cui prior portio adquisita est.***

obligados a restituir al comprador incluso el acrecimiento que por alguna contingencia sobrevenida se verificara a su favor, como también cualquier otro incremento hereditario.

D. 18, 4, 2 pr. (Ulp. 49 ad Sabinum). ... ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset: plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.

D. 18, 4, 2, 4. (Ulp 49 ad Sabinum). 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 se puede observar del estudio de estos pasajes, Ulp. afirma en el primero de ellos como idea de principio, que el comprador de una herencia no tenía ni más ni menos derecho que el heredero. Esta premisa debe ser complementada con el segundo de los textos; en este caso, la opinión recogida en D. 18, 4, 2, 4 es determinante con relación al destino de los bienes de la herencia en una venta de la misma. Así, establece Ulpiano que no sólo se había de restituir al comprador lo que pasó a poder del

vendedor de la herencia, sino también lo que procedente de la herencia, fue a parar a su heredero; *a fortiori* en la venta de una herencia la obligación del vendedor alcanzaba no sólo a restituir lo que ya había ido a su poder en el tiempo de realizar el negocio de la venta, sino también lo que en cualquier tiempo fuere.

No obstante, tomando como referente la anterior opinión de Ulp. respecto a la obligación del restituir, cabe destacar el matiz de Biondi²⁹ a la citada posición afirmando que aunque debemos asumir que el acrecimiento, según el axioma *portio portioni adcrescit, non personae*, se verificaba a favor del heredero del heredero siempre que el primero hubiese aceptado la herencia, lo que constituía el fundamento de la obligación legal de restituir por parte de vendedor de la herencia según la regulación recogida en los pasajes citados; también hay que tomar en consideración otras reglas. En concreto, Biondi se muestra a favor de juzgar caso por caso, pues en algunos supuestos en una venta de herencia, el límite de la obligación del vendedor estaba únicamente en la cuota originaria, tomando como fundamento para ello

²⁹ B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 426; Id., *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., pp. 215-216.

un texto del mismo Ulp. recogido en D. 18, 4, 2, 1:

D. 18, 4, 2, 1. (Ulp. 49 ad Sabinum): 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. 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 venisse³⁰.

Sin embargo, como afirman Vaccaro³¹ y otros autores³², este texto no se puede considerar

³⁰ En conexión con D. 50, 17, 34.

³¹

? R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit., pp. 137-138.

³²

? F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), XXIX, I, Milano, 1907, p. 669; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, VI "Le successioni"*, cit., pp. 329-330; A.TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., pp. 162 y ss. Asimismo, por último cabe destacar respecto a estos pasajes la opinión divergente de S.CUGIA, "Spunti storici e dommatic"i, cit., pp. 528 y ss., a favor de la opinión clásica de que es el momento de la adición el que se tiene que observar para determinar lo que pertenece al comprador.

fundamental para justificar un límite en la obligación del vendedor de entregar el total de la herencia al comprador en el caso que nos ocupa, sino únicamente una respuesta del jurista romano relacionada con el tiempo que debe tenerse en consideración para determinar el montante que debe entregársele al comprador.

Tal aseveración se deduce con claridad del tenor literal del pasaje donde Ulp. trata de dilucidar la cantidad a entregar en la venta de una herencia, sin hacer referencia a un posterior acrecimiento sosteniendo que para determinar la cantidad que conforma el total de la herencia se debe tomar en consideración la existente únicamente en el momento en que se hace la venta; esto es, ni la muerte del testador ni la adición de la herencia. De este modo, como recoge el texto de Ulpiano citado “Y es más verdadero, que se ha de observar lo que se trató...”, el criterio principal eran las cláusulas contractuales, si bien en la mayor parte de casos es el momento de la venta el que sirve de punto de partida para calcular lo que debe ser entregado al comprador de la herencia. En realidad podía suceder que llegado el momento del contrato los bienes de la herencia hubiesen disminuido; en lógica consecuencia el comprador

no podía pretender más de aquello que existía en el momento del contrato, salvada la excepción de cualquier aumento sucesivo en la cuota vendida.

Otra teoría que debemos rebatir ya que no hay constancia alguna en las fuentes que la justifique, se encuentra en la opinión de Robbe³³ al afirmar que en la venta de una cuota de la herencia por parte de uno de los coherederos, siempre que los contratantes no hubiesen establecido nada en contra o alguna cláusula de especial atención referida a la materia, la obligación de restitución del vendedor, o de su heredero, al comprador de la herencia estaba relacionada con los derechos reales, explicando tal resolución en los principios del *ius accrescendi*. A este respecto, Robbe sostiene que el título personal de *heres* o *legatarius* se

³³ U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento*, cit., pp. 71 y ss. En este mismo orden de ideas se expresa G.CAMPANI, *Diritto d'accrescimento nella eredità testata*, cit., pp. 30 y ss., al manifestar el carácter de derecho real de la cuota vacante que debía necesariamente, salvo cláusula contractual en contra, acrecer por necesidad a quien ya tenía el resto de la herencia, en este caso el comprador. Vid. *supra* not. 7.

realizaba según la naturaleza de un derecho real y con la estructura jurídica de la accesión; en consecuencia, la cuota pertenecía sustancialmente al comprador en cuanto que la cuota primigenia atraía de manera espontánea cualquier incremento o legítimo aumento.

