

**UNA LECTURA DE D.2,15,3 PR. (SCAEVOLA LIBRO PRIMO
DIGESTORUM) Y D.2,15,14 (SCAEVOLA LIBRO
SECUNDO RESPONSORUM)**

César Rascón

Catedrático de Derecho Romano. Universidad de León

RESUMEN:

Se trata de conciliar dos soluciones diferentes que se contienen en sendos fragmentos del mismo jurista. Son dos casos de *transactio* entre los herederos testamentarios y los legítimos y la solución a uno de ellos es una excepción a la regla de la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la sucesión legítima.

Palabras clave: *Heres scriptus – heres legitimus – transactio – actio utilis.*

ABSTRACT:

In this article, we try to harmonize two different solutions, which we find in two Scaevola's fragments. Both are cases settled out of the court between heirs appointed in the will (*heres scriptus*) and heirs not formally designated (*heres legitimus*). One of them is solved through an exception to the rule of incompatibility between *testamentary succession* and *intestate succession*.

Key words: *Heres scriptus – heres legitimus – transactio – actio utilis.*

**Una lectura de D.2,15,3 pr. (Scaevola libro primo digestorum) y
D.2,15,14 (Scaevola libro secundo responsorum)¹**

I

Existen numerosos testimonios de la regla contenida en el conocido aforismo *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, que establece la relación entre la delación *ex testamento* y la delación *ab intestato*². Algunos contienen una explicación de la regla, como es el caso del célebre fragmento de CICERÓN³ *pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset*. Otros, como ocurre con el fragmento de las Instituciones de Justiniano⁴, enuncian la máxima de la manera más explícita y, además, refieren la famosa excepción relativa al testamento del soldado: *neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testamento spectatur*.

No ha sido precisamente de importancia menor la discusión doctrinal acerca de cuál puede ser el fundamento del apotegma⁵ y creo que no estará de más recordar que no sólo el fragmento de CICERÓN se refiere al problema de su razón de ser al hablar de disparidad de causas. POMPONIO, por ejemplo, cree que la regla encuentra su fundamento en la naturaleza misma de las cosas: *ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est 'testatus' et 'intestatus'*⁶, y PAPIANNO, a propósito de un caso en el que el hijo intenta la *querela inofficiosi testamenti* contra dos herederos instituidos y vence frente a uno de ellos, dice: *nec absurdum videtur pro parte intestatum videri*⁷.

Nada más lejos de mi intención que tratar de volver sobre la *vexata quaestio* del fundamento de la máxima, a cuyo propósito no estoy en condiciones de decir nada nuevo. Sin embargo creo que no estará de más, por la trascendencia que puede tener para la intención de estas líneas, recordar que es más que probable que hunda sus raíces en el precepto decenviral *si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto*⁸. Pertenece, pues, a un tiempo en que *ius* y *familia* no se pueden disociar. Sólo cuando la persona fallece se produce la separación, pero de manera que

1 El presente estudio, fue remitido en el mes de diciembre de 2004 para su inclusión en el libro homenaje póstumo al profesor Gennaro Franciosi, obra impulsada por sus discípulos y amigos. Razones de diverso orden provocaron el retraso de aquella publicación, por lo que dos años más tarde envié a la Revista General de Derecho Romano (publicación electrónica de Iustel) una reelaboración del mismo. Finalmente el artículo aparece ahora en este Anuario, en su redacción definitiva. No obstante, no he perdido la esperanza de ver reunidos en una sola obra todos los trabajos dedicados al que fuera maestro y ejemplo de tantos romanistas.

2 D. 5, 2, 15, 2 Pap. 14 quaest.; D. 5, 2, 24 Ulp. 48 Sab.; D. 29, 1, 6 Ulp. 5 Sab.; D. 29, 1 37 Paul. 7 quaest.; D. 49, 17, 19, 2 Try. 18 disp. D. 50, 17, 7 Pomp. 3 Sab.

3 *De inventione*, I, 21, 63.

4 2, 14, 5.

5 Del alcance de la controversia dan una idea las espléndidas notas 40 y r de MÜHLENBRUCH y ASCOLI, respectivamente, en GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XXVIII, III, Milano 1903, p. 724.

