

Hereditatis venditio per argentarium facta

Yuri González Roldán
Universidad de Bari (Italia)

1. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años nos ocupamos del análisis de los textos que se encuentran principalmente en el libro XVIII, título IV del Digesto y libro IV, título XXXIX del Código “*de hereditate vel actione vendita*”¹. En tal ocasión nos dedicamos al estudio de diferentes aspectos de la *venditio hereditatis* limitándonos a las relaciones jurídicas existentes entre vendedor y comprador y mencionando de forma accidental que en dicho contrato el medio normalmente (o bien a menudo) utilizado fuese una venta al asta (*auctio*) en que intervenía un banquero, pero sin profundizar este aspecto². En la presente sede nos pareció oportuno examinar la función del banquero en la compraventa de herencia, argumento que nos parece de gran interés sobretudo porque corresponde a una de las actividades de intermediación crediticia que seguramente puede encuadrarse dentro de los temas del así llamado derecho comercial romano.

Las fuentes que hacen mención a la intervención del banquero en las compraventas de herencia son escasas y nos dan un cuadro fragmentario; existen breves referencias en Cicerón, *epistulae ad familiares* 14.5.2; *epistulae ad Atticum*

1 Y. González Roldán, *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico*, México, D.F., 1997, pp. 7 a 292. Una reseña a la presente obra fue realizada por A. Burdese en SDHI, 1999, 65, 417 ss., y un resumen del contenido de la misma por D. Johnston en TR, 2000, 68, 122 ss. El argumento había sido tratado anteriormente también por A. Torrent, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en el derecho romano*, Salamanca, 1966, 153 ss. obra que seguramente puede considerarse todavía hoy en día como un punto de referencia a la presente materia.

2 González Roldán, *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico*, cit., 226.

6.9.2; 13.14.1; discurso *Pro Caecina* 4.12-5.13-15 y en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.18 pr; por ello, para realizar una reconstrucción general sobre tal actividad, tomaremos en consideración otras fuentes en las que, sin tratar del tema específico, podrían ayudar en la exposición de la problemática.

2. VENTAS DE HERENCIA AL ASTA EN LAS CARTAS Y DISCURSOS DE CICERÓN

Interesantes testimonios con referencia a la mitad del I siglo a.C. pueden deducirse de las cartas y discursos de Cicerón, en donde se hace referencia a compraventas de herencia realizadas mediante *auctio argentaria*. En dos cartas enviadas a su esposa Terencia y a Ático, Cicerón manifiesta su intención de vender la herencia de Precio, con la finalidad de obtener rápidamente dinero en efectivo para el preparativo de su posible triunfo. Mayores informaciones sobre la modalidad del negocio se observan en la primera carta que el gran Orador manda de Atenas en el mes de octubre del año 50 a.C.

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

(*Epistulae ad familiares* 14.5.2).

Cicerón le da indicaciones a su mujer de que, si la venta al asta de la herencia de Precio se realiza antes de su llegada a Roma, encargue a Pomponio y, en caso de no ser posible, a Camilo, que se ocupen del negocio por su cuenta (*ut...nostrum negotium curet*). Después de haber regresado sano y salvo, el mismo Cicerón efectuará los trámites sucesivos (*reliqua per nos agemus*). Estas indicaciones debían seguirse por su mujer también si ella ya hubiese salido de Roma.

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

Cicerón probablemente había sido nombrado heredero por Precio, como se apreciaría de la expresión referente a su intimidad con el *de cuius* y al dolor por su muerte (*quae quidem mihi magno dolori est, valde... illum amavi*) y su intención era la de vender dicha herencia mediante una *auctio*. La presente interpretación no cambiaría, sino que se confirmaría en caso de referencia de las palabras del dolor

a él ocasionado por la decisión de enajenar la herencia de un amigo tan querido. El medio elegido para la celebración del negocio era una venta al asta, donde probablemente intervendría un banquero; de eso da testimonio el mismo Arpinate en su discurso *Pro A. Caecina* 5.15 y 6.17, que veremos dentro de poco, así también la especulación jurídica que, ya a partir de Labeón, discutía de cuestiones al respecto, como lo demuestra el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.pr., que también será visto más adelante. Finalmente, en caso de que el vendedor se encontrase ausente (Cicerón estaba todavía en Atenas), podría realizar un mandato con la finalidad de celebrar el negocio, eventualmente limitado, como parecería en la presente hipótesis, a algunos aspectos; por ejemplo, fijación del día del asta, acuerdo con el banquero de las condiciones de la venta y el porcentaje que correspondería al mismo como retribución a su intermediación.

En la carta que le mandó Cicerón a Ático le ruega de impedir al liberto Filótimo de disponer de cosas de la herencia de Precio (*procura...Precianam hereditatem...ille ne attingat*), independientemente que fuese exigüa (*quantulacumque est*), porque necesitaba dinero para preparar su eventual triunfo (*dices nummos mihi opus esse ad apparatusum triumphi*), del que, como sabemos, no se llegó a realizar³:

...Hanc, quae me hercule mihi magno dolori est (dilexi enim hominem), procura, quantulacumque est, Precianam hereditatem prorsus ille ne attingat. Dices nummos mihi opus esse ad apparatusum triumphi.

(*Epistulae ad Atticum* 6.9.2).

En esta carta Cicerón parecería expresar una vez más su intención de vender la herencia de Precio, que se manifestaría en la necesidad de procurarse dinero para su futuro triunfo. El hecho de que él pida que no se disponga de las cosas de la misma, podría hacer pensar que quisiera venderla en el estado en que se encontraba al momento de la muerte del *de cuius*⁴.

3 Sobre los vanos tentativos de Cicerón de triunfar por las victorias conseguidas como próconsul de la Cilicia bajo líneas constitucionales ver: A. Petrucci, *Il trionfo nella storia costituzionale romana dagli inizi della repubblica ad Augusto*, Milano, 1996, 187 ss.

4 En Ulpiano, *libro quadragésimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.1 podemos observar que el jurista identifica tres momentos que pueden ser considerados respecto a la cuantía de la herencia:

Que el medio utilizado para la *venditio hereditatis* fuese una venta al asta resulta también de otra carta que escribió Cicerón a Ático y del discurso *Pro Caecina*.

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

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

(*Epistulae ad Atticum* 13.14.1).

El liberto del difunto Brinio, coheredero del Arpinate, le había escrito que él y el otro coheredero Sabino Albio querían venir a verlo, si estaba de acuerdo. Pero Cicerón no lo estaba, porque la herencia no era tan grande. No obstante, los invita a visitarle en su casa de Túscolo el día ocho por la mañana, o dos o tres días después si así lo prefieren, pudiendo de tal modo presentarse fácilmente también el día de la venta al asta fijado en el día 13 del mes en curso. Para entender el contenido del presente texto, es necesario relacionarlo con otro que se encuentra en una carta anterior, en donde se afirma que a Cicerón le fue atribuido por todos los coherederos el encargo de ocuparse de esta venta al asta: *de Brinniana auctione accepi a Vestorio litteras. Ait sine ulla controversia rem ad me esse conlatam* (recibí una carta de Vestorio sobre la venta al asta de la herencia de Brinio. Dice que el asunto me fue atribuido sin ninguna controversia) (*Epistulae ad Atticum* 13.12.4).

La situación a la que Cicerón hace referencia puede entenderse de dos maneras. La primera es que él tiene intención de vender su cuota de la herencia a los otros coherederos que piensan adquirirla. En tal caso el encuentro con él, antes de la venta al asta, posiblemente estaba finalizado para obtener un precio base

el momento de la muerte del testador, cuando se aceptó la herencia, cuando la herencia fue vendida: *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...* Sobre tal problema ver: González Roldán, *Propuesta...* cit., 89 ss.

