

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Ciencias del Derecho

“Compraventa en el Derecho Romano: El esquema unificador de Justiniano”

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alumno:

Pedro A. Mena Marín

Profesor: Sr. Francisco Moraga Manterola

2003

INTRODUCCIÓN .	1
PRIMERA PARTE. COMPRAVENTA Y PERMUTA. .	5
I.-Su origen y relación según las fuentes. . .	5
II.-La Permuta en Roma. . .	11
III.-Distinción entre permuta y compraventa clásica. .	16
SEGUNDA PARTE. LA COMPRAVENTA. .	25
I.- La compraventa según la escuela Sabiniana y Aristón. . .	25
II.- Los Orígenes de la Compraventa. . .	31
1.- La adquisición del dominio. . .	32
2.- La aparición de la moneda. . .	43
3.- Mancipatio, evicción, y estipulaciones a que dio lugar. . .	47
III. El problema del no pago del precio. . .	50
V.- La Compraventa consensual clásica. Algunas características fundamentales. . .	62
VI.- La compraventa clásica y sus relaciones con la adquisición del dominio. . .	72
VII.- La correlación de obligaciones en la compraventa clásica. . .	79
VIII.- La <i>lex commissoria</i> en la compraventa clásica. . .	82
1.- Antecedentes previos. . .	82
2.- <i>Lex commissoria</i> . . .	87
IX.- La compraventa griega y su aislamiento del Derecho romano incluso después de la concesión general de ciudadanía del año 212 d.C. . .	95
X.- El problema del pago del precio en la compraventa clásica. . .	103
XI.- La norma del no pago del precio en una provincia de Oriente durante el período clásico. . .	120
XII.- ¿Por qué Justiniano habría introducido principios orientales en la compraventa?. . .	124
XIII.- La "espiritualización" de la tradición y el aporte oriental de la escritura. . .	127
XIV.- El no pago del precio en el Derecho justineano. . .	142
CONCLUSIONES . .	147

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS EN NOTAS .	149
BIBLIOGRAFIA DE FUENTES .	161

INTRODUCCIÓN

La presente Memoria se desarrolla como un camino histórico destinado a desentrañar y exponer, en último término, el esquema que para la compraventa desarrolla el *Corpus Iuris*, concentrando la atención en el problema de la falta de cumplimiento por parte del comprador, es decir, el análisis de las situaciones que genera el no pago del precio. Constataremos cómo en ese cuerpo jurídico, Justiniano pretende unificar dos tradiciones relativas a la compraventa: la primera, proveniente del Derecho Romano Clásico, que configura el negocio como un contrato consensual de efectos obligacionales; la segunda, que se remonta al más antiguo Derecho griego, y que ve la compraventa como una simple variedad de la permuta, perfeccionada no por el consentimiento, sino por el pago del precio, y cuyos efectos son directamente reales, de manera que el comprador se hace dueño desde el pago y exige la entrega mediante acción real. La tradición romana clásica se mantuvo incólume en los textos hasta la época de la compilación, e inclusive es recogida por los escritos jurídicos tardo-occidentales; sin embargo, la práctica helenística de la compraventa real parece no haber quedado nunca del todo erradicada en las provincias orientales, y el problema aflora sobre todo a partir de la *Constitutio Antoniniana* del año 212 d.C.; así advertimos, por ejemplo, que numerosos rescriptos debidos a la Cancillería de Diocleciano, tienen su origen en consultas de griegos que seguían considerando a la compraventa como un negocio real. Justiniano, a través de una célebre constitución promulgada el año 528, introduce como paralela a la consensual la figura de una compraventa escrita, que permitía a los griegos mantenerse en la práctica de su tradición, por cuanto recurrían a consignar en la escritura que el precio se había pagado; los cambios que acarrea esta innovación y las consecuencias del nuevo sistema que

admite las dos formas de compraventa, consensual y escrita, pueden advertirse al comparar las Instituciones de Gayo 2,20, con el pasaje correspondiente de Instituta de Justiniano 2,1,41.

El trabajo está dividido en dos partes: La primera dedicada a la Permuta y la segunda a la Compraventa. El capítulo sobre la permuta puede a primera vista parecer innecesario, pero se explica por el interés que presenta para el argumento de la Memoria, la sostenida discusión doctrinaria entre sabinianos y proculeyanos respecto de la naturaleza de este negocio. La teoría sabiniana, según la cual, con la expresión *emere* se ha de entender no un negocio específico, sino un género que comprende varias especies-entre las cuales están la *mancipatio*, la compraventa consensual o *bona fidei* y la propia permuta-, se encuentra expuesta cuidadosamente.

El Capítulo Segundo, dedicado a la Compraventa *bonae fidei* romana, configura la parte más importante y concentra su atención sobre todo en el problema de la falta de cumplimiento por parte del comprador; es decir, el análisis de las situaciones que genera el no pago del precio. Fundamental para la comprensión del problema y del análisis de las soluciones que nos transmiten los textos, es el relativo a la *lex commissoria*, que los sabinianos entendieron como una condición del consentimiento, frente a la, por fin prevaleciente teoría proculeyana que la veía como un disentimiento condicionado al no pago, y sobre semejante base, se emprende el análisis de algunos textos como D.41,4,2,3 y 18,3,5.

Una parte interesante de este trabajo es la que relaciona la práctica griega de la compraventa real con los documentos bancarios que consignaban la obligación de devolver un mutuo, y que en teoría contenían el acta de una estipulación suscrita por el promitente la cual conservaba en su poder el prestamista estipulante (*cautiones*): semejante práctica ha sido muy bien descrita por Pringsheim, y consistía fundamentalmente en establecer la obligación de pago del precio a través de una *cautio* por la que el comprador-mutuario reconocía deber dinero recibido de un préstamo que, en realidad, jamás se había perfeccionado. Esta situación guarda un vínculo evidente con el problema que Caracalla pretendió resolver a través de la *querela* y de la *exceptio non numeratae pecuniae*, surgido -creemos- a propósito de los créditos bancarios, en aquellos casos que, pretendiendo el *argentarius* que el cliente quedaba obligado *re et verbis*, esto es, por el mutuo y la previa -y por tanto no novatoria- estipulación, resultaba que después no procedía a la *numeratio* del dinero, dejando así carente de causa a la estipulación. El presente trabajo describe el nexo entre tales recursos antoninianos y aquella práctica del mutuo simulado que antes mencionábamos. El problema del origen y ámbito de la *querela* y la *exceptio non numeratae pecuniae* no ha sido hasta ahora convenientemente resuelto, y el *status quaestionis* mostrado no hace más que reforzar esta apreciación.

Como dijimos al comienzo, nos proponemos evidenciar la amalgama de tradiciones relativas a la compraventa presente en el *Corpus Iuris*, tomando como eje central el problema del no pago del precio.

Adelantándonos un poco, optamos por preguntarnos aquí, y desde ya, por la utilidad de este esfuerzo desde el punto de vista actual. ¿Qué importancia tendría a la luz del Derecho Civil Chileno, por ejemplo?.

A nuestro juicio, puede haber un aporte histórico del Derecho Romano a problemas puntuales.

Baste señalar la conocida cruz que presenta nuestro Código Civil como resultado de la contradicción entre los artículos 680 inciso 2º y 1874, referidos ambos específicamente a la compraventa. Como es bien sabido, el primero de los preceptos da pleno efecto a la cláusula por la que el vendedor se reserva el dominio de la cosa vendida hasta el día del pago; en cambio el artículo 1874 le atribuye a dicho pacto efectos puramente personales, como los derivados de la demanda alternativa a que da lugar la condición resolutoria tácita.

Desde la entrada en vigencia del Código Civil Chileno, la jurisprudencia ha actuado de manera errática frente a este problema, favoreciendo unas veces a uno de estos preceptos y otras al otro. En lo que respecta a la Doctrina, las soluciones dadas por la doctrina nacional no siempre son consistentes o completas.

Quizás la explicación pueda hallarse en el propio esquema que para la compraventa desarrolla el *Corpus Iuris*: Aventurándonos podríamos sugerir -y sólo eso-, que los problemas sobre este punto en el Código Civil Chileno tienen su origen en Justiniano y reflejan claramente cómo han llegado hasta nosotros las dos corrientes de la compraventa confundidas al final del Derecho Romano.¹ De alguna manera, los códigos Modernos como el nuestro, han caído en la tentación de tomar normas del Derecho Romano, cualquiera que sean las razones o las fuentes inmediatas de inspiración, sin tomar las precauciones necesarias para no caer en errores dogmáticos e inconsistencias. Un estudio profundo del tema desde la civilística, abordando entre muchas otras cosas, las fuentes del derecho patrio y la doctrina nacional, podría tomar como buen punto de partida este trabajo, dándole al problema una nueva perspectiva.

¹ Para quienes sostengan que el artículo 1874 debe primar, diremos que se están conduciendo por los principios romanos de la compraventa consensual, de alguna forma revividos por la doctrina francesa, y para quienes se inclinen por la validez del artículo 680 inciso 2º, deben tener presente que su origen se encuentra en el Derecho Griego, donde la compraventa era un contrato real y, más que un contrato, un modo de adquirir.

PRIMERA PARTE. COMPRAVENTA Y PERMUTA.

I.-Su origen y relación según las fuentes.

Al intentar aproximarnos al origen de la compraventa ineludiblemente encontramos, en las fuentes romanas a las que nos es posible acceder, la mención de esta institución jurídica confundida, entremezclada con la permuta.

No nos resulta difícil entender la relación compraventa-permuta que se presenta en los orígenes del Derecho Romano, dada la gran similitud que, desde un punto de vista económico existe entre ellas. Ambas cosas constituyen, externamente, un intercambio; mientras la compraventa tiene como fin que una parte reciba de la otra una suma de dinero a cambio de la entrega de una determinada cosa, la permuta persigue como fin que ambas partes reciban, recíprocamente de la otra, una determinada cosa.

La similitud económica entre permuta y compraventa no se produce, sin embargo, en el ámbito jurídico; cuestión que provocó en Roma la discusión de las célebres escuelas Sabiniana y Proculyana², y que será para nuestro trabajo un elemento importantísimo a la hora de trazar y delimitar el camino que la compraventa recorrió, como estructura jurídica claramente definida, desde su aparición dentro del Derecho romano.

Cronológicamente, la primera fuente a la que recurriremos se encuentra en Gayo³ (Inst. 3, 141)⁴, la que indica en su primera parte, que ahora transcribimos, lo siguiente:

“ Además, el precio debe consistir en dinero constante. Mucho se ha discutido si el precio puede consistir en otras cosas, como si, por ejemplo, un esclavo, una toga o un fundo pueden ser precio de otra cosa. Nuestros maestros estiman que él puede consistir también en otra cosa, de donde resulta aquello que se cree vulgarmente que mediante la permuta de cosas se contrae compraventa, y que esta especie de compraventa sería la más antigua; y como argumento utilizan al poeta griego Hornero, que dice así en algún lugar: ‘Y allí los aqueos de larga cabellera compraron vino, unos por cobre, otros por brillante acero, otros por pieles, otros por los mismos bueyes, otros por esclavos,’ y lo restante. Los autores de la escuela contraria disienten y piensan que una cosa es la permuta de cosas y otra distinta la compraventa; de lo contrario no se podría explicar,

² Estas escuelas corresponden a dos corrientes jurisprudenciales, que se ubican cronológicamente en torno al comienzo del principado (31 a. C.) y el período del emperador Adriano (117 a 138 d.C.). La calidad y creatividad de los juristas de estas dos escuelas logró que al siglo I d.C. se le denominase “el siglo de oro” de la jurisprudencia romana. Ambas escuelas no eran escuelas de enseñanza, sino agrupaciones de juristas ya formados y de otros que, en la comunión de escuela, se formaban en el arte jurídico en torno al cultivo de ciertas opiniones enseñadas. Las escuelas Proculeyana y Sabiniana son fundadas por Labeón y Capitón, respectivamente; sin embargo, ambas se conocen con el nombre de sus discípulos: Próculo y Sabino o Cassio (de ahí que a la escuela Sabiniana se le nombre también Casiana). Como jurista, sólo Labeón (contemporáneo de Augusto) tiene relevancia; Capitón parece haber sido un gran erudito pero de poca creatividad, por lo que casi nunca es citado por las fuentes. En la escuela proculeyana se debe mencionar a Nerva (abuelo del emperador homónimo), quien seguramente fue el jefe de esta escuela antes de Próculo (cuyos antecedentes personales, incluso su apellido, se desconocen). Sabino fue un jurista de origen humilde que sobrevivía gracias a la ayuda de sus discípulos- y sólo alcanzó el censo de los caballeros aproximadamente a los cincuenta años. Cassio, en cambio, tenía un origen ilustre y gozó de una gran influencia política (descendía del asesino de César y, por la familia materna, del gran jurista republicano Servio Sulpicio Rufo). Excepto el caso de Gayo, quien adhería a la escuela sabiniana. Salvio Juliano, pese a pertenecer también a esta escuela, parece ser quien supera las controversias, de modo que después de él, estas escuelas se disolvieron. Hasta el día de hoy no se ha descubierto el criterio general que separaba a sabinianos y proculeyanos; tal vez, sólo se trató de opiniones típicas acotadas que se transmitían de maestro a discípulo. Sobre el tema: Samper, Francisco: Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1982. Valparaíso, segunda ed., pág. 28 y ss.; Guzmán, Alejandro: Derecho Privado Romano, Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1996. tomo I. pág. 36 y ss.; Kunkel, Wolfgang: Historia del Derecho Romano, trad. Juan Miquel, Edit. Ariel. Barcelona. 1991, 9ª ed., 2ª reimp., pág. 122 y ss.; Iglesias, Juan: Derecho Romano. Historia e Instituciones. Edit. Ariel. Barcelona. 1994. 11ª ed., la reimp., pág. 57.