6 D. 50, 17, 7 Pomp. 3. Sab.

7 D. 5, 2, 15, 2 Pap. 14 quaest.

8 BONFANTE lo dejó escrito en las postrimerías del s. XIX en su artículo *L'origine dell' "hereditas" e dei "legata" nel diritto successorio romano. A proposito della regola "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"*, *BIDR* (1891-1892) pp. 97 ss.

la herencia hace las veces de persona; *hereditas persona vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas*, dice FLORENTINO⁹. *Familia* y *hereditas* son la misma cosa en la medida en que *familia* deviene en *hereditas* a la muerte del causante. En tal sentido se comprende que, si la persona dispone de la *familia* para después de su muerte, la delación por ley quede excluida.

La *familia* de la que el testador dispone, dice MÜHLENBRUCH, “es el lado patrimonial de su persona, y sería contradictorio tratar de disponer y, al mismo tiempo, restringir la disposición a determinadas partes del objeto”¹⁰. Esta idea primigenia que identifica *hereditas* y *persona* explica la razón que da POMPONIO, de que la naturaleza de las cosas hace imposible que puedan concurrir las delaciones testamentaria y legítima, sin que ello signifique que entre ambas llamadas exista contradicción. En consecuencia, el precepto decenviral por cuya virtud *si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto*, habría de entenderse de tal manera que no podría ser derogado parcialmente por el testamento, por mucho que en su forma más primitiva (*testamentum calatis comitiis*) tuviera la forma de una *lex* y los *sacra* pudieran dividirse. Del mismo modo, aunque en el *testamentum per aes et libram* las instituciones de heredero no agotaran el as, no podían ser llamados los herederos *ab intestato* frente a la *mancipatio familiae*.

Y estas mismas razones están en la base de la regla *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, formulada *expressis verbis* por ULPIANO¹¹ y se encuentran en otras muchas fuentes¹², como creo que es entendido por la generalidad de la doctrina después de que LA PIRA publicase su conocida monografía¹³.

De ser todo esto cierto, una *transactio* con la que el *scriptus heres* y el *heres legitimus* quisieran poner fin a una controversia surgida entre ellos a propósito de la validez del testamento, tampoco podría derogar la regla.

II

La máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*, estuvo sometida a excepciones y a modificaciones de todos conocidas, como la del *testamentum militis*, ya mencionada, las derivadas de la preterición de los *ceteri sui iam nati* y las que se producen cuando la *querela inofficiosi testamenti* se intenta con éxito pero no contra todos los herederos instituidos, así como las producidas por la aplicación de la Nov. 115 o por efecto de la *contra tabulas bonorum possessio* en algunos supuestos. Son de notar, también, el caso de la madre que fallece en el momento de dar a luz y no puede instituir al tercer hijo¹⁴ y el contemplado por CICERON¹⁵, en el que el padre, creyendo que el hijo ha muerto ni le instituye ni le deshereda. Excepciones, todas ellas que han dado lugar a una amplia discusión doctrinal.

En la líneas que siguen, trataré de explicar, sin detenerme en las posibles deficiencias estilísticas de los textos, mi punto de vista sobre el fondo jurídico de la conocida discusión acerca de cómo se han de conciliar la *lex 3 de transact.*

9 D. 46,1,22 Flor. 8 inst.

10 Op. cit. p. 229.

11 Ulp. 22, 14.

12 Cicer. *de orat.* 1, 38, 175; Gai. 2,123; Ulp. 22, 20; D. 28, 2, 30 (Gai. 17 ad edic. prov.); I. 2, 13, pr.

13 *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, p. 3 y ss.

14 C. 3, 28, 3.

15 *De orat.* 1, 38, 175.

*Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: "privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum. quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae. quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavuit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavuit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre"*¹⁶.

y la *lex 14* del mismo título¹⁷, en la cual, en apariencia, se plantea también una excepción a la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, pero en la que la doctrina ha llegado a exacerbar la incertidumbre hasta el extremo de considerar que no sólo coexisten en el caso contemplado por ESCÉVOLA las delaciones testamentaria e intestada, sino que, en opinión de algunos autores, ni siquiera se puede saber cuál es el título por el que adquieren los herederos, el testamento o la ley, tal como se ha interpretado la imprecisa locución *propter incertum successionis* utilizada por el jurista.

Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? respondit, si idem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset: si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est.

Es evidente que entre los supuestos contemplados en las *leges 3* y *14* las diferencias son notables. ACURSIO¹⁸ advirtió las siguientes: en primer lugar se ha de distinguir entre acreedores y legatarios (en la *lex 14* se trata de aquellos y en la *lex 3* de éstos); además, la *lex 3* se refiere a la *pars bonorum* que el *heres institutus* acuerda con la madre del difunto que ésta reciba (todo hace pensar que el origen de la *transactio* es la discrepancia en la identificación de bienes de la madre del causante que el *scriptus heres* pretende incluir en el caudal relicto), mientras que la *lex 14* trata de la *pars hereditatis in heredem legitimum translata*; finalmente, la *lex 3*, se refiere a un testamento válido que no se puede rescindir con la *querela*, mientras que en la *lex 14* la controversia entre el heredero legítimo y el heredero testamentario, pone en cuestión la validez, al menos parcial, del testamento, que puede ser invalidado por sentencia si se sustancia el juicio hasta el final. Pero, pese a las diferencias entre ambos supuestos, parece que la regla del rescripto *privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum* no se aplica del mismo modo en ambos casos y la consecuencia de la transacción, *neque testamentum rescissum videri posse*, tampoco, en la medida en que en la *lex 14*, la opinión de ESCÉVOLA se basa en la incertidumbre de la sucesión, expresada en términos en apariencia inequívocos: *propter incertum successionis*.

En el rescripto de los *divi fratres* se establece que, en virtud de la norma que impide que los pactos lesionen los derechos de los demás, lo que reclamen los manumitidos y los legatarios por el testamento, podrán reclamarlo al heredero instituido porque éste, al hacer la transacción sobre la herencia, se habrá hecho prestar las garantías respecto a las cargas de aquélla y, de no haberlo hecho, no puede trasladar a otro su imprevisión, ocasionándole un perjuicio. Por el contrario, en la *lex 14*, cuando la transacción se concluye entre el heredero instituido y el legítimo, ante la pregunta de contra quién pueden dirigirse los acreedores, el mismo ESCÉVOLA responde que, si son

16 D. 2, 15, 3 pr. Scaev. 1 dig.

17 D. 2, 15, 14, Scaev. 2 resp.

18 *In glossa ad legem 14.*

los acreedores los que hicieron la transacción, habrá de estarse a lo entre ellos convenido, pero que si fueron otros los acreedores, dado lo incierto de la sucesión, habrán de ser demandados ambos, instituido y legítimo, con las acciones útiles¹⁹ y en razón de la parte de herencia a cada uno asignada en la transacción, es decir, *pro parte hereditatis*.

La contradicción se plantea porque mientras que la *lex 3*, como consecuencia de la aplicación de la regla *privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum* y de que el testamento no se puede tener por rescindido, dice que los manumitidos y los legatarios deben reclamar al heredero instituido todo cuanto reclamen por causa del testamento, la *lex 14* establece que los acreedores habrán de demandar al heredero testamentario y al legítimo con las acciones útiles *pro parte hereditatis*, conforme a lo acordado en la transacción.

Como es lógico, la *lex 14* ha sido muy controvertida²⁰. VOICI²¹, por ejemplo, cuando trata de explicar el rescripto de los *divi fratres*, distingue dos supuestos: el de transacción, contemplado en las *leges 3* y *14*, y el de sentencia dictada en un juicio en el que no ha habido oposición del instituido, como se prevé en D. 49, 1, 14, 1²². En el primer caso -dice- los legados continúan siendo debidos por el *heres scriptus* “a no ser que las cargas hayan sido transferidas convencionalmente al necesario”, porque el testamento sigue siendo válido y los legatarios no pueden ser constreñidos a reconocer el acuerdo de terceros. Por el contrario, en caso de sentencia dictada en el supuesto de ausencia del *heres institutus*, los acreedores no tienen más remedio que dirigirse contra el que venció en juicio, como titular actual de los bienes hereditarios.