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

La primera interpretación puede apoyarse sobre los casos de compraventa de cuotas hereditarias entre coherederos, como se observa en algunos textos de juristas clásicos⁵. Aceptándose la segunda interpretación, quedaría la duda, que no puede aclararse de la lectura del texto, si la venta al asta acordada entre los coherederos hiciera referencia a la herencia en bloque o singularmente a los bienes hereditarios, considerándose posible uno u otro fenómeno por encontrarse ambos documentados en diversas fuentes⁶.

En ambas interpretaciones, el episodio nos indica que el negocio objeto de nuestra atención se aplicaba en la práctica también a herencias de poco valor y que su empleo era difundido no sólo entre la aristocracia, sino también por libertos.

En la parte inicial del discurso *Pro Caecina* (4.12-5.13-15) Cicerón, al describir el origen de la cuestión controvertida, narra la venta al asta en Roma de la herencia de Marco Fulcinio, que en su testamento había nombrado como heredero a Publio Cesenio y como legatarias a la esposa y a la madre Cesenia. Una vez fijada la venta al asta hereditaria (*cum esset haec auctio hereditaria constituta*, 5.13),

5 Escévola, *libro vicensimo septimo digestorum* D.44.4.17.2: *ex quadrante heres scriptus a coherede ex dodrante instituto emit portionem certa quantitate...*; Ulpiano, *libro trigesimo primo ad edictum* D.17.1.14.1: *si fideiussores duo heredes extiterint et alter eorum a coherede emerit hereditatem...*

6 Un ejemplo de venta al asta en bloque se encuentra en el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.pr. que será visto en el siguiente paragrafo. En lo que respecta a casos de venta al asta de bienes singulares de una herencia ver *v.g.* Appul. *Metamorph.* 31, así como las tablillas Pompeyanas de Cecilio Jucundo, al respecto ver J. Andreau, *Les affaires de Monsieur Jucundus*, Roma, 1974, 13 ss.; A. Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, 1991, 299 ss.

Cesenia da un mandato a Ebucio para comprar el fundo Fulciano, puesto que se encontraba contiguo a otro de propiedad de la misma:

cum esset...constituta auctio Romae, suadebant amici cognatique Caesenniae...quoniam potestas esset emendi fundum illum Fulcianum, qui fundo eius antiquo continens esset, nullam esse rationem amittere eius modo occasionem, cum ei praesertim pecunia ex partitione deberetur...Itaque...mulier...mandat (Aebutium) ut fundum sibi emat...
(5.15).

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

La importancia de tal testimonio para nuestra investigación depende del hecho que podría referirse a la venta al asta de la herencia de Fulcinio en bloque. Al respecto no podemos dar una respuesta segura, puesto que Cicerón se interesaba únicamente de la cuestión de cómo este fundo hubiese llegado a pertenecer a Cesenia. Si por un lado, la continua mención de la venta de tal bien haría pensar en una venta al asta que tuviese como objeto no la totalidad de la herencia, sino las cosas singulares⁷, por el otro lado, se encontrarían elementos que podrían admitir la posibilidad de una herencia en bloque. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la necesidad del heredero P. Cesenio de disponer de dinero para cumplir los legados a la madre (y quizá a la esposa del difunto). En dos puntos Cicerón afirma claramente que Cesenia debía recibir dinero de la herencia de su hijo⁸. Para procurarse este dinero, Cesenio podría haber recurrido a la venta al asta de toda o una cuota de su herencia. Esta solución se justificaría por el pequeño monto de la herencia que le quedaba una vez cumplidos los legados. De una expresión empleada sucesivamente parecería resultar que la adquisición hubiese tenido como objeto no solamente el fundo Fulciniano, sino

7 Ver además de la parte del discurso ya mencionado en el texto: 6.16: *fundus addicitur Aebutio*; 6.17: *Caesennia fundum possedit locavitque*.

8 *Cum ei* (a Cesenia) *praesertim pecunia ex partitione deberetur* (5.15); *cum pecunia Cesenniae ex illa hereditate deberetur* (6.16).

una pluralidad de fundos, lo que haría suponer que se tratase de una porción o de toda la herencia: *...eam (pecuniam) porro in praediis conlocari maxime expediret, essent autem praedia quae mulieri maxime convenirent, ea venirent...* (era máximamente conveniente invertir dinero en fundos, había fundos que eran máximamente convenientes para la mujer y éstos se vendían) (6.16).

En base a dichos elementos parecería probable que en el presente texto también se mencionara un caso de *venditio hereditatis*.

Gracias a los testimonios de Cicerón que acabamos de examinar, no obstante ciertas dificultades interpretativas, tenemos certeza en afirmar que en el siglo I a.C. la *venditio hereditatis* en la práctica negocial romana se realizaba sobretudo utilizándose el sistema de la venta al asta organizada por un banquero. Explicándose en base a la costumbre sumamente difundida en las clases más elevadas, y por lo tanto reflejada en muchos puntos del epistolario ciceroniano⁹, de recompensar a sus propios amigos y familiares instituyéndolos herederos de una porción de la herencia. Sin embargo, el empleo de dicho negocio no es exclusivo de la aristocracia, como parecería considerarse en doctrina¹⁰, sino es realizada también por libertos, como el de Brinio en *Epist. ad Att.* 13.14.1, y probablemente por los miembros de otras clases inferiores. Su celebración podía efectuarse sobre la totalidad de la herencia así como de una cuota de ésta, efectuándose personalmente o por medio de un representante. En lo que respecta a la utilidad que recibía el vendedor, las cartas examinadas indican que Cicerón buscaba solucionar una situación de necesidad económica mediante la obtención de un precio por la herencia, o bien el transformar en dinero la cuantía de bienes que constituían la *hereditas* o una cuota de ésta. En el caso observado en el discurso *Pro A. Caecina*, la intención de Cesenia era de obtener el predio contiguo al suyo para constituir una propiedad de mayores dimensiones y por lo tanto de valor superior.

Es interesante relevar una posible relación entre lo que dicen las cartas ciceronianas respecto al recurso de un representante para la celebración del negocio y el texto de Ulpiano, *libro undecimo ad edictum* D.17.1.42¹¹, en donde el

9 Además de los casos ya mencionados ver *vg. Epist. ad Att.* 2.20 en donde Cicerón había sido instituido heredero por su amigo Diodoto.

10 Tal parecería ser la opinión de T. Mayer-Maly en la recensión de la obra hecha a Torrent, *Venditio hereditatis* en ZSS, 1968, 85, 537.

11 *Si mandaveris tibi, ut excuteris vires hereditatis, et tu, quasi minor sit, eam a me emeris, et mandati mihi teneberis...* El presente texto se encuentra analizado en González Roldán, *Propuesta...* cit., 214.

mandatario había recibido el encargo de examinar la consistencia del patrimonio hereditario con la probable finalidad de venderlo en un momento sucesivo, lo que efectivamente se verifica. No obstante la diferencia de situaciones, la consideración conjunta de los dos tipos de testimonios indicarían una utilización frecuente de la *venditio hereditatis* en casos en que el heredero estuviese en lugar lejos de donde se encontraba la herencia.

3. ULPIANO, LIBRO QUINTO DECIMO AD EDICTUM EN D.5.3.18 PR

Hasta este momento hemos observado cómo en la sociedad romana del siglo I a.C existía la costumbre de realizar ventas de herencias mediante *auctiones*, sin que tengamos mayores informaciones al respecto. En el Digesto encontramos solamente una referencia a una *venditio hereditatis* efectuada mediante la intervención de un banquero, el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.18 pr., el cual si bien es de varios siglos posterior a las cartas y discursos de Cicerón, menciona las opiniones de juristas del I siglo d.C., como son Labeón y Octaviano, demostrándose en este modo la continuidad de utilización de *auctiones* hasta el periodo en que escribe el jurista severiano. Veamos a continuación el texto:

Item videndum, si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet nec consequi potest. sed Labeo putat eum teneri, quia suo periculo male argentario credidit: sed Octavianus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet: in altero vero, qui bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur¹².