Con relación a esta teoría que explica el derecho de acrecer desde la perspectiva de la naturaleza real del derecho sobre el que se ejercitaba, además de la necesidad de un segundo requisito, extrínseco, absolutamente necesario e indispensable, para la verificación del acrecimiento consistente en la sola y simple unión de dos o más sujetos en un mismo derecho real, ya fuese condominio, herencia, legado y usufructo, se puede oponer que la propia herencia contenía entidades incorporales, incluso pasivas; así pues, el heredero no tenía sobre todos los bienes de la herencia un derecho real, lo que sirve para negar el fundamento del derecho de acrecer en el concepto de un derecho real.

No obstante, como afirma Betti³⁴, el fallo principal de esta tesis se encuentra en que

³⁴ E.BETTI, rec. a ROBBE, *Il diritto di accrescimento*, cit., pp. 433 y ss.

Robbe no se plantea la diferencia entre un derecho real ya actuado, y aquél que ha de actuarse, y además su teoría no presta la atención que merece a la dificultad de las situaciones de comunidad hereditaria.

Así, lo que se deduce es que el trabajo de Robbe está orientado principalmente al mecanismo formal del acrecimiento, y no llega a reconocer la importancia de las relaciones cualificantes del mismo como eran la *communio* y la llamada conjunta que conformaban su legitimación, lo que en consecuencia le lleva a negar el llamamiento *in solidum* que en esencia es el verdadero fundamento del derecho de acrecer. Asimismo, siguiendo a Betti, negamos la opinión de Robbe que presenta la estructura jurídica natural, lógica y legítima del *ius adcrescendi* en referencia a la accesión, al que únicamente se puede otorgar un carácter instructivo; en este sentido, la accesión era la unión material de dos cosas y el acrecimiento la unión ideal de dos derechos que por efecto de la llamada universal al total tenía lugar por la extensión de un derecho potencial al total ya asumido.

Otro aspecto de la teoría de Robbe respecto al fundamento y la naturaleza jurídica del

acrecimiento, que en este caso compartimos, es la afirmación de que el *ius adcrescendi* era el resultado de los dos caracteres concurrentes y esenciales de la propiedad romana, esto es, la elasticidad y la propiedad absorbente. En esta ocasión sí podemos observar en el derecho de acrecer el carácter elástico de la propiedad romana, de modo que en la comunidad hereditaria la falta de alguno de los coherederos ampliaba automáticamente el derecho de los que quedaban sobre el total en virtud de su llamamiento universal a la herencia.

En conclusión, cabe destacar el rechazo a esta teoría, propuesta por Robbe y Campani, que asigna la cuota acrecida directamente al comprador de la herencia en virtud de la relación entre el acrecimiento y los derechos reales, porque no tiene apoyo alguno en las fuentes romanas donde no podemos encontrar texto alguno que así lo demuestre.

Así, una vez establecida la obligación del vendedor de la herencia de restituir la cuota que le acrecía como heredero, a tenor de las fuentes, debemos hacer referencia al desarrollo de negocio jurídico de la *venditio hereditatis*.

Centrando la cuestión y tomando como referente las fuentes así como la doctrina, la justificación de la actuación tanto por parte del vendedor como del comprador de la herencia, debe ser contemplada desde la doble perspectiva que influye en este negocio jurídico; por un lado, la esfera sucesoria centrada en el citado principio *portio portioni adcrecit, non personae*, y por otro las normas generales de la compraventa hereditaria³⁵ acompañadas por cláusulas y estipulaciones³⁶ de diverso contenido que regulaban las relaciones por las que debían regirse las partes.

Con relación a las formalidades del negocio jurídico, afirma Torrent³⁷ que para vender una

³⁵ V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, pp. 43 ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, cit., pp. 640 y ss.; E. POLO ARÉVALO, "Incidencia del *instrumentum* en la concepción clásica de la *emptio-venditio*", en "El derecho comercial", II, cit. p. 719 y ss. Gayo 3, 139. **Emptio et uenditio contrahitur, cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit...**

³⁶

³⁷ S.CUGIA en "Spunti storici e dommatici", cit., pp. 513 y ss., afirma que la venta de herencia más que por el contrato consensual de compraventa, se regulaba por las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*.

³⁷

herencia había que recurrir a una serie de estipulaciones con efecto obligatorio para la cesión de los derechos. Así, las cosas corporales se transmitían por medio de la *traditio*, pero como la herencia podía estar formada por otros bienes los créditos y deudas se debían transmitir por estipulaciones que aseguraban al comprador el ejercicio del derecho, esto es, se le aseguraba que recibiría todo lo que procediera de la herencia sin concretar el objeto de la misma; de esta manera en la herencia no se puede hablar de venta en conjunto de tal derecho, a pesar de que la fuentes hacen referencia a la *venditio hereditatis*. Por tanto, sostiene Torrent que el acto único de venta de un todo hacía referencia a las cosas materiales debido a la dificultad de los romanos para asumir la venta de algo inmaterial.