³ Los autores en su mayoría aceptan que Gayo vivió en el siglo II d.C.. Por otra parte, es posible que sus Instituciones daten de una fecha en torno al año 161 de nuestra era. Para mayor información ver: Di Pietro, Alfredo: Gayo. Institutas. (Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993, 4ª ed.). pág. 18-20. Se cree que se trata de un profesor de derecho de oriente, pero su enigmática figura es fuente de amplio debate; algunos creen que se trata de una mujer e incluso, podría tratarse del gran jurista clásico Sexto Pomponio, cuyo nombre se habría cambiado por “Gayo” al circular sus obras por oriente. Para esto ver: Pugsley, David: Gaius or Sextus Pomponius. Revue Internationale Des Droits De L’Antiquité, 3 Serie. Tome XLI, 1994. págs. 353 y ss.

⁴ Texto y traducción (de este y todas las posteriores citas de las Instituciones de Gayo), tomada de: Hernández-Tejero, Francisco (coordinador general y prólogo); Arias Bonet, Juan Antonio (a cargo del comentario primero); Iglesias-Redondo, Juan (a cargo del comentario segundo); Abellán Velasco, Manuel (a cargo del comentario tercero); y Roset Esteve, Jaime (a cargo del comentario cuarto): Gayo. Instituciones. Edit. Civitas. Madrid, 1990, reimp.

efectuada la permuta, qué cosa se considera vendida y cuál entregada a título de precio, ya que parece absurdo que una y otra cosa aparezcan como vendidas y una y otra entregadas a título de precio.”⁵

Ενθεν αρ οιριζοντο παρητισμωρτες Αχαιοι,
 Αλλσι μεν παλτω, αλλσι δ' αιθωνι οιδηρω,
 Αλλσι δε ριοις, αλλσι δ' αντοιιοι βοεσσιν,
 Αλλσι δ' ανδραποδεσσι.

En este fragmento queda claro que a juicio de Gayo el precio debe consistir en dinero. Sin embargo, da cuenta de la disputa que al respecto dividió a las escuelas Sabiniana y Proculyana, siendo la permuta, para los adherentes a la primera, una especie de compraventa y, para quienes pertenecían a la segunda, dos cosas distintas, debiendo siempre el precio en la compraventa consistir en dinero. No se debe olvidar que Gayo, pese identificarse con los sabinianos (lo cual se aprecia en este fragmento al referirse a ellos como "nuestros maestros"- "nostri praeceptores", abandona a este respecto la opinión de esta escuela para adherir a la de los proculyanos, circunstancia de la cual tal vez podamos inferir que la posición de esta última escuela gozaba de un amplio respaldo.

Aceptando la opinión de otros autores ⁶, el término "vetustissimam" ("antiquísima" o, como en la traducción transcrita, "la más antigua") utilizado por Gayo para referirse a la permuta, denota, desde ya, la enorme antigüedad de ella; todo esto sumado a la antigüedad del testimonio de Homero ⁷, a quien se le suele ubicar en torno al año 700 a. C.

Por otra parte, este pasaje deja en evidencia que desde muy pretéritos tiempos permuta y compraventa se confundían dada su similar finalidad económica y que, a comienzos de la etapa alto-clásica del Derecho romano (siglo I d.C.), no estaba aún bien establecida la naturaleza de la compraventa. No deja de ser curioso, sin embargo, la

⁵ "Item pretium in numerata pecunia consistere debet;... in ceteris rebus an pretium esse possit, ueluti homo aut toga aut fundus alterius rei (pretium,) ualde quaeritur. Nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium. Vnde illud est quod uulgo putant per permutationem rerum emptionem et uenditionem contrahi, eamque speciem emptionis uenditionisque uetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero qui aliqua parte sic ait:

et reliqua. Diuersae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et uenditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae uideatur res uenisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem uideri et uenisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum uideri."

⁶ De La Rosa Díaz. Pelayo: La Permuta (Desde Roma al Derecho español actual). Edit. Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 23 y ss.

⁷ Los versos corresponden a la Iliada 7, 472-475.

autoridad que la escuela sabiniana otorga a los versos de Homero, los que ciertamente no están escritos desde una perspectiva jurídica, sino literaria.⁸

Por otro lado, Justiniano en sus Institutas 3,23,2, señala lo siguiente:

*“ Los autores de la escuela opuesta eran de opinión contraria, y juzgaban que una cosa era el cambio y otra la venta; pues si no, no se podría distinguir en el cambio cuál sería la cosa vendida, y cuál la dada en precio: porque considerar cada una de ellas como si a un tiempo fuesen cosa vendida y el precio es lo que la razón no podría admitir. Esta opinión de Próculo, que juzgaba que el cambio es un contrato particular, distinto de la venta, ha prevalecido con razón, fundada en otros versos de Homero y en más sólidas razones. Admitida ya por nuestros divinos predecesores, se haya más ampliamente explicada en nuestro Digesto”.*⁹

El fragmento recién citado nos presenta una estructura que, en la práctica, es idéntica a la del fragmento de las Instituciones de Gayo antes transcrito; mas, ahora, se nos presenta la vieja discusión doctrinaria como absolutamente superada en favor de los proculianos¹⁰, pese a la antigüedad que los sabinianos atribuyen a su teoría¹¹.

A pesar de los categóricos términos en que este fragmento pone fin a la discusión en su parte final, debemos detenernos en este punto para no alejarnos del contenido completo de las fuentes.

Gayo en sus Instituciones, en el ya parcialmente referido comentario 3, número 141, a diferencia de Justiniano, pone fin a su exposición sobre este asunto recogiendo una opinión de Celio Sabino, que no se encuentra en ninguna otra fuente y que ahora es menester citar, completando nuestra transcripción del número 141 de la obra gayana:

*“ Pero Celio Sabino dice que si teniendo tú una cosa en venta, por ejemplo, un fundo, yo la hubiera aceptado y hubiera entregado a título de precio, por ejemplo, un esclavo y yo hubiera recibido de ti este fundo, parece que se ha vendido el fundo y que el esclavo, en cambio, ha sido dado a título de precio para que el fundo fuera entregado”.*¹²

Despreocupándonos del problema de los posibles glosemas insertos en todo este

⁸ Bauman. R. A.: The Interface of Greek and Roman Law.Contract, Delic and Crime, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Serie, Tome XLII1, 1996, pág. 49.

⁹ *“Diversae scholae autores contra sentiebant, aliudque esse existimabant, permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem: alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse; nam utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse, rationem non pati, sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito praevaluit; cum et ipsa aliis Homericis versibus adjuvatur, et validioribus rationibus argumentatur. Quod et anteriores divi principes admiserunt, et in nostris Digestis latius significatur »*. (Texto y traducción al español a partir de la versión en francés de : Ortolan, M. : Instituciones de Justiniano, Edit. Heliasta. Buenos Aires. 1976. De ahora en adelante, todas las citas de las instituciones de Justiniano serán tomadas de esta obra.)

¹⁰ Nótese que donde Gayo decía "nuestros maestros" (nostri praeceptores), ahora dice "Sabino y Casio". Lo mismo se apreciará en el Digesto.

¹¹ Smith, T.B.: Exchange or Sale?, Tulane Law Review, vol. 48, no 4, 1974, pág. 1029.

texto, por no variar su sentido (al menos para los fines de este estudio), resulta curioso constatar que las Instituciones de Justiniano, que evidentemente han tomado como base en esta parte las Institutas de Gayo, omitan este argumento de Celio Sabino (cerrando, en cambio, abruptamente la discusión en favor de los proculeyanos), el que, al menos a priori, parece tener bastante fuerza, no por la persona de su autor (quien no goza de mayor relevancia), sino por la época en que éste vivió (se sabe que fue cónsul el año 69 d.C.), en relación con una constitución del emperador Gordiano del año 238 d.C.¹³, con la que existe una plena conexión doctrinaria, en circunstancias que entre una y otra media toda la creación jurídica del período clásico del Derecho romano.¹⁴

Sin, por ahora, profundizar más en este interesante punto, prestemos atención a las “más amplias explicaciones” que las Institutas justinianeas, como veíamos, informan que se encuentran plasmadas en el Digesto.

El fragmento que a continuación transcribimos pertenece a Paulo¹⁵ (33 ad ed.) y se encuentra ubicado en Digesto¹⁶ 18,1,1, donde, efectivamente, encontramos nuevos argumentos en favor de la tesis proculeyana pero, sin embargo, la exposición de la tesis sabiniana es casi una mera repetición de lo señalado en las Institutas de Justiniano, lo que parece confirmar su fracaso, como veremos a continuación:

“ El origen de la compra y venta está en las permutas, porque antiguamente no existía el dinero, ni se denominaba a una cosa mercancía y a la otra precio, sino que cada uno permutaba las cosas inútiles por otras útiles según las necesidades de los tiempos, porque acontece frecuentemente que le sobra a uno lo que a otro le falta. Pero

¹² “*Sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi uenalem habenti, ueluti fundum, [acceperim et] pretii nomine hominem forte dederim (eumque fundum a te acceperim), fundum quidem uideri uenisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.*” (Arangio-Ruiz. Vincenzo : La Compravendita in Diritto Romano, vol. I. Edit. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1961, reimp. de 2a ed., pág. 7, nota 1 : Señala que las palabras *acceperim et.* no pudieron estar de esta forma en el texto, siguiendo en esto a Mommsen (en una nota a la edición de Krueger), además de Beseler, “TSchr. v. Rechtsgesch.” 28.1928. 28. y a Solazzi. “St. & docum.” 1.1935.260. Agrega que se podría pensar que Gayo escribió *accesscrim*, y que por error de un copista el texto en lo sucesivo señalara *acciperetur*. Considera, por último, más improbable el glosema de la frase final : *ut... acciperetur*, que suponen Beseler y Solazzi

¹³ Código de Justiniano 4, 64, 1.

¹⁴ En este sentido: Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano. Edit. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1961, reimp. de 2a ed., vol. I, pág. 7.

¹⁵ Es uno de los cuatro grandes juristas del siglo III junto a Papiniano, Ulpiano y Modestino. Discípulo de Q. Cervidio Scevola, fue asesor de Papiniano cuando éste fue prefecto pretorio, miembro del Consejo Imperial bajo Severo y Caracalla, y prefecto pretorio bajo Alejandro Severo. Ver : Iglesias. Juan : Derecho Romano, Historia e Instituciones, Edit. Ariel, Barcelona, 1994, 11ª ed., 1ª reimp, pág. 58.

¹⁶ Traducción al español, de este y todos los pasajes del Digesto: D’Ors. A.; Hemández-Tejero; F.; Fuenteseca, P.; García Garrido, M.; Burillo, J.: El Digesto de Justiniano, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1968, en tres tomos. Texto latino de este y todas las citas del Digesto, junto con el texto latino y la traducción al español de las Novelas y del Código de Justiniano tomado de: Cuerpo del Derecho Civil: Idelfonso García del Corral, Edit. Lex Nova, Valladolid, 1988.

como no siempre ni con facilidad sucedía, que teniendo tú lo que yo deseaba, tuviese yo, a mi vez, lo que a ti te interesaba recibir, se eligió una materia cuya valoración pública y perpetua evitase, mediante la igualdad de cuantía, las dificultades de las permutas. Y esta materia, marcada con un signo público, implica un uso y dominio que no se basa tanto en la entidad específica como en la cuantía; desde entonces no constituyen ambas cosas mercancías, sino que una de ellas se denomina precio. Pero se duda si hoy puede darse una venta sin monedas, como cuando doy una toga para recibir una túnica. Sabino y Casio opinan que hay una compraventa en este caso; Nerva y Próculo lo consideran permuta y no compra. Sabino se sirve del testimonio de Homero, que habla de la compra de vino por el ejército griego a cambio de bronce, hierro y hombres, en aquellos conocidos versos (Ilíada 7, 472): ‘El cabelludo Aqueo compró allí vino: unos por bronce o por brillante hierro, otros por cueros o por los bueyes mismos, otros, en fin, dieron en cambio sus siervos.’ Pero estos versos parecen referirse a una permuta y no a una compra, como en aquellos otros (Ilíada 6, 234): ‘El Crónida Zeus a Glauco enajenó, que con Diomedes Tydeida armas trocó’. Más bien en favor de esta opinión se diría lo que en otra parte dice el mismo poeta (Odisea 1, 430): ‘Comprado había con sus propios bienes.’ Pero es más verdadera la opinión de Nerva y Próculo, porque, así como una cosa es vender y otra comprar, uno el comprador y otro el vendedor, así también, una cosa es el precio y otra la mercancía. Y en la permuta no puede distinguirse cuál es el comprador y cuál el vendedor. La compra es de derecho de gentes y por ello se realiza mediante el consentimiento y puede contratarse entre ausentes, por mensajero o por carta.”¹⁷

Ἐνθευ ἀρ οὐρίζοντο παρηρισμωρτες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἰθωνί οἰδηρῷ,
Ἄλλοι δὲ ρίσι, ἄλλοι δ' ἀντοιοὶ βοεσσῷ,
Ἄλλοι δ' ἀνδραποδεσσι.

¹⁷ “Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat numus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterium pretium vocatur. Sed an sine numis venditio dici hodie quae possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam accipere. Sabinus et Cassius esse emtionem et venditionem putant; Nerva et Proculus permutationem, non emtionem hoc esse. Sabinus Homero teste utitur, qui exercitum Graecorum aere, ferro hominibusque vinum refert illis versibus:

Sed hi versus permutationem significare videntur, non emtionem sicut illi: (en griego) **Hinc rursus Glauco Saturnius mentes exemit Iupiter, qui cum Tydide Diomede arma permutavit. Magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod alias idem poeta dicit:** (en griego): **Emerat ex bonis suis.** Sed verior est Nervae et Proculi sententia, nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit. Est autem emtio iuris gentium, et ideo consensu peragitur; et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras.