12 Desde el punto de vista interpolacionístico cfr. Beseler, *Beitrag* cit., 4, 12 ss, cuya posición es aceptada por F. Schwarz, *Studien zur hereditatis petitio* en TR, 24, 1956, 301 ss. Actualmente no existen dudas de su autenticidad: M. Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Memorie ANL, serie VIII, 6, 1954, 131 ss; S. Di Paola, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano, 1954, 93; G. Provera, *La vindictio caducorum*, Torino, 1964, 35 ss; H. Ankum, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, en Studi Scherillo, 1, Milano, 1972, 387; A. Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, 1991, 232 ss., y *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, 55 ss; A. Calonge Matellanes, *Los iuris possessores legitimados pasivos a la hereditatis petitio* en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor U. Alvarez Suarez, 1978, 35 ss.

El presente texto que ya tuvimos ocasión de analizarlo en diferentes sedes bajo otros enfoques¹³, toca el problema de que si pueda ser demandado por la petición de herencia el poseedor de la misma, que la vendió por mediación de un banquero y perdió por éste el importe del precio, ya que nada tiene y nada puede conseguir. Y opina Labeón que sí es responsable, porque el haberse fiado indebidamente del banquero fue a su riesgo; pero dice Octaviano que no tiene que entregar más que sus acciones, y que sólo por éstas se le puede demandar por la petición de herencia. Al jurista severiano le parece admisible la opinión de Labeón cuando el poseedor sea de mala fe; en cambio, respecto al poseedor de buena fe, prefiere la opinión de Octaviano.

La parte referente al banquero es el medio utilizado por Ulpiano para explicar el grado de responsabilidad que tiene el vendedor de una herencia ajena a favor del heredero, puesto que el precio obtenido no pudo ser restituído en virtud de la pérdida por causa del mismo banquero. Nosotros no compartimos la opinión de Andrés Santos¹⁴ en el sentido que el jurista presenta el caso de un poseedor de la herencia que la vende, y el precio obtenido lo deposita en manos de un *argentarius*, el cual lo pierde; en verdad el pasaje afirma que la venta fue realizada por el banquero que intervino como intermediario del negocio, según demuestran los términos: *venditione per argentarium facta* y no directamente por el propio poseedor que actúa en la relación jurídica como *dominus auctionis*¹⁵.

13 González Roldán, *Propuesta...cit.*, 85 ss; *La subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senadoconsulto Juvenciano*, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, 2004, 28, 245 ss.

14 F.J. Andrés Santos, *Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico*, Valladolid, 1997, 59 ss.

15 Preferimos utilizar el término *dominus auctionis* usado por L. Bove, *Documenti di operazioni finanziarie dell'archivio dei Sulpici*, Napoli, 1984, 130 ss., y no *dominus rei* usado por Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta...cit.*, 115 porque como claramente ha observado Petrucci, *Profili giuridici...cit.* 39 ss., quien interviene en la relación jurídica no necesariamente es titular de la cosa sino poseedor como puede demostrar el presente texto; no obstante cabe hacer notar que en las presentes fuentes no existe mención textual de tales términos (en Paulo, *libro quinquagensimo quarto ad edictum* D.41.4.2.9 se usa el término *dominus* pero no *dominus rei: procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit...*), sin embargo seguiremos utilizando *dominus auctionis* para distinguir a tal persona (propietario o poseedor) del banquero que realiza la venta.

En otra ocasión habíamos afirmado que el motivo por el cual el precio se encontraba en manos del banquero se debía a que el dinero le fue dejado en depósito¹⁶; sin embargo, podríamos considerar que este depósito no necesariamente presupondría la existencia de una relación continua que dependiese de una cuenta bancaria celebrada entre *argentarius* y cliente (*dominus auctionis*). Por otra parte cabe hacer notar que en el texto no se explican las razones por las que el banquero perdió el dinero recibido del comprador¹⁷.

En el pasaje se presentan dos diferentes posiciones jurisprudenciales en lo referente a la medida de la responsabilidad del poseedor de la herencia. Labeón lo considera responsable en todo caso, mientras que Octaviano lo vincula a la cesión de las acciones. En estas dos diferentes posiciones debemos observar la ausencia de cualquier distinción entre poseedor de buena y de mala fe, que por el contrario representa el punto clave en la opinión ecléctica de Ulpiano, aceptando la propuesta de Labeón para el de mala fe y aquella de Octaviano en el caso de que hubiera actuado en buena fe.

Si bien Labeón crea que el poseedor es responsable hacia el efectivo titular de la herencia en base a una *petitio hereditatis*, no podemos afirmar con certeza que en su opinión la obligación del vendedor tenga por objeto la subrogación del precio a la *hereditas*, porque la referencia indirecta de Ulpiano se limita a decir: *Labeo putat eum teneri*, sin especificar si se refiere al precio o a la misma universalidad¹⁸; pero en el caso de Octaviano es más clara tal subrogación, porque, si el poseedor de la herencia es obligado a transmitir las acciones que tiene en

16 González Roldán, *La Subrogación...* cit., 85 ss; en el mismo sentido Petrucci, *Profili giuridici...* cit., 55.

17 Sobre tal aspecto podríamos considerar que el banquero se encontraba en una situación de insolvencia; sin embargo, si aceptamos tal hipótesis, aunque el poseedor hubiese transmitido al heredero las acciones que tenía en contra del *argentarius*, difícilmente este último habría podido satisfacer la pretensión del heredero. Según nuestra opinión, probablemente el banquero había sufrido un hurto y tal era el pretexto que presentaba al *dominus auctionis* para no entregarle el precio recibido por el asta, sin embargo, como es notorio, cuando el objeto de la obligación consiste en la transmisión de una cantidad de dinero, ninguna situación de tal tipo habría podido hacer imposible su cumplimiento, y por ello el pretexto de la pérdida de la cosa no obstaculizaba la pretensión del titular de la herencia al ejercicio de la acción.

18 En el mismo sentido Andrés Santos, *Subrogación real* cit., 60 y M. Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, Köln, Weimar, Wien, 1998, 330.

contra del banquero, sin duda tales acciones corresponden al precio recibido y no a la cosa vendida.

Podríamos cuestionarnos a qué acciones se refiere Ulpiano cuando acepta la opinión de Octaviano; según nosotros podría referirse a dos hipótesis, en el caso en que el dinero se encontrase en poder del banquero por causa de depósito, la acción a la cual hace referencia es la *actio depositi*, pero si no existe tal presupuesto y el *argentarius* simplemente no entregó el precio porque lo perdió, se referiría a una *actio ex stipulatu*, que, como veremos más adelante, tendría como fundamento una *stipulatio* celebrada entre banquero y *dominus auctionis*, con la cual el primero se obligaba a entregarle al segundo el precio recibido del adquirente; no obstante, debemos notar que Octaviano usa el término *actiones* y no *actio*, por ello probablemente había tomado en consideración las dos hipótesis.

Di Paola¹⁹ considera la solución de Labeón demasiado ventajosa para el heredero, porque, si el poseedor de buena fe creyó de afrontar un riesgo en relación a cosas que le pertenecían, de todos modos será responsable; si por el contrario el poseedor es de mala fe, la solución de Octaviano sería demasiado ventajosa para él, porque no solamente sabe que la cosa no es suya, sino que además se liberaría de su responsabilidad con la simple cesión de las acciones; por esto, la propuesta presentada por Ulpiano logra resolver en modo más o menos equitativo la responsabilidad del poseedor en base al criterio buena/mala fe, tomado en consideración.

El texto que acabamos de observar es una prueba que ya antes del senadoconsulto Juvenciano existían vestigios de la subrogación del precio a la herencia, y que la pérdida del precio depositado con el banquero no era un obstáculo en su aplicación, porque quien vendió la herencia tenía todavía las acciones para pedir la entrega al mismo banquero²⁰.