De hecho la venta de herencia era un tipo de venta muy complejo al estar formado por cosas y derechos, lo que lleva a afirmar que la *hereditas* estaba considerada como un todo, una *universitas*; todo ello añadido al hecho de que al comprador le llegase el total de la misma a través de las estipulaciones que se constituían para las obligaciones que se cedían, podemos

? A.TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., pp. 167 y 206; Id., voz: *emptio spei*, en *Diccionario*, cit., p. 1264.

deducir que no se vendía una única entidad comprensiva idealmente de cosas y derechos.

Por lo tanto, se puede concluir que en Derecho romano no se vendía el *ius successionis* sino que se aseguraba mediante estipulaciones su ejercicio y disfrute.

Así, concertada la venta entre vendedor y comprador se llevaban a cabo estipulaciones recíprocas para fundamentar las obligaciones entre ambos; entre éstas se encuentran las citadas en Gayo 2, 252 (vid. *supra* nt. 2), así como las que establecían el contenido de la *hereditas* en D. 18, 4, 2, 1....*quod ex hereditate pervenit...*³⁸ y en D. 18, 4, 2, 3³⁹. Asimismo, respecto del acrecimiento en esta sede son diversas las estipulaciones que se pueden citar para fundamentar la afirmación establecida en el texto gayano sobre la obligación del vendedor de transmitir al comprador todo aquello que llegara a su poder procedente de la herencia.

Como hemos manifestado anteriormente, se estipulaba que el comprador no tuviera más derecho que el vendedor; tomando como ejemplo

³⁸ En el mismo sentido D. 4, 39, 6.

³⁹

? Vid. nt. 11

la *stipulatio emptae hereditatis* se ordenaba que si este último recibiese el pago de un crédito, o un bien perteneciente a la herencia del cual no tenía conocimiento con anterioridad⁴⁰, era responsable de su entrega al comprador al que le pertenecía por derecho de acrecer.

A partir de esta idea, se deben citar los textos de las fuentes que confirmaban entre las obligaciones del vendedor la entrega de la cosa al comprador establecida por las estipulaciones recogidas en D. 18, 4, 16:

D. 18, 4, 16. (Paul. 33 ad Ed.): *Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex senatus consulto Trebelliano restituta esset hereditas, quanti emptoris intersit teneberis.*

No obstante, para confirmar nuestra opinión a favor de la existencia del acrecimiento en esta sede, es revelador D. 18, 4, 25, en el que se confirma que a pesar de no establecerse estipulaciones, cualquier bien que llegara al heredero con posterioridad a la venta estaba obligado a transmitirlo al comprador:

⁴⁰ Y.GONZÁLEZ ROLDÁN, "*Hereditatis venditio per argentarium facta*", .cit., pp. 419 y ss.

D. 18, 4, 25. (Lab. II *pithanon*): ***Si excepto fundo hereditario veniit hereditas, deinde eius fundi nomine venditor aliquid adquisit [adquisiit] debet id praestare emptori hereditatis. Paulus: immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit, praestare eam rem debebit emptori venditor, nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur non secus ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.***

Lab. establece que, a pesar que no existir estipulaciones entre las partes, si en una venta de herencia se exceptuaba un fundo y con él se adquiría otra cosa, el vendedor debía prestarla al comprador pues se había adquirido en virtud de la herencia, afirmación de la que podemos deducir que todo lo que procedía de la herencia debía prestarse al comprador, salvo pacto en contrario. Esta aseveración a favor de restituir la cuota acrecida queda confirmada en D. 18, 4, 2, 4 que afirma la obligación del vendedor de restituir al comprador cualquier lucro que obtuviera de la herencia y no sólo los logrados por él personalmente, sino también aquéllos obtenidos por su heredero con bienes procedentes de la herencia.

Para concluir diremos que del estudio de los textos es posible afirmar que establecidas las oportunas estipulaciones, o incluso en el

supuesto de no haber establecido cláusulas al respecto, el acrecimiento tenía lugar necesariamente en virtud del título de heredero que quedaba en la persona del vendedor a pesar de la enajenación. Así, en este caso, el derecho de acrecer no tenía lugar *ipso iure* a favor del comprador ya que éste no podía tomar el lugar del primero, ni tan siquiera ser considerado *heredis loco*.

Por lo tanto, como se ha afirmado al principio, tenemos como premisa una herencia causada que existía física y jurídicamente, a lo que debemos añadir la posibilidad que se hubiesen previsto o no estipulaciones, e incluso también que éstas fuesen incompletas; en cualquier caso, el comprador de la herencia tenía intacto su derecho sobre el total del as hereditario en su esfera de derecho sucesorio; por consiguiente, ante la aparición de cualquier nuevo bien que formara parte de la herencia, una cuota acrecía y era adquirida por el heredero en virtud de su título, vendedor de la herencia, quien estaba obligado a transmitirla al comprador de la misma.