De la lectura de estos tres pasajes transcritos podemos concluir lo siguiente:

a.- La información que nos brindan estas fuentes está enfocada desde una perspectiva más económica que jurídica. Ella se centra en lo que se intercambia más que en las relaciones jurídicas que se crean entre las partes. Únicamente en la distinción jurídica de las partes como comprador y vendedor sería posible apreciar si existe alguna diferencia entre éstos y las partes permutantes. Sólo de esta forma podremos, en primer lugar, saber si existe una diferencia real (como sostenían los proculeyanos), o meramente nominal (como sostenían los sabinianos), entre compraventa y permuta.

b.- El Digesto revela que compraventa y permuta en tiempos arcaicos estaban confundidos, al menos, hasta la aparición de la moneda, pues el precio en dinero aparece, tal como lo es actualmente, como la condición esencial para la existencia de la compraventa.

c.- La confusión de ambas instituciones de seguro enfrentará a casos límite como el planteado por Celio Sabino en las Instituciones de Gayo, los cuales, de encontrar diferencias reales entre compraventa y permuta, debieran solucionarse.

Dicho esto, nos abocaremos al estudio somero de la permuta para poder distinguirla, posteriormente, de la compraventa; por último, estaremos en buen pie para reconstruir la evolución de la compraventa a través de la historia del Derecho romano.

II.-La Permuta en Roma.

Tal como lo habíamos señalado, la permuta, el intercambio de cosa por cosa, es un negocio antiquísimo que, sin embargo, curiosamente en Roma no tuvo acogida como una institución jurídica específica. Este negocio recién viene a ser amparado y sistematizado por el Derecho romano bizantino, gracias a la obra de Justiniano, quien negándole la absoluta independencia jurídica, lo incluye dentro de la categoría genérica de los contratos innominados¹⁸.

Durante el largo período que la permuta careció del carácter de contrato, el acuerdo entre las partes no generaba vínculo alguno y, es más, tampoco la entrega hecha por una de las partes le permitía a ésta exigir la contraprestación correspondiente, sino sólo la devolución de lo dado en virtud de lo que hoy denominaríamos principio del enriquecimiento sin causa,¹⁹ el que subyace tras las palabras de Paulo (20 Sab.)²⁰, plasmadas en el Digesto 12,5,1,1, de la siguiente manera:

*“Lo que se da para conseguir cosa honesta, se puede repetir si la cosa para conseguir la cual se dio no ha seguido.”*²¹

¹⁸ De La Rosa, La Permuta (Desde Roma al Derecho español actual), Edit. Montecorvo, Madrid, 1976. Las Institutas de Justiniano 3.23.2. hablan de la permuta como un "contrato particular", no así las Institutas de Gayo 3.141. Aunque Justiniano le atribuya en este pasaje a Próculo tal calificación, parece indudable que no pertenece a este jurista.

²⁰ Biondi. Biondo : Contratto e Stipulatio. Edit. Dott, Antonino Giuffrè, Milán, 1953, pág. 97.

La *condictio* operará, en época clásica, cada vez que se realice una dación en la cual el *accipiens* carezca de fundamento para retener lo que ha recibido. En este sentido nos habla Séneca en *De Beneficiis* 4, 36, al referirse a la reclamación del pago por error (que se realiza a través de la *condictio*), cuando dice: “No sólo retendré lo que prometí imprudentemente, sino que reclamaré lo mal dado. Loco es quien es fiel a un error.”²²

La permuta corresponde a lo que se denomina una *datio ob rem* seguida por una *datio ob causam*,²³ es decir, la primera de éstas consiste en que una parte transfiera la propiedad de algo que le pertenece a la otra utilizando el modo que sea adecuado, de acuerdo a la calidad de la cosa transferida (*mancipi, nec mancipi*), en la mira de que ésta última, a su vez, le transfiera otra cosa (o haga algo, en casos distintos de la permuta). Por el otro lado, quien ya le fue transferida la cosa, al transferirle al otro algo de su propiedad, realiza una *datio ob causam*, o sea, da en razón de un acontecimiento pasado (que en el caso de la permuta es un dar pero que en otros pudo ser un hacer).²⁴

De este raciocinio propio del Derecho romano clásico, nos informa Pomponio (27 *ad Q. Muc.*), en el Digesto 12,6,52:

“Damos algo por una causa o para conseguir otra cosa; por una causa pasada, como cuando doy porque conseguí algo de ti de suerte que, aunque la causa sea falsa no haya repetición de aquella cantidad; se da para conseguir otra cosa, con el fin de que siga algo, no correspondiendo lo cual compete la repetición.”²⁵

La *datio ob rem*, como lo precisa Alejandro Guzmán Brito²⁶, no es una *datio* condicional, sino una *datio* perfecta, pues de otra forma no habría realmente una *datio*

¹⁹ En realidad el principio del enriquecimiento sin causa es mérito de los juristas bizantinos. Para los juristas clásicos la *condictio* se basa en la falta de justificación (causa) para retener una cosa que ha sido dada. Sin considerar si aquella dación produce un enriquecimiento (*locupletatio*). Ver d'Ors, Alvaro : Los Precedentes Clásicos de la Llamada "Condictio Possessionis" , Anuario de Historia del Derecho Español, XXXI, 1961; Creditum, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXIII, 1963. Dig. 12,6,14: "Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro".

²¹ *Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est.*

²² Marlasca. Olga: Aspectos Jurídicos en la Obra de Séneca. Estudios de Deusto, vol. 43/2, Jul.-Dic. 1995, pág.131.

²³ d'Ors. Alvaro: Creditum. Anuario de Historia del Derecho Español, XXXIII, 1963, pág. 353, 354; Guzmán Brito. Alejandro : Derecho Privado Romano, tomo I. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, págs. 746-747, 750-751 y 759 a 764.

²⁴ Una *datio* es la causa del oportere (deber) y otra *datio* en sentido inverso libera de la obligatio (es una solutio). Ver d'Ors, Alvaro : Los Precedentes Clásicos de la Llamada "Condictio Possessionis". Anuario de Historia del Derecho Español, XXXI, 1961; Creditum, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXIII, 1963, pág. 632.

²⁵ *Damus aut ob causam, aut ob rem; ob causam praeteritam, veluti quum ideo do, quod aliquod a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.*

²⁶ Guzmán Brito, Alejandro : Derecho Privado Romano, tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 746.

(una transferencia de dominio) y la solución sería distinta a la que nos señalan las fuentes, pues, si no se transfiriera el dominio, la parte diligente contaría con la acción reivindicatoria, lo que no ocurre en este caso en que procede una *condictio*, es decir, una acción personal mediante la cual se consigue la restitución de lo que se ha dado cuando no se ha recibido aún lo que se esperaba. Por su parte, lo mismo ocurre con la *datio ob causam* en la cual procede la *condictio* (y no la acción reivindicatoria) cuando el acontecimiento pasado en la mira del cual se efectuó esta *datio*, es falso o inexistente.

Un texto fundamental para la comprensión de la permuta del Derecho clásico es el que nos proporciona Digesto 12,4,16, en el que Celso ²⁷ (3 *dig.*), a través de un caso límite con la compraventa, nos ilustra sobre la naturaleza de la permuta y la neta distinción entre ambas:

*“Te di una cantidad para que me dieras el esclavo Estico. ¿Es este contrato en parte una especie de compraventa o no hay aquí más obligación que la que surge de la dación para conseguir otra cosa que no se ha cumplido? Me inclino a esto último. En consecuencia, si Estico murió, puedo repetir, porque yo te di para que tú me dieras el esclavo Estico. Supongamos que Estico es de otro pero que tú no obstante lo hubieras entregado: podré repetir la cantidad porque no hiciste propietario de él al que lo recibió; o también: si Estico es tuyo y no quieres garantizar de su evicción, no quedarás liberado de que pueda yo repetir de ti la cantidad dada.”*²⁸

De este fragmento del Digesto (que, por su riqueza, revisaremos en varias oportunidades) se desprende que la permuta es el conjunto de dos daciones recíprocas. Vale decir, la inmediata transferencia de la propiedad de cosas pertenecientes a las dos partes que participan ²⁹; poco importa si lo que una de las partes da es dinero, lo medular es que la otra parte "da" (transfiere la propiedad) y no "entrega" (como sucede en la compraventa) la cosa permutada. De allí observaremos consecuencias como las que nos indica Pedio ³⁰ a través de un texto de Paulo (32 ad ed.) que se encuentra en Digesto 19,4,1,3, y que Celso ya nos ha adelantado, de alguna forma, en la parte final del texto recién transcrito:

*“Y por ello dice Pedio que el que da una cosa ajena no contrae permuta alguna.”*³¹

²⁷ Quien vivió a mediados del siglo II de nuestra era. Iglesias, Juan : Derecho Romano, Historia e Instituciones. Edit. Ariel, Barcelona, 1994, 11ª ed., 1ª reimp., pág. 57.

²⁸ *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo, si mortuum est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge, alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse; repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris; et rursus si tuus est Stichus, et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quominus a te pecuniam repetere possim.*

²⁹ Smith, T.B.: Exchange or Sale?. Tulane Law Review, vol. 48, nº 4, 1974, pág. 1030.

³⁰ Siglo II d.C.

³¹ *Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.*

Esta conclusión es lógica si se piensa que no podemos transferir el dominio de aquello que no nos pertenece, según las conocidas palabras de Ulpiano (46 ed.): “Nadie puede transferir a otro más derecho que del que él tiene.”³²

Por lo mismo, vemos lo que ocurre en estos dos casos:

“Si alguien te hubiese entregado una cosa <con dolo por tu parte> y existiese todavía después de tu muerte, se demandará a tu heredero, pero si no existiese, no. Contra el heredero se dará la acción a perpetuidad, porque no debe lucrarse del daño ajeno. De lo que se desprende que también contra el mismo autor del dolo se ha de dar a perpetuidad una acción por el hecho en cuanto se hubiese enriquecido.”³³

“Puesto que dices, que entre tú y el que indicaste que se unió en contubernio a tu esclava se pactó que en lugar de ella te daría un esclavo, ten entendido, que si la manumitiste, o se la entregaste y él la manumitió, no tienes facultad para revocar la libertad, sino que únicamente debes pretender, si aún no hubiere transcurrido el plazo establecido, y quebrantase la fe de lo pactado, que se te conceda la acción de dolo”.³⁴

Efectivamente, en estos casos existe una permuta (pues el entregar en el texto creemos que se debe sustituir por mancipar) en que las fuentes, ante una actitud dolosa de la parte incumplidora, otorgan expresamente la acción de dolo.

Otro texto en que nos apoyamos pertenece a Paulo (V *questionum*), el cual aparece en Digesto 19,5,5,2 :

“Pero si te di un esclavo para que manumitieses uno tuyo, y lo manumitiste, y el que yo te di fue objeto de evicción, escribe Juliano que si te lo di a sabiendas, se ha de dar contra mí la acción de dolo; si te lo di sin saber que no era mío, se dará la acción civil † por el hecho.”³⁵

El caso tratado aquí corresponde más bien a lo que de acuerdo a la denominación justinianeana constituye un *do ut facias*. En este caso la acción se desprende del hecho que, producida la evicción³⁶ no existió dación del esclavo, pues, en realidad no hubo

³² Dig. 50,17,54.

³³ *Itaque si accepto lata sit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur. Ai si res tibi tradita sit, siquidem mortuo te ea res extitit, agetur cum herede tuo, si minus, non agetur. Sed utique in heredem perpetuo dabitur, quia non debet lucran ex alieno damno. Cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolo commiserit, in id, quod locupletitur esse, perpetuo danda sit in factum actio* Dig. 4, 3,28.

³⁴ *Quum proponas, inter te et eum, quem in contubernio ancillan tuam sibi coniuxisse memorasti, placuisse, ut tibi pro eadem daret mancipium, intelligis, quod, si manumisisti, vel ei iradidisti et ille manumisit, revocandae liberlatis potestatem non habes, sed solum, si necdum statutum tempus excesserit, et fidem placiti rumpat, desiderare debes, de dolo tibi decerni actionem.* Código 2,21,4.

³⁵ *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is, quem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandem actionem Iulianus scribit, si ignorans, infactum civilem.* † “Civil” esta interpolado. Para nosotros en este pasaje se debe leer sólo acción por el hecho (*actio in factum*).

³⁶ Mejor que hablar de evicción sería hablar de reivindicación. Este texto está interpolado y lo trataremos más adelante al hablar de la evicción en la permuta.

transferencia del dominio, por lo que una de las partes manumitió a un esclavo (*facere*) en la mira de que la contraparte le había dado otro, cosa que en realidad no ocurrió. Como un *facere* no se puede restituir no procede la *condictio*, pero sí la *actio doli* o *in factum* donde se estimará el valor del *facere*, de acuerdo al interés del demandante, para efectuar una restitución equivalente en dinero.

Este texto sirve de base para los autores que consideran que la *actio doli* procede en los casos de *factio ut des*, mas no en la permuta, es decir en los *do ut des*³⁷. Sin embargo, a nosotros nos basta con apoyamos en los otros textos traídos a colación a propósito de esta cuestión, los que claramente no presentan inconvenientes para la aplicación de la *actio doli* en casos en que la prestación corresponde a un *dare*; además de la clara conexión existente entre todos los casos que Justiniano sistematizaría en la categoría de los contratos innominados, por lo que en este aspecto los fundamentos de la *actio doli* parecen polivalentes; y, sobre todo, resulta suficiente explicación el que no se aprecia ninguna razón para que lógicamente el pretor no concediera, previo estudio del caso concreto (*causa cognita*), la *actio doli* en la permuta, al igual que en cualquier otro caso en que, a través del engaño, alguien se beneficie injustamente y la víctima carezca de alguna otra acción. Además de la acción *in factum* para los casos en que no exista dolo³⁸.