19 Di Paola, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., 116.

20 Tal dato nos sirvió para demostrar (González Roldán, *La subrogación...* cit., 245 ss.), que la subrogación del precio a la herencia y la posibilidad que el poseedor pueda ceder las acciones son soluciones que encuentran antecedentes en la jurisprudencia antes que fuera aprobado el senadoconsulto Juvenciano, el cual establece en D.5.3.20.6b: *item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos indicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenisset, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere*.

4. RECONSTRUCCIÓN DE LA *AUCTIO ARGENTARIA*²¹

Como hemos visto hasta este momento, las cartas y los discursos de Cicerón así como Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.pr., hacen referencia a ventas al asta de una herencia o *auktionen* dejando grandes lagunas que puedan explicar el desarrollo de la misma; en este momento trataremos de llenar tales lagunas con textos jurídicos y documentos epigráficos, que si bien es cierto no se refieren específicamente a la *hereditas*, sino a otro tipo de objetos²², servirían de apoyo para entender la presente problemática.

Las *auktionen* a las que aluden los textos analizados anteriormente eran organizadas por un banquero bajo petición del titular de una herencia, heredero como en el caso de Cicerón respecto a la *hereditas* de Precio (*Epistulae ad familiares* 14.5.2; *Epistulae ad Atticum* 6.9.2) o de Brinio (*Epistulae ad Atticum* 13.14.1) y probablemente Cesenia respecto a la herencia de Marco Fulcino (*Pro Caecina* 5.15) y no solamente éste, sino también el poseedor de la herencia (D.5.3.18.pr.). Ciertamente en las cartas y discursos de Cicerón falta la mención del *argentarius*, sin embargo podemos considerar como un dato cierto su intervención en tales ventas porque existe tal referencia en D.5.3.18.pr. y también porque en el discurso *Pro Caecina* 6.16 se expresa tal dato: *pecuniam argentario promittit Aebutius*²³.

21 Sobre tal argumento ver: Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta*, cit., 114 ss; G. Thielmann, *Die römische Privatauktion*, Berlin, 1961, 47 ss; Petrucci, *Profili...*cit., 36 ss.

22 V.g. telas color púrpura en *TP Sulp.* 83 y 84: *purpurae laconicae*; esclavos en *TP Sulp.* 85 y 87: *...homo Felix, homo Carus, homo Ianuarius, mulier Primigenia, mulier Primigenia junior, puer Ampliatus...*; sobre tales tablillas ver: G. Camodeca, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, 1, Roma, 1999, 185 ss. Cosas hereditarias como se observa en Escévola, *libro quinto digestorum* D.46.3.88: *...filiae intestato patri heredis negotia mater gessit et res vendendas per argentarios dedit...* Sobre la distinción entre venta de herencia y venta de cosas hereditarias ver: González Roldán, *Propuesta...*cit., 113 ss.

23 A este respecto Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta...*cit., 114 ss. afirma que en la reconstrucción de las *auktionen* tomará únicamente en consideración las ventas efectuadas mediante *argentarii*, porque solo de estas tratan las fuentes jurídicas y las literarias que tienen una importancia jurídica, si bien no excluye la posibilidad en el derecho romano de proceder personalmente a tal acto sin servirse de intermediarios pero probablemente por consideraciones prácticas era poco usado. En algunos textos falta la mención del banquero: v.g. en Paulo, *libro quinquagensimo quarto ad edictum* D.41.4.2.8: *tutor ex pupilli auctione rem...* y D.41.4.2.9: *procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandat*, textos citados por Talamanca en nota 2, en

Las *auktiones* que tenían como objeto herencias permitían que el heredero o poseedor consiguieran mediante un asta el precio más alto o al menos más conveniente para el vendedor²⁴, y posiblemente tal sería la causa por la cual Cicerón (*Epistulae ad Atticum* 6.9.2) habría optado por tal negocio, ya que necesitaba dinero para celebrar su triunfo. El vendedor o *dominus auctiois* podía otorgar un mandato a un tercero para que en caso de que se encontrara ausente estableciera este último las condiciones que debían seguirse en la *auctio* v.g. fijación del día del asta, acuerdo con el banquero de las condiciones de venta y el porcentaje que le correspondería al *argentarius* como retribución a su intermediación, según podría considerarse en base a *epistulae ad familiares* 14.5.2.

En las *auktiones* de herencias intervenían el heredero que era el titular de la universalidad o el poseedor (*dominus auctiois*)²⁵, el banquero (*argentarius* o *coactor argentarius*)²⁶, el comprador de la herencia (*emptor*), y el subastador (*praeco*), cuya función material dependía de las indicaciones que el banquero le daba según las

los cuales sin embargo podría presuponerse su intervención, pudiéndose incluir además Paulo, *libro septuagesimo primo ad edictum* D.44.4.5.4: *si servus venit ab eo, cui hoc dominus permisit...* en donde, según opinión de la doctrina (ver por último Petrucci, *Profili...* cit. 48 ss.) se trataba en el texto original de una *auctio argentaria*.

24 Efectivamente, como manifiesta Petrucci, *Profili giuridici...* cit. 40 y n. 52 mejores condiciones de adquisición no necesariamente se refieren al precio más alto, ya que podrían referirse también a un pago más inmediato, un comprador con mayor solvencia económica o que el mismo exigiera menores garantías al vendedor.

25 No utilizamos el término vendedor, porque si bien ha sido demostrado en doctrina que el vendedor es el *dominus auctiois* y no el banquero (sobre tal punto ver los argumentos de Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta*, cit. 115 ss.) seguiremos usando el término *dominus auctiois* para evitar que el lector se confunda entre el efectivo vendedor (titular de la cosa o poseedor) y quien lleva a cabo la *auctio* (banquero).

26 Sobre la distinción entre *argentarius* y *coactor argentarius* ver por último Petrucci, *Profili giuridici...* cit., 14 ss, el cual considera que el término *argentarius* o *trapezita* (equivalente latino de la palabra griega) es más antigua y fue utilizada para designar a los primeros banqueros que aparecieron en Roma al final del IV siglo a.C. En el siglo I a.C. se usan otros términos como *nummularius* y *coactor argentarius*, que se refieren a nuevas profesiones, el primero dedicado a aquella del cambio de moneda (que no nos interesa en la presente investigación) y el segundo dedicado a la organización de las ventas al asta. En las fuentes, que hemos analizado, podemos observar que Cicerón usa el término *argentarius* en *Pro Caecina* 6.16: *pecuniam argentario promittit Aebutius*, así como Ulpiano en D.5.3.18.pr.

ordenes del *dominus auctionis*, como eran explicar a los posibles adquirentes las características de la herencia, a quién pertenecía, los bienes que forman parte de la misma (y que serán incluidos en el negocio), los créditos y las deudas, el precio base del cual se partía, recoger y proclamar la adjudicación a quien presentaba la mejor oferta²⁷.

La herencia requería de una serie de presupuestos esenciales mínimos para ser objeto de una *auctio* como son: que la persona, de cuya *hereditas* se trataba, fuera real y que además hubiera fallecido y que por lo tanto, dicha herencia existiese²⁸. A diferencia de otro tipo de objetos que se vendían mediante *auctiones*, la determinación del contenido de la herencia era aproximativo, porque, como habíamos hecho notar en otra sede, no en todos los casos el propio titular o poseedor tenían conocimiento del efectivo contenido de la misma²⁹.

27 La doctrina se cuestiona si las ordenes recibidas sean del *argentarius* o del *dominus auctionis*; a este respecto dejando abierto el problema Talamanca, *Contributo allo studio delle vendite all'asta*, cit., 115; Petrucci, *Profili giuridici...*cit. 39 en base a una *oratio* de Cicerón, *Pro Quinctio* 4.19 del 81 a.C afirma que el *praeco* (en el presente caso Nevio) como seguía la orden (*iussum*) del vendedor, actuaba como *nuncius* de este último: *quod promississet, non plus sua referre, quam si cum auctionem venderet, domini iussu quidpiam promississet*; sin embargo, según nuestra opinión, si bien es cierto el *praeco* seguía las ordenes del *dominus auctionis*, tales eran seguidas porque así se lo había indicado el banquero.