Sin embargo, la salvedad formulada por VOICI: “a no ser que las cargas hayan sido transferidas convencionalmente al necesario” no parece del todo justificada. Si en el supuesto previsto en la *lex 3* los legatarios, a pesar de la transacción, han de dirigirse contra el heredero instituido en el testamento, debemos preguntarnos por qué en el caso contemplado en la *lex 14* los acreedores no pueden dirigirse también contra el *scriptus heres*. En todo caso, si *privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum*, cabe preguntarse por qué habrán de dirigirse contra el legítimo en el supuesto de que las cargas le sean transferidas convencionalmente, si el testamento es válido. Imaginemos por un momento que el heredero necesario al que se transfieren las cargas es insolvente. Además, la afirmación de ESCÉVOLA es elocuente: *neque testamentum rescissum videri posse*. El pacto entre la madre del testador y el heredero instituido no puede rescindir el testamento. Y no hay razón alguna que permita pensar que la *transactio* entre el instituido y el legítimo produzca dicho efecto. La validez del testamento no puede hacerse depender de un pacto. Con la transacción se podrá tratar de poner fin a una controversia para evitar una sentencia judicial, pero la transacción no puede decidir sobre la validez del testamento y las consecuencias de ésta. Ni el acuerdo adoptado entre la madre del testador y el *scriptus heres* ni el establecido entre el instituido y el legítimo, pueden obligar a los legatarios contra quien no es heredero (la madre del causante en la *lex 3*) ni a los acreedores a dirigirse contra quien actúa, en el mejor de los casos, *pro herede ex transactio* (el legítimo en la *lex 14*).

19 Sobre el alcance y significado de *utiliter agere* vid. DAUVE, *Iura* 11 (1960) p. 69 ss. y la respuesta de QUADRATO, *Labeo* 10 (1964) p. 356 y ss., así como AICHER, *SDHI* 35 (1969) p. 360 ss.

20 La controversia se manifiesta en toda su amplitud en GLÜCK, *Commentario alle Pandette, II*, Milano [s. a.], p. 988, n. 31.

21 *Dir. ered. rom.* II, Milano 1963, p. 716, n. 46.

22 *Ulp.* 14 ad. ed.

III

En realidad, en la *lex 14* se contemplan diversos supuestos. En la hipótesis de que el heredero legítimo y el instituido sean acreedores del causante y, por tanto, de la herencia, puede darse el caso de que en la transacción por la que se asignan las partes de aquélla se hayan tenido en cuenta las deudas que con cada uno de ellos tenía la herencia. En este caso se estará a lo pactado. Pero si en la transacción no se han tenido en cuenta dichas deudas, podrán compensarse en el momento de la liquidación y, de no hacerse tampoco de ese modo, el heredero legítimo y el instituido podrán reclamarse recíprocamente las deudas. Todo parece indicar que, puesto que el testamento no ha sido rescindido mediante sentencia, al menos el heredero instituido podrá utilizar las acciones directas. El legítimo deberá recurrir a las útiles por lo que corresponda a la parte de la herencia que adquiere *ex transactione* (el presupuesto para intentar la *querela* es, precisamente, que el heredero testamentario haya aceptado la herencia).

En caso de que los acreedores sean personas distintas de los herederos testamentario y legítimo que acuerdan la *transactio*, podrán intentar las acciones directas, pero en este caso, *propter incertum successionis*, tienen que comenzar por las *interrogationes* previstas en el edicto. Como recuerda CALÍSTRATO²³, *totiens heres in iure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur et dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit. est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio et ita, si certum petetur, ne, dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat*. Este procedimiento, por definición (está en la propia razón de ser de su creación), es incómodo e inseguro. Por ello ESCÉVOLA considera que se puede obviar si se intentan las acciones útiles, evitándose así que el pacto agrave la situación de los terceros acreedores. Es posible que en la época de CALÍSTRATO hubiesen caído en desuso las acciones interrogatorias²⁴, pero nada impide pensar que en época de ESCÉVOLA todavía estuvieran vigentes.