Por último, es muy posible (y sólo esto nos atrevemos a decir), que por la vía de la *in integrum restitutio ob dolum*³⁹, también se pudiera revocar la permuta ya perfeccionada, aunque la clasicidad de este medio procesal en particular es fuente de amplia discusión en la doctrina romanística⁴⁰. Los demás supuestos de la *in integrum restitutio (ob metum*⁴¹ - a causa de fuerza-, *ob aetatem*⁴² -a causa de ser menor de veinticinco años-, *ob capitis deminutionem*⁴³ -a causa de pérdida de la personalidad jurídica-, *ob errorem*⁴⁴ - a causa de error cuando se contrata o gestiona con un falso tutor-, *ob aliam iustam causa*⁴⁵

³⁷ Iglesias, Juan : Derecho Romano, historia e instituciones. (Edit. Ariel, Barcelona, 1994, reimp. 11ª ed.), pag.401.

³⁸ Dig. 19.5.5.2, presenta claramente la forma en que proceden la *actio doli* y la *actio in factum*.

³⁹ Fabbrini, Fabrizio : Per la Storia della "Restitutio in Intcgrum". Labeo, 13 (1967)2. Punti di Vista, pags. 200 y ss.

⁴⁰ Al menos existen ciertas bases para sostenerlo. Ver : Buiguys Olivcr, Gabriel: La Rescisión de los Hechos y Actos Jurídicos en Derecho Romano (premisas para un estudio de la *restitutio in intcgrum*). Edit. Ediciones Nomos. Valencia. 1992. Según el autor, Lcnel (Das Edictum Perpetuum. Leipzig. 1927) y Wacke (Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum. en Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. Weimar, 88. 1971, pág. 105 y ss.), dudan que la *in integrum restitutio ob dolum* haya estado en el edicto perpetuo. Para ello se basan en un rescripto de Adriano (Dig. 42.1.33), lo cual este autor, no considera para nada un dato definitivo. A cambio cita Dig. 4.1.7 pr. y 1; 4.3.1.6 : 11.1.18 ; Pauli Sententiae 1.7.2 ; Código Teodosiano 2.15.1 ; 15,14,9 : 4.20.4 y Código 4, 44, 10. Adame Godard. Jorge : Palingenesia de los Títulos Relativos a la *Restitutio in Integrum* por Causa de Dolo, Menor Edad o Ausencia (1. 18-19A) de las Sentencias de Paulo, Revista de Estudios Histórico-jurídicos, 10. 1985-págs. 13 y ss.

⁴² Dig. 4,4,1.

⁴³ Dig. 4,5,2,1 : 4,5,7,2 ; Inst. de Gayo 3,84 ; 4,38.

-a causa de otra justa causa-) fueron adecuados para que el pretor concediera acciones que permitieran rescindir una permuta ya perfeccionada cuando ésta generara una situación inicua.⁴⁶

En el caso de *in integrum restitutio* en la *actio redhibitoria*, junto a la opinión mayoritaria, creemos que no existe más relación entre ellas que sus análogos efectos rescisorios⁴⁷. Sin embargo, la referencia a ella que hacen las fuentes no debe verse como inútil, no se puede olvidar que la *actio redhibitoria* operaba en los casos de compraventas y permutas de esclavos y, más tarde, bestias mancipables que operaban en el mercado, por lo que en los demás casos debe haber operado la *in integrum restitutio* para solucionar los casos que en opinión del pretor crearan una situación injusta.

III.-Distinción entre permuta y compraventa clásica.

Ya antes habíamos adelantado un texto perteneciente a Celso (3 dig.), para explicar las

⁴¹ Dig. 4.2.1; 4,2,3 .Séneca : De Controv, (exc) 4.8 ;Cicerón : in Verr., II,2,25,62 y 26,63. La doctrina ha establecido que la *in integrum restitutio* surgió después de la *actio quod metus causa*, aproximadamente el siglo I antes de Cristo. En Dig. 4,2,1, se señala que antiguamente el edicto concedía la *in integrum restitutio* cuando había mediado "violencia o intimidación", pero que el Pretor señalaba actualmente (en tiempos de Ulpiano): "No consideraré válido lo que se haya hecho por intimidación"; explica, más abajo, que la supresión de la violencia se debe a que ella está comprendida dentro de la intimidación porque "lo que se hace por violencia irresistible parece que se hace también por intimidación". En opinión de Alvaro d'Ors, Juliano, en el Edicto Perpetuo (130 d.C.), suprimió la referencia a la violencia por una razón más amplia, es decir, para que la acción procediera en casos en que pese a haber intimidación, no hay una coacción especial. Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid, 51, 1981, pág 236, citado en: Buigues Oliver, Gabriel: La Rescisión de los Hechos y Actos Jurídicos en Derecho Romano (premisas para un estudio de la *restitutio in integrum*). (Edit. Ediciones Nomos, Valencia, 1992).

⁴⁴ A pesar de lo que se señala en Dig. 4,1,2, el edicto reseñaba la *in integrum restitutio* para los supuestos en que éste se produjera por la intervención de un falso tutor (Dig. 27.6.1). Ver : Buigues Oliver. Gabriel : La Rescisión de los Hechos y Actos Jurídicos en Derecho Romano (premisas para un estudio de la *restitutio in integrum*). (Edit. Ediciones Nomos, Valencia, 1992).

⁴⁵ Dig. 4,6,11 : 43,19,1,9 ; 39,2,15,22. En virtud de una cláusula generalis, se facultó al pretor para que concediese la *in integrum restitutio* en todos los supuestos en que el Edicto no la concediera expresamente, y que él considerara que había una justa causa para otorgarla.

⁴⁶ Deliberadamente dejamos fuera los supuestos de *in integrum restitutio ob absentiam*, *ob fraudem*, *de lite restituenda*, *alienatione iudicii mutandi causa*, según el *senadoconsulto Vcleyano* y *Macedoniano*. penal, en beneficio de la res pública, etc.. porque aunque tal vez en alguno de ellos se puedan construir casos que se originaran a partir de una permuta, no tienen relación directa con ella.

⁴⁷ Dig. 21,1,23,7: "Dice Juliano que el juicio de la acción redhibitoria debe en cierto modo restituir íntegramente a uno y a otro, es decir, al vendedor y al comprador". En ningún caso Juliano dice que sean lo mismo : "quammodo" (en cierto modo), da la clara idea de analogía y no de equiparación. Ver: Buigues Oliver, Gabriel : La Rescisión de los Hechos y Actos Jurídicos en Derecho Romano (premisas para un estudio de la *restitutio in integrum*). (Edit. Ediciones Nomos, Valencia, 1992).

daciones que componen la permuta clásica y la *condictio ob rem dati*. Ahora centraremos nuestra atención en el contenido más rico de aquel pasaje, cual es, la diferencia entre la compraventa clásica y la permuta. Para ello es conveniente recordar el texto de Digesto 12,4,16:

*“Te di una cantidad para que me dieras el esclavo Estico. ¿Es este contrato en parte una especie de compraventa o no hay aquí más obligación que la que surge de la dación para conseguir otra cosa que no se ha cumplido?. Me inclino a esto último. En consecuencia, si Estico murió, puedo repetir, porque yo te di para que tú me dieras el esclavo Estico. Supongamos que Estico es de otro pero que tú no obstante lo hubieras entregado: podré repetir la cantidad porque no hiciste propietario de él al que lo recibió; o también: si Estico es tuyo y no quieres garantizar de su evicción, no quedarás liberado de que pueda yo repetir de ti la cantidad dada.”*⁴⁸

Este texto ha sido criticado por la doctrina que se divide en cuanto a su autenticidad⁴⁹. Sin embargo, a nosotros nos parece que al menos en lo sustancial⁵⁰ es verdadero pues guarda absoluta coherencia con todo cuanto hemos expuesto, basándonos en las fuentes, sobre la permuta.

En efecto, este es un caso de *datio ob rem* por varias razones; la primera de ellas es que en este caso falta el consentimiento de las partes como generador de las obligaciones, más bien parece que la esperanza de recibir al esclavo Estico se funda en la dación del dinero, lo cual si bien no se dice expresamente, se desprende de la pregunta que se formula Celso “¿... o no hay aquí más obligación que la que surge de la dación para conseguir otra cosa que no se ha cumplido?”; la segunda, es que la dación del dinero es hecha para conseguir la transferencia del dominio del esclavo, y no la *vacua possessio* (libre posesión); y la tercera razón, es la identidad de las prestaciones, cosa que no ocurre en la compraventa.

La primera razón que hemos dado (la falta de *consensus*), se puede confirmar en las fuentes en Paulo (33 ed.) Digesto 18,1,1,2: “La compra es de derecho de gentes y por ello se realiza mediante el consentimiento...”; Paulo señala esto en oposición a lo que ocurre en la permuta. El mismo autor, en 32 ed., señala según nos da cuenta Digesto 19,4,1,2, que: “Asimismo, la compraventa se contrata por la nuda voluntad de los que consienten, en tanto que la permuta hace depender la obligación de la entrega de la cosa⁵¹; de otro modo, si no ha sido entregada todavía la cosa, decimos que la obligación se constituye por el simple consentimiento⁵², lo que solamente se admite respecto de aquellas obligaciones que tienen su propio nombre, como en la compraventa, arrendamiento, mandato”

La segunda razón (la dación del dinero está encaminada a la transferencia del

⁴⁸ *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo, si mortuum est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge, alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse; repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris; et rursus si tuus est Stichus, et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quominus a te pecuniam repetere possim.*

⁵⁰ Habíamos señalado que la referencia a la evicción es claramente un agregado compilatorio.

dominio del esclavo y no a obtener la *vacua possessio*), encuentra apoyo en las fuentes en un texto de Africano (8 quaest), que se encuentra en Digesto 19,1,30,1: "...el vendedor sólo está obligado a que el comprador tenga la pacífica posesión de la cosa, y no a que se haga suya..."; asimismo, Ulpiano (34 ad Sab.) en Digesto 18,1,25,1: "El que vende no tiene necesariamente que hacer el fundo de la propiedad del comprador como está obligado a hacerlo el que promete el fundo al estipulante"; otro texto, perteneciente a Pedio, según nos informa Paulo (32 ed.), que se encuentra en Digesto 19,4,1,3, deja ver a contrarius sensu e indirectamente esta misma característica: "Y por ello dice Pedio que el que da una cosa ajena no contrae permuta alguna".

Nos detenemos en este punto para analizar un texto de Labeón (5 post.), que según una parte de la doctrina⁵³ pone en jaque esta parte de nuestra argumentación, el cual se encuentra en Digesto 18,1,80,3:

*“Nadie puede considerarse que ha vendido aquello cuya propiedad no se quiso que pasase al comprador, porque esto es un arrendamiento u otro tipo de contrato.”*⁵⁴

De acuerdo a este texto se ha tratado de desvirtuar las explicaciones a Celso en Digesto 12,4,16, fundándose en él para sostener que la diferencia entre permuta y compraventa no radica en la transferencia del dominio. Sin embargo, a nuestro juicio el problema sólo es aparente.

En la permuta la transferencia del dominio es esencial, de acuerdo a esto es que, como vimos, la permuta de cosa ajena no existe, tal como decía Pedio; en la compraventa en cambio, la transferencia del dominio es eventual: habrá transferencia de dominio cuando el dueño sea quien entregue la cosa y se reúnan los demás requisitos propios de los modos de adquirir (no de la compraventa); pero esto no es más que la consecuencia de otorgar la *vacua possessio* por quien es dueño, cosa que viene a coincidir con el caso de la tradición, también estructurada en torno a la posesión. En cambio, si la venta es a *non domino* no se transferirá el dominio sino sólo la *vacua possessio* de la cosa⁵⁵ (que habilitará al comprador para adquirir la cosa por usucapión), siendo indudable que aquí existe también compraventa.

⁵¹ De acuerdo a lo que hemos venido diciendo a lo largo de nuestra explicación, es claramente perceptible la interpolación, pues aquí se da la idea de que tras la primera entrega surge una obligación al estilo de los contratos que luego son enumerados, lo cual sólo ocurrió en época justiniana cuando se concedió la *actio praescriptis verbis*. Sin embargo, el texto aún nos permite diferenciar la compraventa (consensual), de la permuta (real).

⁵² Smith, T.B.: Exchange or Sale?. *Tulane Law Review*. vol. 48. no 4. 1974. pág. 1030. 1031. El autor indica que los modernos sistemas de Derecho civil han descartado la distinción entre permuta y compraventa basada en su diferente causa: real y consensual. Ambos contratos se perfeccionan por el consentimiento, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho romano, y en la permuta (real) es esencial la recíproca transferencia del dominio de las cosas permutadas en contraste a lo que ocurre en la compraventa. Vaya esto último en apoyo, también, de nuestro segundo argumento en esta cuestión.

⁵³ Expuesta recién en una nota al pie.

⁵⁴ *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.*

Como vemos, lo que se entrega es la *vacua possessio*, cosa distinta es que, por una parte, un acuerdo expreso de no transferirse el dominio haga que el contrato degenera en otro distinto (ej. arrendamiento), pues es imposible que se cumpla con entregar la *vacua possessio* si las partes introducen la posibilidad de que el comprador sea perturbado en su posesión en cualquier momento, estableciendo que ésta en modo alguno pueda llegar a convertirse en dominio, y es esto a lo que se refiere Labeón.

En todo caso, si el dueño-vendedor no ha transferido el dominio, por ejemplo, si no ha mancipado una cosa que requiere de las formalidades del cobre y la balanza (cosa *mancipi*), el comprador no puede exigir que la transferencia se verifique de esta forma u otra que sea eficaz (*in iure cessio*), pues no se ha incumplido ninguna obligación. Sin embargo, la *bona fidei* que reviste a la compraventa implica para el vendedor la responsabilidad de que la *vacua possessio* que entregue sea lo más consistente y efectiva posible, y ¿qué otra situación más ajustada a la obligación del vendedor-dueño que proporcionarle el dominio al comprador? Pero esto no debe confundirse con lo referido a la obligación de entregar la *vacua possessio*, pues son cosas distintas⁵⁶.