28 Efectivamente en el texto de Pomponio, *libro nono ad Sabinum* D.18.4.1 que trata de la venta de herencia en general y no únicamente de aquella efectuada mediante *auctio* afirma: *si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit*. Sobre tal argumento ver González Roldán, *Propuesta...*cit. 65 ss, en donde afirmamos que no es posible hablar de una *hereditas* de una persona viva por la imposibilidad en el derecho romano clásico de celebrar pactos sucesorios, la herencia debe existir tanto física como jurídicamente hablando, por ello es necesario que el *de cuius* haya dejado una herencia al heredero, y que la misma haya pertenecido a una persona que tuviera capacidad para tal acto, o sea la *testamenti factio*. Sin embargo no podemos negar, si bien faltan pruebas en las fuentes, que se pudieran efectuar *auctiones* de esperanza de herencia, ya que existen cuatro fragmentos que hacen parte de una única cadena de textos D.18.4.7-13 que tratan de ventas de herencia como *emptio spei*, en donde si bien la existencia de la herencia es un requisito *sine qua non*, la aleatoriedad consistiría en el eventual derecho que el vendedor tuviese sobre la misma.

29 Efectivamente como habíamos hecho mención a lo largo de nuestra monografía González Roldán, *Propuesta...*, cit. 112 ss, 242 ss, el concepto de *hereditas* constituye una unidad ideal y abstracta de activos y pasivos de naturaleza eminentemente funcional, una *universitas iuris* constituida de bienes corporales que deben ser entregados al comprador así como de créditos y deudas.

Como es lógico pensar, el banquero se encargaba de darle publicidad a la *auctio* mencionando la fecha y el lugar donde se celebraría así como las características de la herencia que se vendía³⁰; después del plazo establecido en el aviso público se realizaba la subasta (*licitatio*) donde se encontraban presentes los interesados a la adquisición, procediéndose por último a la adjudicación (*adiudicatio*) por parte del *praeco* a quien había hecho la mejor oferta.

a. *Stipulationes* utilizadas en la *auctio argentaria*

Las fuentes demuestran que entre banquero y *dominus auctionis* se efectuaba una *stipulatio* que tenía por objeto el precio de la cosa vendida mediante asta³¹

30 Efectivamente en las tablillas pompeyanas de los Sulpicios encontramos que se menciona el aviso del asta que será realizada en determinada fecha y lugar (*proscriptio*), v.g. en TP Sulp. 83: *Ti(berio) Claudio C(aesare Aug(usto) V] L(ucio) [A]ntistio (!) Carminio Vetere co(n)s(ulibus) VIII idus Sept(embres). Putioli in porticu Aug(usti) Sextiana in parastatica libellus f<i>xus fuit, in quo scriptum erat id quod infra scriptum erat id quod infra scriptum est...* TP Sulp. 84: *Ti(berio) Claudio [Ca]esare Aug(usto) V L(ucio) Calventio [Vet]ere C(aio) Car[mi]nio co(n)s(ulibus) VIII idus Sept(embres). Pu[tioli]s [in porticu] Aug(usti) Sextia[n]a in parastatica libellus adfixus fu[it, in] quo scriptum erat i<d> quod est infra...* TP Sulp. 85: *Ti(berio) Claudio Caesare Aug(usto) V L(ucio) Calvenio Vetere co(n)s(ulibus) III non(as) Octobr(es) Puteol(is) in foro in porticum (!) Augusti Sextiana in parastatica libellus adfixus fuit in quo scriptum erat id quod infra scriptum est...* El *libellus* al cual se refiere la *proscriptio* mencionaba las cosas que se vendían (ver nota 22), sus características y modalidades de la venta v.g. en TP Sulp. 90-92 se exigía que el pago se realizara al contado: *pecunia praesenti*.

31 Como pueden demostrar v.g. TP Sulp. 81, que menciona que durante el consulado de Tiberio Plaucio Eliano y Tauro Statilio Corvino, el 20 de junio del año 45 d.C. el banquero Aulo Castricio declara de haber prometido al vendedor Cayo Sulpicio Fausto, el pago de una suma de dinero que él o sus ayudantes se harán prometer con estipulación del comprador de los bienes de Publio Servilio Narciso vendidos en asta, (ya que garantizaban una obligación que no se había cumplido). De tal cantidad el banquero deducirá la comisión debida a él: *Ti(berio) Plautio Aeliano Tauro Statil[io] Corvino co(n)s(ulibus) XII k(alendas) Iulias. A(ulus) Castricius ++++++s scripsi me promisisse C(aio) Sulp[ici]o [Fa]usto quanta pecunia ex auctione P(ublii) Servili Narcissi in stipulatum meum meorumve venit (!) venerit deduca mercede[m] ++repraesentatum et ++++[-]* y el texto de Escévola, *libro quinto digestorum* D.46.3.88 que trata de un problema en que una madre administrando los bienes de la hija impúber, heredera del padre muerto sin testamento, encargó la venta de las cosas hereditarias a unos banqueros que escribieron tal acto en su libro contable: *filiae intestato patri beredis negotia mater gessit et res vendendas per argentarios dedit idque ipsum codice conscriptum est...* Los banqueros pagaron todo lo que se obtuvo de

deduciéndose la cantidad establecida entre las partes como comisión por la actividad de intermediación³²; si bien es cierto los ejemplos mencionados en nota no se refieren a una venta de herencia, no vemos obstáculos per considerar que también en tal tipo de *auktiones* se realizara tal *stipulatio*, sobretodo porque si en D.5.3.18.pr se menciona que el poseedor (*dominus auktionis*) debe transmitirle al efectivo titular de la herencia las acciones que tiene en contra del banquero que perdió el precio recibido del comprador: *Octavenus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri*. Entonces podría presuponerse que entre poseedor y banquero fue celebrada una *stipulatio* que tuviera como finalidad tal entrega, y por ello, dentro de las acciones que se deberían transmitir al heredero, según la opinión de Octaviano, se encontrase la *actio ex stipulatu*, que tenía como fundamento la estipulación con la cual el *dominus auktionis* exigía el precio al *argentarius*.

Por otra parte, quien había realizado la mejor oferta en la venta al asta se obligaba con el banquero mediante *stipulatio* al pago del precio; sobre tal aspecto,

la venta y la madre continúa a efectuar todos los negocios en nombre de la hija por casi nueve años y, cuando esta última se casa, le entrega el patrimonio (pero no la cantidad obtenida de la venta al asta): *argentarii universum redactum venditionis solverunt et post solutionem novem fere annis, quidquid agendum erat, nomine pupillae mater egit eamque marito nuptum collocavit et res ei tradidit*. La cuestión consiste en saber si la muchacha tiene cualquier acción en contra de los banqueros, ya que la madre y no ella se hizo prometer con *stipulatio* el precio de las cosas vendidas: *quaesitum est, an puella cum argentariis aliquam actionem habet, quando non ipsa stipulata sit pretium rerum, quae in venditionem datae sunt, sed mater...* Sobre tal argumento ver por último Petrucci, *Profili giuridici...* cit. 43 ss.