IV

Algunos autores han considerado que el argumento utilizado en la *lex 14 propter incertum successionis* debe ser interpretado en el sentido ya expuesto de que no se sabe a ciencia cierta quién es el “verdadero heredero” debido a que, dado que la controversia se ha zanjado con una transacción, no se sabe si el testamento es válido o no y, por tanto, no se puede establecer si lo que reciben los herederos, lo reciben *ex lege, ex testamento* o *ex transactione*. Así pues, no se puede determinar si ambos eran herederos o si alguno actuaba *pro herede*.

En este sentido, GLÜCK, en traducción de DE MARINIS, plantea el caso del siguiente modo²⁵. Ticio, en su testamento, instituyó heredero a Seyo. Muerto Ticio surge una controversia entre el heredero legítimo y el testamentario. El legítimo pretendía que el testamento no era “legal” y que, por tanto, la herencia le correspondía a él *ab intestato*. Pero la controversia fue resuelta con una transacción y cada uno de los contendientes

23 D. 11, 1, 1, 2 Call. 2 ad ed. monit.

24 D. 11, 1, 1, 1 Call. 2 ed. monit. *Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt...*

25 Transcribo lo más fielmente que me es posible el planteamiento de GLÜCK, *Commentario alle Pandette, II*, Milano [s. a.], p. 988, pero las comillas que aparecen en las expresiones “legal”, “legalmente” y “derecho civil riguroso” son mías. Trato con ello de destacar algunas de las inusuales imprecisiones que se introducen en la traducción.

tomó una parte de la herencia. Ahora, habiendo el difunto dejado deudas, surge la cuestión de a quién podrán los acreedores reclamar el pago. ESCÉVOLA –dice GLÜCK– fue de la opinión de que los acreedores podrán dirigirse contra los dos y que cada uno sea obligado por las deudas del difunto en proporción a la cuota de herencia recibida por la transacción. Ello *propter incertum successionis*, o sea, porque se ignoraba cuál de los dos era propiamente el verdadero heredero. Como la controversia había sido transaccionada, no se decidió si el testamento fue válido o nulo; por lo tanto, ni uno ni otro podía decir con seguridad que la herencia le correspondía “legalmente”. Por norma de “derecho civil riguroso”, ninguno de los dos había devenido *verus heres* y cada uno poseía *pro herede* aquella parte de la herencia conseguida mediante la transacción. De modo que los acreedores no podían reclamar *actionibus directis* sino *actionibus utilibus*, pues sólo frente al verdadero heredero se ejercitaban las acciones directas.

Este planteamiento adolece de cierta imprecisión. En primer lugar, la interpretación de la expresión *propter incertum successionis* en el sentido de que ninguno había resultado ser verdadero heredero no resulta del todo exacta. La expresión *verus heres* aparece con alguna frecuencia en la Compilación, pero con una significación no técnica. Por ejemplo, en un fragmento de POMPONIO²⁶, a propósito de la discusión suscitada sobre la libertad de un esclavo manumitido en testamento de este modo: “sea libre Andrónico, mi esclavo, si le hubiera dado diez a mi heredero”, surgida una controversia entre el que se decía heredero por ley y el que, poseyendo la herencia, se tenía por heredero testamentario, habiéndose pronunciado finalmente sentencia favorable a quien se decía heredero por testamento, al cual Andrónico había pagado veinte, se dice: *Labeo hoc, quod Quintus Mucius scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit: nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento, nihilo minus eum paruisse conditioni ei dando et liberum fore*. En el fragmento, *verus heres* se contrapone a quien no siendo heredero actúa como tal como consecuencia de una sentencia injusta.

El mismo sentido tiene la expresión en otro fragmento del mismo jurista²⁷ cuando en sede de *conditioe indebiti* dice: *Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit: veluti si is qui heredem se vel bonorum possessorem falso existimans creditori hereditario solverit: hic enim neque verus heres liberatus erit et is quod dedit repetere poterit: quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit*.

A mi modo de ver, el *heres legitimus* percibirá los bienes de la herencia en virtud de la transacción y actuará *pro herede*. No así, sin embargo, el *heres scriptus*, que entrará en los bienes hereditarios *ex testamento*. Los acreedores del causante disponen de las acciones derivadas de sus relaciones jurídicas con aquél y habrán de intentarlas frente al instituido y frente al que recibe bienes de la herencia en virtud de la transacción, pero no está clara la razón de que hayan de ser acciones útiles en lo que se refiere al *scriptus* dado que, entre otras razones, el testamento no ha sido rescindido. Por lo tanto, es preciso saber cuál es el alcance de la expresión *propter incertum successionis pro partem hereditatis*, con la que el jurista trata de explicar el porqué de su decisión.