Si el vendedor transfiere el dominio u ofrece estipular al respecto, refuerza el cumplimiento de su obligación de entregar la libre posesión pues evidentemente no son cosas excluyentes, pero si es el comprador quien exige la dación de la cosa, nos enfrentamos a un caso como el celsiano, y aquí deja de existir compraventa y pasa a ser permuta, pues hay *datio ob rem* y *datio ob causam*. Tratándose de cosas *nec Mancipi*, la tradición transferirá el dominio, no por el acuerdo de las partes, sino que porque al cumplir con el contrato se cumple, quiérase o no, con los requisitos de ésta.

Pensar otra cosa respecto de este texto, implicaría que la obligación del vendedor-dueño se agota en transferir el dominio, contrariando a las demás fuentes, siendo del caso que, muy por el contrario, la obligación primordial es que el vendedor entregue la libre posesión (*vacua possessio*) al comprador, cosa que impone efectos distintos, por ejemplo en materia de evicción.

De lo dicho creemos que no hay contradicción entre el texto de Labeón y nuestra distinción entre compraventa y permuta⁵⁷. La compraventa se estructura de acuerdo a la obligación de entregar la libre posesión, la que se presenta modelada dependiendo del derecho que tenga el comprador sobre la cosa (*merx*). Así parece señalarlo Ulpiano (32

⁵⁵ Digeo 18.1.28 (Ulp. 41 Sab.): "No hay duda de que puede enajenarse una cosa ajena, porque hay en ese caso compraventa, pero la cosa puede ser quitada al comprador."

⁵⁶ Esto se aprecia con claridad en Gayo 4.131a : "Del mismo modo, si, por ejemplo, ejercitamos mediante compra para que mediante mancipatio se nos entregue en propiedad un fundo, debemos haccr figurar la siguiente prescripción : EL LITIGIO VERSA SOBRE LA OBLIGACIÓN DE MANCIPAR, con el objeto de que después, si en su caso queremos que se nos entregue la libre posesión, podamos utilizar la misma acción contra el deudor. Si, por el contrario, no adoptamos esta precaución, la obligación jurídica se consume totalmente en aquella acción... de manera tal que si posteriormente queremos litigar para hacer que se nos entregue la libre posesión, estamos desprovistos de acción".

⁵⁷ Ver información sobre estas cuestiones en: Guzmán, Alejandro: Derecho Privado Romano, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1996, tomo II, pags. 138 y 139.

ed.), en Digesto 19,1,11,2⁵⁸ :

“Y, en primer lugar, debe el vendedor entregar la cosa, es decir, hacer tradición de la misma ; si el vendedor es dueño de ella, hace también dueño al comprador, y si no lo es, el vendedor de obliga tan sólo respecto a la evicción, con tal que el precio haya sido pagado o se haya dado por ello una satisfacción. El comprador está obligado a hacer del vendedor las monedas.”⁵⁹

Tal como habíamos dicho, la tradición de cosa *nec mancipi* hecha por el dueño produce la transferencia del dominio, no por la compraventa en sí misma, sino a consecuencia de que ambas instituciones están construídas en tomo a la posesión.

Gracias, fundamentalmente, a esto es que la compraventa se transforma en una *iusta causa traditionis*, es decir, por corresponder este caso a uno de los varios que calzan con los requisitos de la tradición, sin embargo, así como pueden haber otros supuestos en que la tradición de la cosa transfiera el dominio, en ciertas circunstancias pueden existir otras formas de compraventa que seguidas de una entrega de la cosa no produzcan este efecto (venta de cosa ajena), ello porque son instituciones independientes. Cosa distinta es que bajo determinadas circunstancias ambas conspiran en la transferencia del dominio de una cosa, debido a que ambas se estructuran en torno a la posesión. Dicho de otra forma, la transferencia del dominio es un efecto "de la tradición" que se causa con la colaboración de la compraventa (y de otros factores como la propiedad sobre la cosa del *tradens*), pero no es un efecto "de la compraventa" que se causa a través de la tradición. Lo que se debe reconocer es que en la compraventa celebrada por el dueño de una *res nec mancipi*, la entrega se confunde con una *datio*⁶⁰ , pues indudablemente la distinción entre dar y entregar aquí es puramente teórica.

Para cerrar la crítica de la doctrina a nuestro argumento relativo a la diferencia entre permuta y compraventa, creemos que no hay un mejor ejemplo para demostrar que esta última se estructura en torno a la obligación del vendedor de entregar la libre posesión, con independencia de que la propia entrega tome diversos rumbos de acuerdo a las condiciones que la rodeen, que la compraventa de cosa propia, que si bien es en principio nula⁶¹ , existe un caso en que vale, en cuanto ella se endereza a obtener la "posesión" por parte del "dueño", quien desea evitarse el juicio reivindicatorio. Así aparece en Digesto 18,1,34,4 y que pertenece a Paulo, (33 ed.):

⁵⁸ En el mismo sentido : Dig. 19.1.13.17.

⁵⁹ *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere; quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtoris dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem numos venditoris facere cogitur.* (La referencia al pago del precio está interpolada, pero este problema lo abordaremos cuando tratemos propiamente la compraventa.)

⁶⁰ Inst. de Gayo 2.19 y 20: "En efecto, las *res nec mancipi* se hacen de otro en plena propiedad por la simple entrega, siempre que sean corporales y por ello susceptibles de entrega" ; "Así, si yo le entregara un vestido o una cantidad de oro o de plata a causa de venta, de donación o de cualquiera otra causa, la cosa se hace tuya inmediatamente, siempre que yo sea dueño de ella.

⁶¹ Dig. 12.6.37; 18.1.16; 50.17.45.

*“La compra de cosa propia vale en tanto se conviene inicialmente que se compra la posesión que el vendedor tiene, de tal modo que pueda resultar vencedor <el comprador> en un juicio posesorio.”*⁶²

Si la obligación en la compraventa esencialmente fuera la de transferir el dominio, no se entendería el pasaje pues, el dueño está comprando lo propio; en cambio, si vemos esta obligación como consecuencial, o quizá más bien, como eventual, derivada de la obligación de entregar la posesión el texto se hace perfectamente comprensible.

Esta diversidad de obligaciones debe tener su origen en la naturaleza *iure gentium* de este contrato, pues los extranjeros no pueden adquirir por los modos del derecho civil romano (a diferencia de lo que ocurre en la permuta, en la cual para poder dar se debe ser propiamente dueño). Como la compraventa estaba abierta a los peregrinos, en circunstancias que ellos no podían detentar el dominio quirritario, la prestación debía versar sobre la entrega únicamente de la libre posesión.

Ya superada, creemos, la discrepancia de parte de la doctrina que aparentemente comprometía nuestra segunda razón para explicar la decisión de Celso (Dig. 12,4,16), continuaremos fundamentando nuestro razonamiento acerca de este texto.

La tercera razón a que aludimos para explicar la postura de Celso frente a su distinción entre permuta y compraventa, se refería a la identidad de prestaciones que se presenta en las permutas, en general, y en este caso, en particular, y que es impropia de la compraventa.

Esta razón se encuentra en textos ya transcritos tales como Digesto 18,1,1, Institutas de Justiniano 3,23,2 y en las Instituciones de Gayo 3,141, pero conviene transcribir ahora un fragmento del texto de Paulo (32 ed.), que se encuentra en Digesto 19,4,1, pr., y que repite la idea que dan los otros textos aludidos :

*“...pero como debe existir cosa y precio, la permuta no puede ser una compraventa, pues no puede determinarse cuál de ambas sea la mercancía y cuál el precio; ni tolera la razón que una misma cosa sea a la vez cosa vendida y precio de la compra.”*⁶³

En este mismo orden de ideas una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano, que aparece en Código 4,64,7, que data de entre los años 294 y 305 en la cual se señala lo que transcribimos a continuación:

*“Ya de antiguo se estableció, que no se puede hacer una compra con cosas. Así pues, como aseguras que les diste a Calimaco y a Acamato cierta cantidad de trigo, para que te entregaran el peso designado de aceite, si no prestaran cumplimiento a lo pactado sin la solemnidad de estipulación, puedes reclamar por la condición, conforme a tu deseo, no habiéndose verificado la causa, todo cuanto diste.”*⁶⁴

De las fuentes podemos deducir que la respuesta de Celso guarda plena

⁶² *Rei sua emptio tunc valet, quum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, ut in iudicio possessionis potior esset.*

⁶³ *... sed quum debeat et res, et pretium esse, non potest inveniri, quid eorum merx, et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium sit emptionis.*

concordancia con la concepción de la permuta en la cual el intercambio deja a las dos partes en idéntica situación, a diferencia de la compraventa donde ambas partes, si bien están ligadas por obligaciones recíprocas, éstas no son idénticas, pues el vendedor debe entregar la posesión y el comprador debe dar el precio.

En el caso analizado por Celso, ambas partes se obligan a dar, por lo que debe descartarse la posibilidad de que estemos en presencia de una compraventa. Quien dio los diez mil sestercios lo hizo para que se le transfiriera el dominio del esclavo; si las obligaciones son idénticas, en realidad ¿cuál es el precio y cuál es la cosa?, pues si no se pueden distinguir las obligaciones de las partes tampoco se puede distinguir su posición, ambas son idénticas.

Tal vez, este sea el punto más extraño a la mentalidad jurídica actual. Sin embargo, pese a la tentación de considerar precio la dación que consiste en dinero, por coincidir con el requisito del precio en la compraventa, lo que establece la diferencia en la posición de las partes no es simplemente este hecho sino que quien compra "da" el precio y quien vende "entrega" la posesión, es decir, sus diferentes obligaciones, como queda claro en las fuentes⁶⁵, aquí en cambio ambas partes dan y, más que eso, dan para que se dé.

Antes de concluir nuestros comentarios al ilustrativo pasaje celsiano, debemos confrontarlo con un texto que parece echar por tierra todo cuanto aquí hemos dicho sobre la distinción entre permuta y compraventa.

El texto pertenece a Paulo (5 quaest.) y se encuentra en Digesto 19,5,5.1:

*"Y así, si yo diese dinero para recibir una cosa es compraventa, pero si doy una cosa para recibir otra, puesto que no se estima procedente que la permuta de cosas sea compra, no hay duda que nace una obligación civil, no para que me devuelvas lo recibido, sino para que seas condenado a mi favor en cuanto me interesa recibir aquello en que se convino, o bien, si yo quisiera recuperar lo mío, que se reclame lo que se dio, como dación para conseguir otra cosa que no fue correspondida. Si te di unos vasos para que me dieras a Estico, éste quedará a mi riesgo y tú debes responder únicamente de culpa. Queda explicado el artículo aquel "doy para que des"."*⁶⁶

Por todas las razones que se han venido exponiendo a lo largo de nuestro trabajo, a las cuales nos remitimos, este texto corresponde absolutamente a la época de Justiniano.

Estamos aquí frente a un contrato innominado, y específicamente frente a un *do ut*

⁶⁴ *Emptionem rebus fieri non posse pridem placuit. Igitur quum frumenti certam modiationem Callimacho et Acamato te dedisse, tu tibi repraesentent olei designatum pondus, asseveres, si placitis citra stipulationis solemnitate non exhibeant fidem, quantum dedisti, causa non secuta condicere, pro desiderio tuo potes.*

⁶⁵ Ver el pasaje del Digesto ya transcrito ubicado en 19,1,11,2.

⁶⁶ *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est, sin autem rem do, ut rem accipian, quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem; in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere, vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille, do, ut des.*

des, nombre que surge en la época de este emperador como resultado de la sistematización contractual que recibieron supuestos como los de la permuta. De entre las evidencias de la falsedad de este texto, se puede mencionar que en él se dice que "no hay duda" que de aquí surja una acción para exigir el cumplimiento de la prestación correlativa, lo cual no es así; ni siquiera existió una acción *in factum* para este propósito y, si no se acepta esto, al menos sabemos que la permuta no era contrato en época clásica, por lo que es imposible que haya contado con acción civil. Como sea, en ningún caso lo anterior podría considerarse indudable.

Además, la regla del riesgo sobre la cosa (*periculum* - riesgo), corresponde también a una lógica contractual derivada del "*periculum est emptoris*" (el riesgo de la cosa es del comprador antes de la entrega), de época clásica y justiniana, la que no concuerda con las daciones que conforman la permuta, en la que más bien opera la regla "*res perit domino*" (las cosas perecen para su dueño), razón por la cual la *condictio ob rem dati* operaba incluso ante el caso fortuito, tal como lo confirma el caso expuesto por Celso que recién tratamos en que se había dado dinero por un esclavo y, al morir éste antes de ser mancipado, se concedía la *condictio*. Lo mismo podríamos decir de la referencia a la culpa.

Sin embargo, este texto nos es útil para darnos noticia del panorama que ofrecía la permuta contractualizada en tiempos de Justiniano. En efecto, se han adherido a ella criterios como los de la culpa y el *periculum*, además de la evicción, como en su momento vimos. Es decir, en este estado de cosas es comprensible que la distinción con la compraventa se centre en si el precio consiste o no en dinero, pues, ésa es la fundamental diferencia, tal como hoy en día es difícil distinguir ambos contratos salvo por el precio en dinero, sin embargo en Roma la permuta sigue siendo real (aunque no en el mismo sentido que en época clásica), y la compraventa consensual "en teoría".

SEGUNDA PARTE. LA COMPRAVENTA.

I.- La compraventa según la escuela Sabiniana y Aristón.

Creemos que en nuestro intento de delimitar, al menos conceptualmente, los orígenes de la compraventa como una forma de comprender mejor esta institución y sus mutaciones durante la historia del Derecho romano, es de mucho interés referirnos a la postura sabiniana respecto del contrato de compraventa.