- 32 La comisión que el *dominus auktionis* debería pagar al banquero podría considerarse la *merces* del contrato de *locatio-conductio* que regulaba las relaciones entre *argentarius* y *dominus auktionis*. La cantidad establecida como comisión era determinada entre las partes y podía ser efectuada una *stipulatio* para tal fin. En Cicerón, *Pro Rabirio Postumo* 30 se observa que la comisión podía consistir en el 1% del precio de la cosa obtenido en la asta, ya que menciona Cicerón que cuando Postumio exigía el dinero de Gabinio, había recogido para sí mismo la décima parte del dinero establecido, situación que no era clara, ya que podía referirse a una décima parte que se aumentaba, como suelen hacer los *coactores* en las astas por un centésimo, o bien una disminución de la cantidad: *ait enim, Gabinio pecuniam Postumus cum cogeret, decumas imperatarum pecuniarum sibi coegisse. Non intellego hoc quale sit, utrum accessionem decumae, ut nostri facere coactores solent in centesima, an decessionem de summa fecerit*. En la *lex metalli Vipascensis* en F.I.R.A, 1, 503 ss. (documento epigráfico del siglo II d.C que trata de una venta al asta de animales de trabajo y de los esclavos que se utilizaban en la actividad de extracción mineral) también se

además de otros textos³³, encontramos referencia en Cicerón, *Pro Caecina* 6.16 que continúa con la narración de la *auctio* que tenía por objeto el fundo Fulciniano (o probablemente la herencia de Marco Fulcinio):

Aebutio negotium datur. Adest ad tabulam, licetur Aebutius; deterrentur emptores multi, partim gratia Caesenniae, partim etiam pretio. Fundus addicitur Aebutio; pecuniam argentario promittit Aebutius....

Ebucio, según disposición de Cesenia, se presenta a la *licitatio*, muchos compradores se retiran por respeto a Cesenia o porque el precio parecía ser alto. La adjudicación se da a Ebucio el cual promete con una *stipulatio* el pago del precio al banquero: *pecuniam argentario promittit Aebutius*.

Si consideramos, como es lógico pensar, que en las *auctiones* que tenían por objeto una herencia el comprador se obligaba con el banquero mediante *stipulatio* al pago del precio, sería necesario en tal caso explicar la relación entre tal estipulación y la *stipulatio venditae hereditatis* que se celebraba entre vendedor y comprador en una *venditio hereditatis* en la que no intervenía el banquero. Con referencia a esta última encontramos un texto que presenta un caso examinado por Labeón y comentado por Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1:

Apud Labeonem ita scriptum est: filium et filiam in sua potestate pater intestatus reliquit: filia eo animo fuit semper, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris per-

menciona una centésima parte de la estipulación del banquero: *centesimae argentariae stipulationis*. Sobre tal aspecto ver la bibliografía citada por Petrucci, *Profili giuridici*...cit. 49 n.68.

- 33 Como pueden demostrar v.g. *TP Sulp.* 81 citado en la nota 31 así como uno de los documentos probatorios de Cecilio Jucundo (*testatio*) del 28 de mayo del 15 d.C. en *C.I.L. IV*, 3340 n.1= *F.I.R.A.*, 3, 405 ss.=Andreau, *Les Affaires*... cit. 312 ss, que prueba que el vendedor de una mula (el liberto M. Cerrinio Eufrete) recibió el precio de 520 sestercios objeto de una *stipulatio* efectuada entre el banquero (L. Cecilio Felice) y el comprador (el liberto M. Pomponio Nicone). El vendedor declara de haber recibido la totalidad del precio por parte del esclavo del banquero (Filadelfo): (*sestertios*) *n(un)mos* DXX ob mulum venditum [M.] Pomponio M. l(liberto) Niconi, quam pecuniam in stipulatum [L.] Caecili Felicis redegissee dicitur M. Cerrinius Eup(b)rates. Eam pecuniam omnem, quae supra scripta est, [n]umeratam dixit se [a]ccepsisse M. Cerrinius M. l(ibertus) [E]uphrates ab Philadelpho [C]aecili Felicis ser(vo). Actum Pompeis V K. Iunias Druso Caesare C. Norbano Flacco cos.

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

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 había pertenecido (*filium et filiam-patris pertinere*). Su hermano después de haber procreado una niña, muere cuando ésta es todavía *infans* (*deinde frater-infantem reliquit*). Los tutores de la pequeña ordenan a un esclavo del abuelo fallecido de hacerse prometer por el 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* en base a esta estipulación... (*tutores servo avito-peto rescribas...*). El texto nos conserva solamente la solución ofrecida por Paulo sin mencionarse la de Labeón, afirmando el principio general³⁴ de que, si un esclavo poseído en buena fe (y tal era la situación de la niña frente a la mitad del dominio de este esclavo, pues su tía era la copropietaria) adquiere algo mediante una estipulación relativa a los bienes del poseedor, tales adquisiciones pertenecen a éste último (*Paulus-adquirere*). No obstante, en el presente caso, si la venta de herencia del hijo fallecido ha incluido los bienes del abuelo que eran comunes con su hermana, tal principio no puede valer, porque la *stipulatio* no tenía como objeto sólo los bienes pertenecientes a la pupila, sino los de ella y de su tía, y por lo tanto el precio sería común a ambas (*sed si-utrisque acquirit*).

34 Sobre tal principio general ver: Gayo, Inst. 2.91 a 92 reproducido con ligeras diferencias formales en D.41.1.10.3-4; también ver el mismo Gayo, Inst.3.164; Escévola, *libro quinto digestorum* D.12.6.67.pr; Pomponio, *libro undecimo ad Sabinum* D.41.1.21.pr; Ulpiano, *libro octavo ad Sabinum* D.29.2.25.pr; *libro quadragésimo tercio ad Sabinum* D.41.1.23.pr y 2. En doctrina P. Bonfante, *La proprietà*, ristampa della I edizione, Milano, 1968, 430 ss.

En lo que respecta a nuestra investigación, en el presente texto se señalan los siguientes aspectos interesantes. Primero, la obligación del comprador de la herencia de pagar el precio forma objeto de una *stipulatio*. Es importante observar que el monto de tal precio no resulta ya determinado, sino simplemente determinable en la fórmula *quanta pecunia ad eum pervenisset*, que parece implicar una función intermediaria del comprador, el cual a su vez habría vendido la herencia a otros; en este modo, si el comprador se obligó a entregarle al vendedor la cantidad que hubiera obtenido de la venta, se podría considerar la hipótesis que el comprador hubiera podido utilizar los servicios de un banquero para obtener un mejor precio mediante la *auctio* de la herencia. En tal caso quien desempeñaría el papel de *dominus auctionis* sería el comprador de la herencia y una vez recibido el precio lo entregaría a los vendedores (los tutores de la pequeña).

En segundo lugar, cabe hacer notar que el principio *semel heres semper heres* se aplicaba también a la hija (la tía de la pupila) que erróneamente creía no tener derecho sobre la herencia paterna, explicándose de éste modo que el precio pagado por el comprador fuera también en beneficio de ella como titular de bienes hereditarios que se encontraban dentro de la herencia del hermano fallecido. Si bien la herencia vendida contenía bienes de la tía, tal contrato era plenamente válido, al igual que todas las ventas consensuales independientemente que la mercancía no perteneciera al vendedor³⁵. Al final, en la respuesta de Paulo encontramos que la cotitularidad del precio de la herencia vendida es originada por la comunidad de bienes del *avus* muerto entre tía y sobrina³⁶.

Como podemos observar, en una *venditio hereditatis* en la que no intervenía un banquero, según lo mencionado por Labeón, el vendedor se hacía prometer el precio por el comprador mediante una *stipulatio* relacionada a la venta de herencia que tenía tal contenido, mientras que en el caso en que tal contrato se realizara mediante una *auctio*, era el banquero que se hacía prometer mediante *stipulatio* el pago del precio.

Según la opinión de Talamanca³⁷, la realización de la *stipulatio* entre banquero y comprador tenía la función de condición suspensiva que subordinaba la efica-

35 Ver al respecto M. Talamanca, *Vendita (dir. rom.)*, ED, 1993, 46, 349.

36 La explicación del texto se encuentra también en nuestra obra González Roldán, *Propuesta*, cit., 26 ss. lo que diremos a continuación son nuevas reflexiones.