V

Podemos afirmar, pues, que es inadecuado pensar que *propter incertum successionis* significa que no podemos saber quién es *heres*. La condición de heredero se tiene

26 D. 40, 7, 29, 1 Pomp. 18 ad Q. Muc.

27 D.12, 6, 19, 1, Pomp. 22 ad Sab.

o no se tiene. O se es heredero o se posee *pro herede*. Y en el caso previsto en la *lex* 14, al no haberse rescindido el testamento, se sabe quién es *heres institutus*, por lo que la significación de la expresión no puede ser ésta.

A mi modo de ver, el problema que se plantea en la *lex* 14 se deriva de la inexacta interpretación de la expresión *propter incertum successionis*. La transacción entre el *heres scriptus* y el *legitimus* no puede afectar a la validez del testamento. El testamento no deja de ser válido porque los herederos legítimo y testamentario lleguen a un acuerdo con el fin de evitar una sentencia que puede dejar insatisfechos a ambos. La rescisión del testamento sólo se puede producir por sentencia. Por lo tanto, la transacción no impide que sepamos quién es *heres*, que recibirá su parte de la herencia a tal título y no *ex transacione*. Pero es que, además, las reglas de la *querela* son claras. En caso de que la controversia se suscite *inter legitimum et scriptum heredes*, como ocurre en la *lex* 14, el *heres institutus* sólo puede ser demandado cuando ha aceptado la herencia. Únicamente con la aceptación se hace eficaz el testamento, abriéndose así la posibilidad de impugnarlo. ULPIANO lo expresó de forma inequívoca: *ante aditam hereditatem nec nascitur querela*²⁸. La transacción no puede significar la pérdida de la condición de heredero del *institutus*. Recordemos que GAYO²⁹, a propósito de un supuesto en el que el testador instituía a un segundo heredero con la fórmula condicional *si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto*, decía que Ticio no podía ser heredero antes de que lo fuera Stico, de esa manera, *semel heres exstiterit servus, non potest adiectus efficere, ut qui semel heres exstitit desinat heres esse*. Así pues, si el *heres institutus adiectus* no puede hacer que pierda la condición de heredero quien la adquirió antes que él por testamento, creo yo que menos podrá perderla por simple *transactio* el demandado con la *querela* si se pone fin al litigio antes de la sentencia mediante una *transactio*. Debemos pensar, por tanto, que la parte de la herencia que obtiene el *heres scriptus*, la obtiene *ex testamento*, y que la *transactio* representa una renuncia a la parte que es adquirida *ex transacione* por el *heres legitimus*. Y todo esto tanto en el caso de que interpretemos las palabras *controversia orta est* en el sentido de *post litem contestatam*, es decir, de que el *heres legitimus* intente la *querela* y, para evitar la sentencia se ponga fin al litigio con la *transactio*, como en el sentido en que es utilizada en D. 5, 3, 25, 7³⁰ de *ante litem contestatam... quin immo post controversiam motam*.

Sin embargo, esta interpretación agrava la situación de los acreedores. Puesto que la *transactio* representa una renuncia del instituido a parte de la herencia, las consecuencias del desconocimiento del contenido del acuerdo conlleva el riesgo de que los acreedores incurran en *pluris petitio* porque ignoren *qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit*. Éste es el sentido que ha de darse a la expresión *propter incertum successionis*. Y en ese sentido sí que resultaría inicu para ellos transformar en incierto su derecho, obligándoles a, donde inicialmente había un deudor, dirigirse, por causa de la transacción, contra dos y por cantidades no determinadas, mediante acciones *in personam et ita: si certum petetur*. El problema no debió de ser de importancia menor. ULPIANO³¹ recuerda que la razón de ser del edicto *de interrogationibus*, era que el Pretor *sciebat difficile esse ei, qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse heredem bonorumve possessorem*, porque, como recordaba PAULO³² *plerumque difficilis probatio aditae hereditatis est*. Y más en el caso propuesto en la *lex* 14, en la que la transacción resuelve la controversia entre instituido y legítimo.