Nuestro estudio puede hacer aparecer a los sabinianos como rotundos perdedores en esta cuestión (y lo fueron al menos respecto de la compra con cosas), pero alguna razón debe existir para que esta doctrina se haya opuesto con tanta fuerza como lo indican las fuentes a la doctrina vencedora sustentada por los proculeyanos, durante la parte más importante del período clásico, culminando la discusión, presumiblemente, con la estructuración del Edicto Perpetuo.⁶⁷

Un dato revelador sobre esta cuestión nos entrega Aristón a través de un texto de Pomponio (18 ad Q. Muc.) que se encuentra en un fragmento de Digesto 40,7,29,1:

⁶⁷ Tal vez por ello el sabiniano Gayo haya adherido a la escuela opuesta en sus Instituciones (escrita algunos años después de la "codificación" del Edicto)

“...; pero lo más cierto es lo que respondió Aristón a Celso, de que podía darse la cantidad al heredero ab-intestato a cuyo favor se había dictado sentencia, ya que la ley de las Doce Tablas, con la palabra "compra", abarca toda clase de enajenación <y, por tanto, también la que resulta de una atribución por sentencia judicial a favor del que no es propietario>, pues no importa de qué modo se haya hecho uno propietario de una cosa;...”⁶⁸

Lo que señala Aristón, y es aprobado también por Pomponio, es que según la ley de las Doce Tablas "compra" es sinónimo de adquisición del dominio, sea cual fuere la forma por medio de la cual se alcance este resultado.

Esto parece concordar con el sentido de expresiones tales como "*familia emptor*"⁶⁹ y "*coemptio*", que encierran la idea de adquisición de un poder absoluto más que de la simple posesión⁷⁰. Si bien ésta última se dice que es una venta "imaginaria", esto en nada se opone a que se escoja la palabra compra (*emptio*) para designar un procedimiento en que se genera un poder absoluto sobre el objeto de esta operación que es la mujer (el *mancipium*, el cual comprendía todas las potestades del *pater familias*, incluso el dominio sobre los bienes de la familia).

Por lo demás, la *mancipatio* en general (y no sólo estas aplicaciones específicas que mencionamos en el párrafo anterior) fue considerada una venta imaginaria ya en tiempos de Gayo⁷¹, pero se sostiene por la doctrina romanística que en algún momento la *mancipatio* constituyó una venta real cuando aún no existía el dinero amonedado y el metal valía por su peso⁷², lo que refuerza aún más lo que señalamos sobre el sentido de "compra" para la ley de las Doce Tablas.

Dentro de la terminología del antiguo Derecho romano también encontramos la palabra "venta" en uno de los derechos del *pater* sobre el *filius familias*: el *ius vendendi*⁷³. De éste (que se debe hacer notar que se efectuaba mediante *mancipatio*), nos habla

⁶⁸ ... *Sed verissimum est, quod est Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim Tabularum emtionis verbo omnem alienationem complexa videretur, nec interesset, quo genere quisque dominus eius fieret: et ideo hunc quoque ea lege contineri, secundum quem sententia dicta est.*

⁶⁹ Gayo, Instituciones. 2, 103. Es una forma de testar en que el otorgante por medio de *mancipatio* le transfería su patrimonio a fin de que éste lo distribuyera de la manera encargada después de su muerte.

⁷⁰ Gayo, Instituciones. 1, 113 y ss. Es una venta imaginaria por medio de *mancipatio* en virtud de la cual el marido adquiere la potestad de la manus sobre su mujer (*causa matrimonii*) o incluso con un extraño para eludir la tutela (*causa fiducia*); Schultz. Fritz: Principios de Derecho Romano. Edit. Civitas, Madrid, 1990, pág. 215: "La *coemptio* ya era raramente utilizada en tiempo de Cicerón, y muchos abogados no conocían la fórmula relativa a ella". (Cicerón, de orat., 1,56,237).

⁷¹ Gayo, Instituciones. 1, 119. Ver: Arangio-Ruiz Vincenzo. La Compravendita in Diritto Romano. Napoles, 1961, vol. 1, pág. 18 y ss.

⁷² Gayo, Instituciones. 1, 122

⁷³ Iglesias, Juan: Derecho Romano. Historia e Instituciones. Edit. Ariel. Barcelona, 1994, pag 469.

Gayo en sus Instituciones, 1, 117. Existen además autores no jurídicos que hablan sobre esta potestad; uno de ellos es Dionisio de Halicarnaso (2, 27), quien habla de una ley que atribuye a Rómulo, retomada por Numa y conservada por los decemvros, que habría entregado este poder a los ciudadanos romanos sobre sus hijos; otro es Plauto (Persa 3, 336 y ss.), en esta obra el parásito Saturio quiere vender a su hija, aunque dada la resistencia de ésta pareciera que el autor no analiza esto como costumbre jurídica⁷⁴. Se trata también de un acto en que está en juego un poder jurídico absoluto sobre el hijo (*patria potestas*).

Otro dato interesante lo encontramos en la ordenación de las materias contractuales en los *Libri Ad Sabinum*⁷⁵. Este orden de Sabino, según lo denomina el romanista español Pablo Fuenteseca⁷⁶, versa sólo sobre instituciones del Derecho civil romano, lo cual explica la omisión de los contratos reales (comodato, depósito y prenda) que gozaban de protección pretoria, en tanto que el mutuo puede considerarse incluido dentro de los libros "*De condictione*". Por otra parte, la ausencia del mandato y de la *locatio-conductio* se debería a la naturaleza *iure gentium* de estos negocios. Sin embargo, si seguimos este razonamiento, la mención a la compraventa y a la sociedad (negocios también *iure gentium*) resulta extraña. Mas, el carácter de apéndice con que figuran ambos contratos respecto de la *mancipatio* y la comunidad (eminentemente civiles) dan sentido a su aparición en el orden de Sabino. Pese a pertenecer al Derecho de gentes deben, por un proceso de adecuación del *ius civile*, haber llegado a considerarse admisibles como negocio entre los ciudadanos romanos.

No deja de llamar la atención que la compraventa (negocio que versa sobre la posesión), sea considerado por Sabino como apéndice de la *mancipatio* (negocio que versa sobre la propiedad).

Asimismo ocurre con Javoleno, en sus *Libri ex Cassio*, donde titula el libro 7: "*De emptione, De adquirendo rerum dominio*", lo que confirma la íntima relación que para la escuela sabiniana existía entre adquisición del dominio y compraventa.

Creemos que es en este sentido que la escuela Sabiniana habla de permuta como una especie de compraventa, pues, como ya hemos explicado, en ella existe una transferencia recíproca de la propiedad de las cosas permutadas. Este vestigio de la terminología jurídica utilizada por la ley de las Doce Tablas les permitía, fusionado con los caracteres de negocio bilateral de buena fe de la compraventa, otorgar a la permuta la

⁷⁴ Di Pietro, Alfredo: Gayo Instituciones. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 127. nota 113.

⁷⁵ Libri ad Sabinum de Paulo: Libros: 5 (De mancipatione, De emptione et venditione); 6 (De emptione et venditione. De societate et communione); 10 en parte se refiere a la conditio; última parte de 11 y 12 (De verborum obligatione). Libri ad Sabinum de Ulpiano: Libros: 8 (De mancipatione. De emptione et venditione. De societate et comunione); 43 y 44 (De condictione); 45,46,47,48,49,50 (De verborum obligatione). Libri ad Sabinum de Pomponio: Libros: 8 (De mancipatione); 9, 10 y 11 (De emptione et venditione); 12 (De societate); 13 (De societate. De communione); 21 (De condictione); 23 (Ad Edictum aedilium curulium); 24, 25, 26 y 27 (De verborum obligatione); 35 se ocupa de la fiducia.

⁷⁶ Fuenteseca, Pablo: Los Sistemas Expositivos De Las Obligaciones Contractuales En La Jurisprudencia Romana Y La Idea De Contractus. Anuario de Historia del Derecho Español, XXIII, 1953, pag. 539 y ss.

posición y protección superior de contrato consensual de buena fe, más óptima que la reservada para las simples daciones⁷⁷. Esta ventaja del concepto sabiniano de compraventa aparece claramente reflejada en las diferencias entre las acciones de buena fe, como son la *actio empti y venditi*, y las acciones de estricto derecho, como la *condictio*, tal como veremos un poco más adelante.

Nuestra conjetura es que desde este punto de vista debe ser analizado el enigmático texto de Ulpiano (4 ed.) ubicado en Digesto 2,14,7,2, donde Aristón responde a Celso lo siguiente:

*“...por ejemplo, si te di una cosa para que me dieras otra, o bien te la di para que hagas algo; esto es <en Griego> un synallagma, y nace de aquí una obligación civil.”*⁷⁸

Como ya habíamos señalado al estudiar anteriormente este pasaje del Digesto, Aristón no pudo hablar de otra cosa que de compraventa en este caso; ello se hace evidente pues se menciona un *do ut des* y, esta permuta, ya sabemos por las fuentes⁷⁹ que corresponde a una compraventa según los sabinianos. En este fragmento Aristón, consecuente con su pensamiento, agrega la hipótesis de *do ut facias*, pues la dación de una cosa es para él una compraventa por el hecho de verificarse una transferencia de dominio entre las partes, siguiendo los términos de la Ley de las Doce Tablas. Este *do ut facias* justifica que la doctrina sabiniana y Aristón vean a la permuta como una especie de compraventa; la otra especie dentro de este "género" de compraventas sería aquella en que se da un precio y se entrega la posesión, es decir se presenta justamente un *do ut facias*, en el pensamiento de estos juristas.

La mención al sinalagma, término griego, ya había sido realizada antes por Labeón, según Ulpiano (11 ed.), como se explica en Digesto 50,16,19:

*“... "contrato", es la obligación recíproca, que los griegos llaman synallagma, como la compraventa, la locación-conducción <o arrendamiento>, la sociedad...”*⁸⁰

Lo que Aristón trata de decir, no es otra cosa que lo que ya había señalado Sabino y Casio: que la permuta es una especie de compraventa. Pero Aristón lo dice con una formulación distinta, utilizando las palabras de Labeón, fundador de la escuela opuesta (he aquí probablemente la razón para que emplee este término), indicando que en la permuta hay un sinalagma, es decir, un contrato (de compraventa) lo que viene a significar lo mismo que ya habían dicho sus maestros.

Aclaradoras son, también, las palabras de Aristón citadas por Paulo (5 Plaut.) en Digesto 19,4,2:

*“Dice Aristón que, al ser la permuta semejante a la compra...”*⁸¹

⁷⁷ Schultz, Fritz: Principios del Derecho Romano. Edit. Civitas, Madrid, 1990, pág. 37

⁷⁸ ... *utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc □□□□□□□□ esse, et hinc nasci civilem obligationem.*

⁷⁹ Dig. 18,1,1; Gayo, Instituciones 3,141; Justiniano, Instituciones 3,23,2.

⁸⁰ ...*"contractum" autem ultro citroque obligationem, quod Graeci □□□□□□□□□□ vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem...*

Lo que dice implícitamente Aristón es que la permuta no es idéntica a la compraventa. Esta última ya ha tomado un camino diverso para transformarse en un contrato consensual de buena fe que versa sobre la posesión. La escuela Sabiniana jamás señaló que fueran lo mismo sino que la permuta es una especie de compraventa según lo ya estudiado al principio de nuestro trabajo. Los sabinianos no podrían haber desconocido que la compraventa, como negocio del Derecho de gentes, estaba abierto a los peregrinos, y que estos no podían tener el dominio civil sino sólo la posesión sobre ciertas cosas (*mancipi*). Ahora, se debe recordar que es Paulo y no Aristón quien escribe el pasaje, en una época donde la teoría sabiniana ha sido completamente superada, por lo que es probable que Aristón formulara su opinión en términos más matizados.

Sin duda que Aristón habla sobre transferencia de dominio en el pasaje recién citado (*do ut des, do ut facias*). Biondi⁸² ha contrastado este fragmento con otro texto del Digesto que permite tener la seguridad del sentido en que se ha expresado el jurista. Este texto pertenece a Pomponio (22 Sab.) y se ubica en Digesto 19,5,16,1:

*“Me permitiste que sembrara en tu fundo y que retirase el fruto; sembré y no me permites recoger el fruto. Aristón dice que no hay acción alguna de derecho civil...”*⁸³

En este caso existe una especie de entrega de semillas, sin embargo, en ningún caso hay dación. Esta será la gran diferencia con los supuestos en que Aristón concedía acción civil en el fragmento anterior. Este contraste permite confirmar la relación entre transferencia de dominio y compraventa. Luego de esta constatación, Biondi se aleja de nuestro planteamiento para tratar de demostrar que, como la compraventa versa sobre la posesión, Aristón se habría referido a la permuta en el caso del *do ut des*, influyendo la tesis aristoniana en la creación de una acción en el Edicto para sancionarla. Nosotros ya hemos estudiado la imposibilidad de que esto ocurriera. Por lo demás, Biondi no ha advertido la importancia del sentido que para Aristón tiene la palabra "comprar" (*emere*).

La vieja sinonimia entre compra y transferencia del dominio, que en la escuela sabiniana se encamina a conceptualizar la compraventa como negocio orientado al traslado de la propiedad, los conducirá por diversas soluciones en el plano concreto de la aplicación de esta institución. Un ejemplo de ello lo encontramos en *Fragmenta Vaticana*, 1, Paulo, 8 *ad Sabinum*⁸⁴ :

“Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem Mancipi emit vel falso tutore auctore quem scit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus pro emptore, quos est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum

⁸¹ *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emtioni...*

⁸² Biondi, Biondo: *Contratto e Stipulatio*, Dott, Antonino Giuffré – Editore, Milano, 1953, pag. 93.

⁸³ *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo, et fructus tollerem; sevi, nec pateris me fructus tollere; nullam iuris civilis actionem esse, Aristo ait...*

usucapere.”