37 Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta*, cit, 139 ss.

cia del contrato de compraventa, y tal opinión nos parece convincente porque, como hace notar el autor, si la persona que realizó la mejor oferta no hubiera efectuado la *stipulatio*, habría podido ejercitar el *dominus auctionis* la *actio venditi* en contra del comprador, y en tal caso la relación entre tal persona y *argentarius* dejaría de tener sentido; además como hace notar Petrucci³⁸, existía un evidente interés del banquero a realizar tal estipulación, porque en este modo, al otorgarle un crédito al comprador podía obtener un lucro con los eventuales intereses. Efectivamente se podría considerar que, una vez que el banquero y *dominus auctionis* habían realizado la *stipulatio* que tenía por objeto el precio de la cosa vendida, el propio banquero después de la adjudicación hubiera entregado la cantidad al *dominus auctionis* antes de que hubiera sido efectivamente pagada por el comprador, en este modo la *stipulatio* entre banquero y este último tenía como finalidad concederle un crédito que consistía en el precio de la cosa adquirida.

En D.5.3.18.pr (texto que hemos analizado anteriormente) se puede observar que el comprador pagó al banquero el precio de la herencia vendida que después el *argentarius* no entregó al *dominus auctionis*, demostrándose por tal hecho que el *dominus auctionis* no podía exigirlo directamente al comprador³⁹, y tal situación nos parece lógica, ya que el fundamento de tal obligación se encontraría en la *stipulatio* celebrada entre banquero y comprador.

5. STIPULATIONES CELEBRADAS ENTRE VENDEDOR Y COMPRADOR DE LA HERENCIA DESPUÉS DE LA AUCTION ARGENTARIA

Una vez celebrada la *auccio* que tenía por objeto una herencia, el *dominus auctionis* (que a partir de este momento llamaremos simplemente vendedor⁴⁰) y el comprador deberán efectuar recíprocas *stipulationes* que servirán como fundamento a otras obligaciones en las que el banquero no interviene, porque se refieren a aspectos ajenos a su actividad de intermediación financiera. Nos referimos específicamente a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* mencionadas en Gayo 2.252:

38 Petrucci, *Profili giuridici*, cit. 54.

39 En tal sentido Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta*, cit. 131 ss.; Petrucci, *Profili giuridici*, cit. 54 ss.

40 Ver nota 25.

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

Gayo al tratar del fideicomiso universal y específicamente de la posición del fideicomisario, menciona 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.C⁴¹). El jurista menciona literalmente: 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 fuese 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 por él al que era entregada la herencia, 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; 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*⁴².

41 Sobre el senadoconsulto Trebeliano ver el estudio de F. Longchamps de Berier, *Il Fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa, Liber, 1997, pp. 81 ss.

42 La traducción del presente texto se encuentra también en nuestra versión del libro segundo de la obra de Gayo: Y. González Roldán, *Gai Institutiones. Commentarius Secundus. Institutiones*

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

a) *Stipulatio venditae hereditatis*

El vendedor se hacía prometer por el comprador lo siguiente: que por cualquier cosa hubiera sido condenado a título hereditario, o bien a este mismo título hubiera dado algo por otras razones con base en la buena fe, de eso fuera indemnizado, y si alguien hubiese ejercitado una acción en contra de él siempre 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*⁴³; no obstante, es claro que, mientras la presente estipulación o estipulaciones no se aplicaban ya al fideicomiso hereditario, dada la vigencia del senadoconsulto Trebeliano, su utilización era empleada todavía por el vendedor y 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 por haber sido condenado a título hereditario, o cualquier cosa hubiese dado de otro modo en buena fe, en nombre de estos debía ser reembolsado”. Su finalidad era que el comprador se responsabilizaba de devolver al vendedor la suma que este hubiera pagado en ejecución de una condena en razón de la herencia, *v.g.* a causa de acciones ejercitadas por acreedores hereditarios o legatarios y de reembolsarlo por las cosas dadas en buena fe siempre en relación con la herencia.

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 lle-

de Gayo. *Comentario Segundo*, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, 2002, 26, 472 ss. Para las referencias bibliográficas vease nuestra monografía: González Roldán, *Propuesta*, cit. 12 n. 3, a que podemos agregar además el estudio que realizó Longchamps de Berier, *Il Fedecompresso Universale nel diritto romano classico*, cit. 88 ss.

43 En el primer sentido se orienta la mayoría de la doctrina, ver: U. Manthe, *Das senatus consultum Pegasianum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, pp. 29 a 31.

gase a exigirle al vendedor una deuda hereditaria o un legado mediante acción, él mismo podría oponer una excepción manifestando la realización de la presente *stipulatio*. Aceptando el segundo significado resultaría que el vendedor, llamado en juicio por un tercero, podía en base a esta *stipulatio* exigir al comprador su intervención en el proceso, en caso contrario el resarcimiento de daños.

Sin embargo, la primera interpretación es difícilmente compartible, porque resultaría extraño que el vendedor se hiciera prometer por el comprador su posibilidad de defenderse en juicio, puesto que, como veremos al analizar la *stipulatio* con la cual el comprador se hacía prometer por el 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 jurídicas⁴⁴. Dado que el comprador era el nuevo titular del patrimonio hereditario, es normal pensar que este se obligase a intervenir en un proceso surgido por causa de tal patrimonio, sosteniendo las argumentaciones del vendedor.

b) *Stipulatio emptae hereditatis*

El contenido de lo que el comprador se hacía prometer por el vendedor de la herencia es expresado por el texto gayano en examen en el siguiente modo:

⁴⁴ 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 di C. Ferrini, *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa, Berolini, Apud S. Calvary eiusque socios*, 1897, 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 venumdedisti, 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 González Roldán, *Propuesta...*cit. 19 ss. Podemos utilizar además en la interpretación del primer texto citado la obra J. D. Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia*, Granada, Comares, 1998, 224 ss.

“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*. En base a esta o estas, 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 subjetiva⁴⁵.

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 reembolsar al vendedor todas las sumas pagadas *hereditario nomine* y de defenderlo en los juicios que tienen como causa la herencia.

6. CONCLUSIONES SOBRE LA VENTA DE HERENCIA EFECTUADA MEDIANTE AUCTIO ARGENTARIA

Como hemos observado, si bien los datos que se refieren a la venta de herencia efectuada mediante *auctio argentaria* son escasos y fragmentarios, la inte-

45 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 nuestra obra González Roldán, *Propuesta...*cit. 123 n. 184, R. Orestano, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, *Novissimo Digesto Italiano*, 14, 1967, 795 ss. y R. Quadrato, “*Rappresentanza (dir. rom)*”, *ED*, 38, 1987, 417 ss.

gración de tales con otras fuentes (que hemos citado en la presente investigación), nos permiten llegar a las siguientes conclusiones que podrían ser aplicadas en el derecho clásico.

El heredero o poseedor de la herencia efectuaba una *locatio-conductio* con el banquero para que llevara a cabo la *auctio*, en tal modo el *dominus auctionis* obtenía un precio más ventajoso por la *hereditas* y el banquero se beneficiaba de la comisión que recibía por su actividad de intermediación así como de los intereses que podía percibir por el comprador en caso que este último obtuviera un crédito respecto al precio de la herencia.

El *argentarius* daba publicidad al asta mediante *proscriptio* mencionando la fecha y el precio base, celebraba además una *stipulatio* con el *dominus auctionis* respecto a la entrega del precio recabado de la herencia así como la cantidad establecida como comisión por su actividad de intermediación. El subastador una vez que explicaba las características de la herencia a los posibles compradores llevaba a cabo el asta y determinaba quien había realizado la mejor oferta. El comprador efectuaba una *stipulatio* con el banquero prometiendo de pagar el precio respectivo en determinada fecha.