28 D. 5, 2, 8, 10 Ulp. 14 ad ed.

29 D. 28, 5, 88 (89), Gai. 1 de cas.

30 Ulp. 15 ad ed.

31 D. 11, 1, 2, Ulp. 22 ad ed.

32 D. 11, 1, 3, Paul. 17 ad ed.

Los acreedores pueden utilizar la acción directa para demandar al instituido. Pero ESCÉVOLA entiende que si prefieren evitar el procedimiento de las *interrogationes*, se les debe permitir intentar las acciones contra los dos y no les debe ser denegada la división de las mismas evitando de este modo un camino indirecto y de resultado problemático. Esta solución sólo es de aplicación a los casos de *incertae successionis* como el que nos ocupa *aequitatis ac benignitatis ratio*. La solución de ESCÉVOLA está motivada por la incertidumbre que puede introducir en el caso el camino de las *interrogationes*.

Finalmente, volviendo sobre la pregunta acerca de si hay contradicción entre las soluciones dadas por ESCÉVOLA en las *leges* 3 y 14. En el caso previsto en la *lex* 3, ESCÉVOLA entiende que los acreedores no tienen por qué dividir las acciones según la transacción. En la *lex* 14 entiende que pueden dividir las acciones por una causa muy importante, porque la necesidad de preguntar por las partes hereditarias para demandar a cada uno por la parte en que ha sido heredero, siendo así que, además, el legítimo actúa *pro herede ex transactione*, representa un importante dispendio de esfuerzo y tiempo e introduce incertidumbre, y por ello se les da acceso a las acciones útiles. De no ser así, el pacto perjudicaría los intereses de terceros, incumpléndose la regla *privatis pactio-nibus non dubium est non laedi ius ceterorum*. Lo que se afirma, por tanto, en la *lex* 3, no se niega en la *lex* 14. Ésta abre, simplemente, una vía más acorde con la regla general contenida en el rescripto de los *divi fratres*. Cualquier circunstancia que represente un perjuicio para los acreedores derivado del pacto, abrirá la posibilidad de dirigirse contra el heredero legítimo excluido, sin haberse rescindido ni invalidado el testamento, con las acciones de las que los acreedores dispusieran frente al heredero instituido. No se puede hacer otra exégesis de la *lex* 14. Más allá de esta solución se encuentra la que se contiene en la conocida constitución de ANTONINO³³ por cuya virtud el heredero debe responder ante los acreedores de la herencia y que, *suo ordine*, el heredero ha de ejercitar la acción contra aquél a quien vendió la herencia, porque aunque éste la hubiera comprado con la condición de que satisficiera a los acreedores, el comprador *excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest*. Y lo mismo en la constitución del año 202 de ANTONINO Y SEVERO³⁴ que establece que si después de vendida la herencia se pudiese probar que los acreedores ejercitaron sus acciones contra los compradores y que éstos tomaron voluntariamente a su cargo contestarlas, el heredero no se defenderá inútilmente con la excepción de pacto tácito.

Dicho esto, se puede añadir que, con la solución de ESCÉVOLA, los acreedores se pueden satisfacer de una manera más sencilla que con las acciones directas. En este sentido se ha de entender la incerteza de la sucesión: en el de que *in solidum conveniendo*, el riesgo del acreedor era mayor y el procedimiento para satisfacer su crédito mucho más complejo. Preguntado el jurista qué se ha de hacer, aconseja que se demande *pro parte* a ambos. Esto es posible. Las deudas de la herencia han de ser satisfechas por uno u otro, por lo que el legítimo no puede rehusar el pago de lo que corresponda a su parte so pretexto de que no es *heres*. En este caso la deuda habría de ser satisfecha por el heredero instituido en su condición de *heres*, que podría excusarse so pretexto de la *transactio*. Esto hace que los acreedores les puedan demandar *in solidum*, o intentar las acciones útiles *pro parte*.

33 C. 4, 39, 2.

34 C. 2, 3, 2.