En la parte del texto que nos interesa, se señala que Sabino y Casio niegan la validez de la compraventa, lo que significa, según el análisis de Paulo, que el comprador no gozará de justa causa para usucapir. Labeón, que también predica la invalidez de la compraventa, reconoce que el comprador puede usucapir pues goza de la posesión civil *pro suo (pro possessore)*. En cambio Próculo y Celso reconocen plena validez a la compraventa, dado que "ésta obliga a transferir sólo la posesión -no la propiedad- y la mujer tiene capacidad de ceder la posesión sin que le sea necesaria la *"auctoritas tutoris"*. Juliano, siguiendo a medias a sus maestros sabinianos, tampoco otorga validez a la compraventa, pero reconoce la posibilidad de usucapir basado en la aceptación del precio por parte de la mujer quien, sin embargo, puede dejar sin efecto la causa si ofrece la devolución del precio antes de cumplido el tiempo de la usucapición.

Como se ve, sabinianos y proculeyanos discurren, una vez más, por caminos diversos; los primeros, creen que la cuestión fundamental de la compraventa es la transferencia del dominio, por eso en este caso la compraventa no vale; los segundos, creen que existiendo la posibilidad de entregar la posesión es suficiente para que exista una compraventa válida.

Si consideramos que lo determinante en la compraventa sabiniana es la transferencia del dominio, tal vez podamos entender lo que, según Pomponio (15 *ad Sab.*), nos dice Aristón en Digesto 18,5,1:

*“Lo que dijo Aristón de que puede pactarse de modo que sólo uno quede obligado, no es cierto, pues no puede una de las partes contratantes liberarse mediante pacto del contrato de compra”*⁸⁵

Con razón Pomponio rechaza esta idea contraria a la bilateralidad de la compraventa, pero para Aristón (quien identifica compra y transferencia del dominio), no resulta difícil que subsistiendo la obligación de dar el precio o "dar" la cosa, subsista, en consecuencia, la compraventa misma.

Justamente la mezcla forzada que se pretende producir entre permuta y compraventa (negocio jurídicamente mucho más sofisticado), produjo el olvido de esta teoría en favor de la proculeyana. Sin embargo, esta discusión conceptual nos permite encontrar elementos de la fisonomía más arcaica de la compraventa.

⁸⁴ Samper Polo, Francisco: Tres Textos Sobre Possessio Ex Bona Fide, Estudios de Derecho Romano en Honor de Alvaro D'Ors, (Ediciones Universidad de Navarra S.A.. Pamplona. 1987), pág. 1027 y ss.: El autor (cuya opinión seguimos sobre este fragmento), demuestra que el texto de Paulo (8 *ad Sab.*), ubicado en Dig. 18, 1, 27, es un resumen del presente texto en que se ha desviado la atención del problema presentado por Paulo (validez de la compraventa) hacia la buena fe del comprador (como requisito subjetivo para la usucapición). Se sugiere que en la versión resumida del Digesto el cambio se puede deber a una fuente próxima intermedia entre la obra de Paulo y la compilación justiniana, "acaso una de aquellas ediciones epitomadas pertenecientes al llamado "estrato A" o "primer momento editorial".

⁸⁵ *...nam quod Aristo dixit, posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, non est verum, quia pro una parte contrahetium abiri pacto ab emtione non possit...*

II.- Los Orígenes de la Compraventa.

Si atendemos a lo que nos señala Paulo (33 ed.) en Digesto 18,1,1: "el origen de la compra y venta está en las permutas", podemos tenerlo por cierto en cuanto en alguna época, en que no existía el dinero amonedado, no se conocía aún la compraventa y la única manera de lograr el objetivo práctico- económico del intercambio era a través del trueque de cosa por cosa. Que Paulo nos habla en este sentido, ciertamente no jurídico, resulta evidente dado que la diversidad de ambas instituciones no nos permite indicar acertadamente que la permuta sea el negocio inspirador de la estructura jurídica de la compraventa⁸⁶.

Sin embargo, el Derecho no es una ciencia abstracta y alejada de la realidad, por el contrario busca la regulación de las relaciones del hombre en sociedad, con todos los intereses y valores que este contacto social cotidiano abarca, lo que nada tiene de abstracto. Por ello, es claro que compraventa y permuta responden a la regulación de una misma necesidad económica del hombre, la que ha servido de motor para el surgimiento de ambas en el ámbito jurídico.

Se podría pensar que la primera condición que permitió que esta necesidad fuera atendida por el Derecho de una manera más sofisticada que la del simple trueque fue la creación del dinero amonedado (como lo indica Paulo en el mismo lugar), por lo que debemos indagar sobre la relevancia que pudo haber tenido su inserción en el tráfico económico respecto del desarrollo jurídico en esta materia.

Nuestra premisa, sin embargo, es que la creación del dinero amonedado no cambió la estructura jurídica del simple intercambio de bienes, sino las necesidades de apertura comercial de Roma con otros pueblos en conjunto con la especial regulación del Derecho Romano, la cual corresponde a un estatuto personal más que real; por esta razón, el dominio según el Derecho civil romano estaba reservado, en ciertos casos (cosas *mancipi*), para los cives (ciudadanos), no pudiendo acceder los extranjeros más que a la posesión de estas cosas. Por lo demás, creemos haber demostrado que la participación del dinero no permite diferenciar compraventa de permuta ni siquiera durante la época clásica.

Ya hemos explicado que la permuta consistía, en época clásica, en un conjunto de daciones recíprocas y no parece haber razón para que esto haya sido distinto en época arcaica. Por otra parte, sabemos también que para la Ley de las Doce Tablas "comprar" era sinónimo de adquisición del dominio, tal como lo indica Aristón y lo sugiere la terminología más arcaica que conocemos del Derecho romano; también señalamos que éste parece ser el sentido que la escuela Sabiniana pretendió darle a las obligaciones provenientes de la compraventa clásica, la que ve en este contrato un acuerdo de intercambio bilateral de dominio, lo cual se desprende, también, de la misma terminología

⁸⁶ En el mismo sentido: Hernandez Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pag. 308.

con que se denomina a la compraventa: *emptio-venditio*; el término articula el “*emere*” aristoniano⁸⁷ con “*venum dare*”.⁸⁸

Con estos datos la conjetura es simple: antes de la creación de la compraventa clásica (obligacional), sólo deben haber existido intercambios recíprocos del dominio siendo imposible distinguir entre compraventa y permuta desde el punto de vista jurídico-contractual, pese a que comprar y vender sean palabras ya empleadas en esta época, asimismo como la palabra permuta lo fue desde mucho antes que Justiniano la contractualizara, lo cual nos indica que la aparición de este término no coincide con la de la aparición del contrato.

Como se ve, en cierta forma el negocio estaba confundido con su ejecución, por lo tanto, será menester remitirnos a la transferencia del dominio para encontrar los orígenes de la compraventa.

Dos categorías de cosas marcarán en esta época (y también en la clásica), la diferencia en materia de transferencia de dominio: las cosas *mancipi* y las cosas *nec mancipi*. Esta división es considerada la *summa divissio*⁸⁹ de las cosas, y respecto de ellas se sabe que su adquisición se producirá de manera diversa en atención a su calidad.

1.- La adquisición del dominio.

Son cosas *mancipi* los fundos propiedad del ciudadano, casas y campos situados en el *ager romanus*, y en la época histórica el suelo itálico; los esclavos, los animales de tiro y de carga, las servidumbres rústicas de *iter*, *actus*, *vía* y *aquaeductus*. Todas las demás cosas son *res nec mancipi*. Parece cierto que hasta el siglo IV sólo éstas debieran declararse a efectos del censo⁹⁰ (¿será este el origen de la clasificación?).

Esta enumeración no es del todo pacífica en la doctrina, pero nosotros adherimos a ella en líneas generales, sin entrar en mayores explicaciones, pues no es este trabajo el lugar adecuado para hacer una profundización de manera detallada⁹¹; de cualquier forma lo que nos interesa ahora es la división misma en relación a las formas requeridas para su adquisición, y no la precisa determinación de las cosas pertenecientes a una y otra categoría. Nos limitamos a constatar la existencia de dos masas de bienes patrimoniales.⁹²

⁸⁷ Dig. 40,7,29,1.

⁸⁸ Zulueta, F. De: Roman Law of Sale, Oxford University Press, London, 1966, pág. 3.

⁸⁹ De Francisci, Pietro: Síntesis Histórica del Derecho Romano, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, págs. 161 a 164, y 466.

⁹⁰ De Francisci, Pietro: Síntesis Histórica del Derecho Romano, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 162.

⁹² Hernández Tejero, Francisco: De Nuevo Sobre Las Dos Masas De Bienes, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No 16, Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet, Madrid, 1990, págs. 83 y ss.

Para las cosas *mancipi* su adquisición (*inter vivos*) requería de la solemnidad de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*; en cambio, las cosas *nec Mancipi* se transferían sin necesidad de solemnidad alguna a través de la simple entrega o tradición (*traditio*). En el caso de las cosas *mancipi*, ya en época clásica, la tradición tiene como efecto que la cosa entra *in bonis* (de hecho) al patrimonio del *accipiens*, comenzando el plazo para adquirir por usucapión. La *in iure cessio* consiste en la simulación de un juicio reivindicatorio donde el cesionario adquiere la propiedad gracias a la intervención del magistrado a su favor en vista del silencio del dueño-cedente durante el proceso. La *mancipatio* es un acto solemne de adquisición del dominio mediante el pronunciamiento de una fórmula verbal solemne del adquirente, frente al anterior dueño, cinco testigos y a un *libripens* (porta balanza), donde interviene también la pesada de una barra de cobre. Ya analizaremos lo anterior con más en detalle.

Ha dicho Hemández-Tejero⁹³, que en época arcaica los fundos (*res Mancipi*) habrían sido inalienables⁹⁴. Son varios los datos -señala el romanista español- que nos

⁹¹ Di Pietro. Alfredo: Gayo, Institutas, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, nota 15 Libro II, pág. 203 y 204. Para un resumen de las diferentes posiciones adoptadas al respecto por la doctrina. En síntesis, Di Pietro señala que la tesis tradicional (a la que adherimos tal vez con matices, tal como lo hace la gran mayoría de la doctrina), sería la defendida por P. Bonfante desde finales del siglo pasado (*Res Mancipi e nec Mancipi*. Roma, 1888-1889, y textos posteriores), las cosas *mancipi* serían las cosas más valiosas para una comunidad agrícola (o agrícola-ganadera). Ese es el sentido de Gayo (1, 192), al hablar de *res pretiosiores*. Pero la pacífica aceptación de esta tesis viene a ponerse en entredicho gracias a F. De Visscher a mediados de los años treinta (*Mancipium et res Mancipi*, en *Studia et Docum. Hist. de Juris*, 1936, pp. 263 y ss., con textos posteriores). Agreguemos nosotros que su crítica (como pone de manifiesto Hernández Tejero, en "la propiedad primitiva de las *res nec Mancipi*". Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 294), "no se dirige directamente a combatir la idea de la primitiva organización agrícola romana, sino a negar destino agrícola a muchos elementos que figuran en la categoría de las *res Mancipi*", como los asnos y los caballos, cosa muy discutible al menos en cuanto a pretender su absoluto descarte como elemento de trabajo en el campo (para más razones remitirse al trabajo citado). Abandonando el criterio económico, señala De Visscher que las cosas *mancipi* son aquellas que están bajo la autoridad del pater dando un carácter político al criterio de clasificación de estas cosas. Respecto a esta oposición de teorías, ya Arangio- Ruiz (Istit., p. 168, n.I), señaló que la íntima relación entre propiedad y potestad familiar que a través del mismo Bonfante es posible observar, permitiría establecer entre el concepto de éste y el concepto unitario de *mancipium* de De Visscher: "una preciosa mediación entre tendencias opuestas". También se ha querido relacionar esta calificación de las cosas con familia y pecunia (como correspondientes a cosas *mancipi* y *nec Mancipi* respectivamente), expresiones que se encuentran en Gayo 2,104: familia pecuniaque. Familia no son solamente las personas, sino también las cosas (Ulp., Dig. 50,16,195,1). Las *res familiares* serían las cosas indispensables para su subsistencia. Lo demás sería pecunia, lo superfluo, la riqueza o, como lo señala d'Ors, los bienes de ganancia. Aunque autores como Cuq, pretenden una identificación completa entre estos términos y la clasificación de las cosas. De Zulueta ha puesto de manifiesto ciertas objeciones. Es interesante sin embargo esta aproximación: familia está vinculada con heredium, que significa las legendarias *binaiugera* (dos medidas de tierra -iugera-), primera división atribuida tradicionalmente a Rómulo por Varrón, pero en este caso quedarían fuera las otras tierras, que también serían *res Mancipi*; pecunia, incluye los ganados (con excepción de los bueyes que servían para arar), pero también incluiría a los caballos, mulas y asnos que son *res Mancipi*, al menos si se sigue el criterio proculeyano (Gayo, 2, 15), según el cual serían tales desde que son adiestrados. Más literatura al respecto: Franciosi, Gennaro: "Res Mancipi" e "res nec Mancipi", *Labeo*, 5 (1959) 3, *Lecture*, págs. 370 y ss.; Fuenteseca, Paulo: "Mancipium - Mancipatio - Dominium", *Labeo*, 4 (1958) 2, págs. 135 y ss.; Hernández-Tejero. Francisco: De nuevo sobre las dos masas de bienes, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No 16, Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet, Madrid, 1990, págs. 83 y ss.; mismo autor: La propiedad primitiva de las "res nec Mancipi", *Anuario de Historia del Derecho Español*, XVI, 1945, págs. 290 y ss.

dan la idea de que su enajenación sería al menos muy difícil; primero, la estimación que a los antiguos romanos merecían los fundos rústicos y su limitación⁹⁵; segundo, todos los fundos, incluso los de poca cabida, tienen un nombre que se conserva inmutable a través de los sucesivos traspasos (*fundus Cornelianus, Terentianus, Sempronianus*), nombre que incluso se mantiene cuando varios fundos se reúnen en manos de un solo propietario, como demuestran los estudios epigráficos⁹⁶. Ahora bien, dado el régimen de intercambio primitivo mano a mano (trueque), la adquisición derivativa *inter vivos* de los fundos (y cosas *mancipi* en general⁹⁷), no podría realizarse en los tiempos más remotos. Hernández-Tejero, al respecto da una serie de argumentos sobre su inalienabilidad, agregando que mediante el *nexum* (más antiguo que la *mancipatio*) los pater familias podrían "prestar" su uso y aprovechamiento.⁹⁸

Ya sean inalienables (lo cual es probable) o no, nuestras primeras noticias sobre las cosas *mancipi* nos indican que ellas se pueden enajenar y desde ese momento, cualquiera que sea su época (en todo caso anterior a la ley de las Doce Tablas), toman interés para nuestro estudio, por lo cual no profundizaremos en este tema.