Las dos relaciones (*dominus auctionis-argentarius* y *argentarius-comprador*) eran autónomas pero relacionadas funcionalmente. Si el banquero se había obligado a entregarle el precio al *dominus auctionis* una vez que hubiera recibido el precio por el comprador, el *dominus auctionis* no podía pretender el cumplimiento de tal obligación hasta que el comprador no hubiera pagado; sin embargo, podía suceder que el banquero se obligara a entregarle el precio en una fecha diferente a la establecida entre *argentarius* y comprador, *v.g.* el comprador se obliga a pagarle al banquero cuatro meses después de celebrada la *auctio*, mientras que el banquero se obliga a pagarle al *dominus auctionis* inmediatamente después de celebrada la *auctio*, en tal caso el banquero entregaría al *dominus auctionis* el precio que todavía no había recibido por parte del comprador, concediéndole a este último un crédito y obteniendo además un beneficio por los intereses respectivos.

Nos podemos preguntar en que momento preciso el banquero o el *dominus auctionis* debería entregar la herencia al comprador; ¿Antes o después que el comprador pagara el precio al banquero? ¿Antes o después de realizarse las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*?

Sobre tal punto debemos tomar en consideración el contenido del texto de Gayo 4.126a que al explicar las relaciones entre *exceptio* y *replicatio* presenta un

caso de *auctio* con la intervención de un banquero que podría tener importancia en el presente caso:

*Item si argentarius pretium rei, quae in auctionem venerit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita est; et est iusta exceptio. Sed si in auctione praedictum est, ne ante emptori ((res)) traderetur, quam si pretium solverit, replicatione tali argentarius adiuvatur: AUT SI PRAEDICTUM EST, NE ALITER EMPTORI RES TRADERETUR, QUAM SI PRETIUM EMPTOR SOLVERIT*⁴⁶.

Al mismo modo (refiriéndose el jurista a la *exceptio* y *replicatio*), si un banquero persigue el precio de una cosa que se vendió en una *auctio*, el comprador le opone la *exceptio* por la que el comprador debe ser condenado solo si la cosa que ha comprado le ha sido entregada (el texto no explica quién debería efectuarla si el banquero o el *dominus auctionis*), en tal caso la *exceptio* resulta justa y eficaz. Pero si en la *auctio* ha sido mencionado que la cosa no fuera entregada al comprador antes que no hubiera sido pagado el precio, el banquero es ayudado de una *replicatio* establecida en tal modo: PERO SI HA SIDO AVISADO PREVIAMENTE QUE LA COSA NO FUERA ENTREGADA AL COMPRADOR SINO HASTA QUE EL COMPRADOR HAYA PAGADO EL PRECIO.

Tal texto nos hace pensar que respecto a la entrega de la herencia se debe tomar en consideración lo establecido entre banquero y comprador. La situación que nos parecería más frecuente sería que se hubiera enunciado previamente que el comprador tuviera que pagar el precio al banquero para que de tal modo pudiera recibir la herencia (por parte del mismo banquero si él tuviera las cosas hereditarias o en caso contrario el *dominus auctionis*); así el *argentarius* evitaría que en caso de exigir el precio mediante la *actio ex stipulatu*, el comprador pudiera bloquear el ejercicio de la acción con una *exceptio* alegando la falta de entrega de la herencia (*exceptio mercis non traditae*), porque tendría a su favor una *replicatio*.

Después de haberse celebrado la *auctio* y una vez pagado el precio se procedía a la entrega de las cosas hereditarias al comprador por parte del banquero o del

46 Sobre el presente texto ver por último A. Petrucci, *In margine a Gai 4.126a. Osservazioni sulla exceptio mercis non traditae e la praedictio ne aliter emptori res traderetur quam si pretium solverit in un auctio argentaria* en *Iuris vincula*. Studi in onore di M. Talamanca, Napoli, 2001, 6, 316 ss.

dominus auctionis. El vendedor y comprador de la herencia efectuaban recíprocas *stipulationes*, con la *stipulatio* o *stipulationes venditae hereditatis* el comprador se responsabilizaba de devolverle al vendedor la cantidad que este último hubiera pagado en ejecución de una condena en razón de la herencia, así como de protegerse de probables pretensiones de los acreedores de la herencia⁴⁷. Con la *stipulatio emptae hereditatis* el comprador se hacía prometer por el vendedor que todas aquellas cosas que de la herencia le llegaran a este último le serían entregadas a él y que el vendedor le permitiese de ejercitar las acciones hereditarias como *procurator* o *cognitor*; en este modo, si existían bienes de la herencia que todavía no se le habían transmitido al comprador porque no se sabía de su existencia, éste habría podido exigir su entrega al *dominus auctionis* o a terceros mediante la transmisión de las acciones⁴⁸.

47 Aunque el titular de la *hereditas* realice la transmisión de las cosas hereditarias permanece heredero en base al principio *semel heres sempre heres*, y por ello podría eventualmente ser demandado por terceros por motivo de la herencia. Sobre tal principio ver *v.g.* Gayo, *libro singulari de casibus* D.28.5.89 (88): ...*qui semel heres exstitit, desinat heres esse*; Ulpiano, *libro undecimo ad edictum* D.4.4.7.10: ...*sine dubio heres manebit, qui semel exstitit*.

48 Si bien en el siglo II d.C sabemos que entre comprador y vendedor se realizaban las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* como demuestra Gayo 2.252, podemos comprobar una tendencia en la jurisprudencia de aceptar también el ejercicio de la *actio ex empto* por parte del comprador para exigir tales obligaciones al vendedor como demuestra un texto de Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20.pr: *si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis*. El caso es el siguiente: si me has vendido la herencia de Lucio Ticio y después has sido heredero de su deudor, serás responsable frente a mí con la *actio ex empto*. Como podemos observar, el texto analiza un problema de confusión hereditaria de un vínculo obligatorio (sobre tal aspecto ver González Roldán, *Propuesta...*cit. 173 ss). Lo que tenemos que apreciar en el presente momento, es la referencia a la acción naciente del contrato consensual como medio para hacer valer la inobservancia por parte del vendedor de la obligación de transferir al comprador todo lo que hubiera adquirido *hereditario nomine*, incluyéndose lo que el deudor del cual se había convertido en heredero, deberá a Lucio Ticio. En un texto de Ulpiano, *libro trigesimo primo ad edictum* D.17.1.14.pr el jurista al citar una opinión de Juliano afirma: *heredem fideiussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est. sed si vendiderit hereditatem et emptor solverit, an habeat mandati actionem, quaeritur. et Iulianus libro tertio (quarto Lenel) decimo scribit idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas, idcircoque competere ex empto actionem, quia potest praestare*. Después de haber afirmado Ulpiano el principio general de que el heredero del fiador que ha pagado tiene la *actio mandati* (contraria) contra el deudor principal que encargó al *de cuius* de prestar garantía,

La celebración de estas *stipulationes* nos confirman, además de los argumentos ya señalados por la doctrina predominante hoy en día, que las partes que intervienen en el contrato de compraventa efectuado en una subasta eran necesariamente el *dominus auctionis* y el comprador; en efecto, solamente ellos habrían podido asumir las específicas obligaciones relacionadas al caso si el objeto del contrato fuera una *hereditas*.

el jurista se pregunta si, cuando el heredero haya vendido la herencia del fiador fallecido y el comprador haya cumplido la obligación garantizada tal acción continúe correspondiéndole. La respuesta indicada por Juliano en el libro 14 de los Digestos y compartida por el mismo Ulpiano es afirmativa: al heredero le corresponde la *actio mandati* contraria porque el mismo está obligado, en base a la compraventa de herencia, a ceder sus acciones al comprador mediante la *actio empti*, y en tal cesión debe incluirse también dicha acción de mandato. En lo que respecta a nuestra investigación el presente texto manifiesta que Juliano ya consideraba suficiente el contrato consensual como fuente de la obligación del vendedor de la herencia de transferir al comprador las acciones contra los deudores hereditarios, si bien es cierto Gayo 2.252 incluyó esta obligación en una o en la *stipulatio emptae hereditatis*.