Lo interesante para nosotros es que si hemos identificado la antigua compraventa con la transferencia del dominio, debemos plantear nuestra postura acerca de la posibilidad de establecer el dominio sobre cada una de estas categorías de cosas.

Respecto de la posibilidad de establecer el dominio sobre las cosas *mancipi* no cabe duda alguna. La fórmula pronunciada en el ritual de la *mancipatio* así lo indica claramente: *HVNC EGO NOMINE EX IURE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQVE MIHI EMTVS ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA* (yo digo que este hombre es mío según el derecho de los ciudadanos romanos y que queda comprado por mí con este bronce y con esta balanza de cobre)⁹⁹.

⁹³ Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec Mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, págs. 299 y ss.

⁹⁴ Casado, María Jesús: "Roma est, Roma Intellegitur", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, no 16, 1990, Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet, pág. 34.

⁹⁵ Este autor nos informa que el carácter sagrado atribuido a la determinación de las propiedades rústicas se desprende, entre otras, particularmente de las frases puestas en boca de la Sibila o Ninfa Vegoia (Gromatici veteres, ed. Lachmann, 1848, págs 350 y ss.), y de las afirmaciones de Varrón, Frontino e Higinio sobre el influjo en esta materia de los aurespices, como ejecutores de órdenes divinas.

⁹⁶ C. I. L., VI, 29,784.

⁹⁷ Seguramente este autor se encuentra en la misma línea de pensamiento que De Francisci: "La propiedad romana tiene virtud absorbente, en cuanto que todo aquello que está sobre el fundo o que se une a él es propiedad del propietario del fundo". Síntesis Histórica del Derecho Romano, pág. 160-161.

⁹⁸ Hernández Tejero. Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec Mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 305.

Sin embargo, parte de la doctrina ha creído ver a las cosas *nec Mancipi* tan sólo como objetos de posesión, mas no de dominio durante este período arcaico. Es decir, las cosas *Mancipi* serían el único objeto de dominio.

Así, De Francisci¹⁰⁰ y d'Ors¹⁰¹ podrían considerarse como representativos de este sector de la doctrina. Para el segundo, la posibilidad de establecer la propiedad sobre las cosas *nec Mancipi* se produjo al menos antes de la época clásica, en cambio, para el primero de estos autores, el cambio pareciera ser posterior a Cicerón (siglo I a.C.), es decir, comenzando el período alto-clásico.

Para d'Ors¹⁰², quien analiza el problema a través de las acciones, se debe tener en cuenta que sólo aquello que podemos identificar como propio se puede decir que está en nuestra propiedad y esto ocurriría con los bienes que no son para gastar (a diferencia de los que se destinan al tráfico, en este último caso están las cosas *nec Mancipi*, es decir, con aquellos que se tienen y se disfrutan en "familia" de una manera continuada (los cuales sí son fácilmente identificables). Para estos bienes de la familia existe la *vindicatio* y para los pecuniarios la *condictio*, pero fruto de una extensión de orden capitalista se ha extendido la *vindicatio* a los bienes pecuniarios bajo la idea de que se encuentran en el patrimonio todos los bienes avaluables en dinero. De ahí entonces las dificultades prácticas que se presentan (dada la fungibilidad que le es propia) para reivindicar el dinero de acuerdo al procedimiento romano, lo cual debía hacerse, tal como antes, por medio de la *condictio*, acción eminentemente pecuniaria. Esa es en líneas generales la argumentación de d'Ors, quien juega con la denominación del patrimonio "*familia-pecuniaque*", donde se ha conjeturado la existencia de un paralelismo entre: *familia-res Mancipi* y *pecuniaque-res nec Mancipi*.

El romanista Von Mayr¹⁰³, partiendo de una base que de alguna forma es similar a la de los anteriores, establece que la *Mancipatio* sería la única forma de transferir la propiedad *ex iure Quiritium*, pero (con gran agudeza), determina que a través de ella se podían adquirir toda clase de cosas (en cierto sentido todas las cosas serían *Mancipi*), ya que el ordenamiento romano no podría dejar a un ciudadano desprotegido, por ejemplo,

⁹⁹ Gayo, Instituciones, 1, 119.

¹⁰⁰ De Francisci Pietro: Síntesis Histórica del Derecho Romano, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 162: "Pero es probable que en los tiempos más antiguos sólo las res Mancipi fueran consideradas como objeto de dominium (Mancipium)...Por lo demás, según Cicerón, no parece que en su tiempo se hubiera verificado esa extensión (aplicación en el derecho clásico de la in iure cessio y usucapición a las cosas nec Mancipi)", y, por tanto, las cosas nec Mancipi no debían estar considerardas aún como objeto de propiedad ex iure Quiritium".

¹⁰¹ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 156: "la reclamación de las mismas (cosas Mancipi), se hace por vindicatio... Sobre las otras cosas (res nec Mancipi) no existía en un principio más que un poder de hecho, protegido por el magistrado, pero sin efecto civil. Pero antes de la época clásica, la rei vindicado se ha extendido ya a toda clase de cosas patrimoniales

¹⁰² d'Ors, Alvaro: Generalizaciones Jurídicas Determinadas por una Concepción Capitalista, Anuario de Historia del Derecho Español, XXV, 1955, Miscelánea, V. Varia Romana, 828 y ss.

en caso de ser injustamente desposeído de la cosa, aunque tampoco podría establecer una forma no ritualista para la transferencia del dominio en esta época. La distinción entre cosas *mancipi* y *nec mancipi* debió producirse entonces una vez que se establecieron otras formas de adquirir las cosas (*traditio*), momento en el cual sí se podría distinguir entre la forma de adquisición de unas y otras.

Mientras para De Francisci las cosas *nec mancipi* parecen quedar relegadas a un plano extrajurídico, d'Ors y Von Mayr, las incluyen dentro del concierto de cosas protegidas en época arcaica por el Derecho romano. Sin embargo, para el primero la protección de ellas sería una protección de hecho otorgada por el magistrado fuera de la órbita del Derecho Civil romano, destinándose luego (aún en período arcaico), la *condictio* para su tutela procesal. Por su parte Von Mayr, quien reconoce la posibilidad de constituir sobre estas cosas una propiedad *ex iure Quiritum*, deja entregada su adquisición entre vivos a la realización de la *mancipatio* (a diferencia de los otros romanistas quienes, dado el especial carácter que le atribuyen a las cosas *nec mancipi* -extrajurídico o bien fuera del derecho civil-, aceptan que su intercambio se produce por la simple tradición).

Por nuestra parte, creemos que las cosas *nec mancipi* podían ser adquiridas *ex iure Quiritum*, pero, a diferencia de Von Mayr, éstas no necesariamente debían ser adquiridas por medio de *mancipatio*, sino por simple *traditio* (entendida propiamente como modo de adquirir).

La tesis dorsiana que hemos expuesto nos parece defectuosa al atribuir en época arcaica a las cosas *nec mancipi* una protección jurídica de hecho por parte del magistrado. Si consideramos que el pretor urbano fue establecido como *collega minor* de los cónsules el año 367 a.C.¹⁰⁴, su teoría acerca de la extensión capitalista de la *vindicatio* a los bienes pecuniarios sería posterior a esta época, en circunstancias que nos parece que, por lo menos, ya desde la Ley de las Doce Tablas se puede hablar de dominio (aunque el término mismo es más reciente), sobre las cosas *nec mancipi*. ¿En qué situación se hallarían las cosas *nec mancipi* antes de la instauración del pretor urbano?

¹⁰³ Von Mayr, Robert: Historia del Derecho Romano, vol. I, Edit. Labor S.A., Barcelona, 1926, pág.177 y ss. Hablando acerca de que las cosas *mancipi* se transferían por *mancipatio* y que las res *nec mancipi* se transferían sin formalidad alguna, señala lo siguiente: "Es, sin embargo, bien poco probable que el Derecho primitivo admitiese negocios jurídicos no formales. Y sería también inadmisibles la consecuencia que de esto se seguiría, a saber que el adquirente, en casos tales, se hallaría privado de toda protección y no dispondría de acción alguna cuando se viese despojado de la cosa. Esto quiere decir que la distinción a que nos referimos no pudo existir hasta que surgieron otros modos de adquirir jurídicamente eficaces. La hipótesis perfectamente admisible y que hace ya mucho tiempo se ha formulado, de que hubo una época en que sólo las res *mancipi* eran susceptibles de propiedad quiritaria y sólo ellas se hallaban protegidas mediante reivindicación, no es más que otro modo de expresar el mismo pensamiento. En efecto, probablemente existió un período en que sólo mediante *mancipación* se podía adquirir una propiedad quiritaria, protegida jurídicamente. No es que ese modo de adquirir se limitase a determinados objetos, sino que todas las cosas se hallaban reducidas a ese modo de adquirir concreto."

¹⁰⁴ Samper. Francisco: Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1982, pág. 24. El pretor peregrino fue creado el año 242 a. C.

Creemos que según esta teoría no es posible sostener algo distinto a que antes de esta época no habrían contado con protección procesal, lo que, al igual que a Von Mayr, nos parece imposible.

Además, la *condictio* (acción propiamente pecuniaria), fue introducida por la *lex Silia* (204 a C.) para las deudas de dinero cierto, y por la ley Calpurnia (149 a C.) para cualquier otra cosa cierta, por lo que agregamos a lo antes dicho que el paso de la *condictio* a la posibilidad de emplear la *vindicatio* para reclamar bienes pecuniarios, tendría que haber sido extremadamente rápido para que ya en época clásica (que convencionalmente comienza al año 130 a. C. con la dictación de la *lex Aebutia*), se pueda hablar, como lo acepta d'Ors, de dominio sobre las cosas *nec Mancipi*, razón por la cual esta tesis se torna aún más inverosímil.

Por último, el mismo d'Ors ha explicado que la *condictio* es un instrumento civil que se basa en un "dar" en que el accipiente retiene injustamente lo recibido, por lo que nos parece que si estas cosas se pueden "dar" de acuerdo al Derecho Civil romano, entonces es porque se tiene el dominio de ellas de acuerdo, obviamente, al mismo Derecho Civil romano.

Para nosotros, la posibilidad de establecer el dominio *ex iure Quiritium* sobre las cosas *nec Mancipi* se puede inferir de diversos datos.¹⁰⁵

Resulta inverosímil que objetos económicamente tan trascendentales como el arado (cosa *nec Mancipi*), no gozasen de la protección jurídica de la propiedad, asimismo la ropa, joyas u objetos lujosos de ornamentación domésticos, mascotas, armas, etc. Y si tal vez el arado y las demás cosas que nombramos aparezcan como esos bienes "identificables" de que nos habla d'Ors, pensemos derechamente en bienes claramente pecuniarios como el ganado (recordemos que *pecus* = oveja, es el origen del término pecuario), que era la principal riqueza mobiliaria y capital circulante de este período, respecto del cual no es posible pensar que se encontrara desprotegido en su propiedad.

Revisemos lo que nos dice Gayo al tratar el procedimiento de la *legis actio per sacramentum in rem*, a través de la cual se realizaba la *vindicatio* en época arcaica, según sus Instituciones 4, 16:

"La vara ceremonial se usaba en sustitución de la lanza, uno de los símbolos de la propiedad civil, por cuanto consideraban los antiguos que el más justo dominio nacía de las cosas arrebatadas al enemigo..."¹⁰⁶

Como lo indica este fragmento, el más justo dominio se establecía sobre las cosas arrebatadas al enemigo, sin distinción alguna de la calidad de las cosas arrebatadas y, más aún, considerando que muchas de las cosas que con facilidad se podrían haber arrebatado al enemigo coinciden con aquellas que componen la categoría de *res nec Mancipi*. Confirmando lo anterior, la misma obra gayana (2, 69), al poner fin a una

¹⁰⁵ Gran parte de nuestros argumentos se encuentran en: Hernández-Tejero, Francisco. La propiedad primitiva de las "res nec Mancipi", Anuario de historia del Derecho Español, XVI, 1945, págs. 209 y ss.

¹⁰⁶ ... *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto domino ea maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent...*

enumeración de diversas cosas *nec Mancipi*, señala: “También se hacen nuestras, por razón natural, las cosas que tomamos al enemigo”¹⁰⁷. Por lo demás, esto parece ser una consideración anterior, incluso, al surgimiento del proceso, pues en él se sustituye la verdadera lanza por una vara, lo cual nos habla de una cierta evolución desde un período de autotutela, de violencia entre las partes¹⁰⁸, (sin pasar por un período arbitral, mucho menos *ex compromisso* -no anteriores al siglo II a.C.-, tesis desechada e indemostrable)¹⁰⁹, hasta ahora que el procedimiento es regulado por Roma.¹¹⁰

También resulta significativo que el mismo Gayo en sus Instituciones, ahora 4, 17, utilice como ejemplo de *legis actio per sacramento in rem* el ganado (cosa *nec Mancipi*), y luego se refiera a un fundo (cosa *Mancipi*), sin hacer distinción alguna¹¹¹ entre estos dos elementos que constituyen el ejemplo más paradigmático de su respectiva categoría.¹¹²

En otro orden de cosas, la más antigua usucapión del Derecho romano, establecida ya en la Ley de las Doce Tablas, tampoco distinguió entre cosas *Mancipi* y *nec Mancipi*, sino entre muebles (cuya abrumadora mayoría corresponde a cosas *nec Mancipi*) e inmuebles.

También la Ley Aquilia (plebiscito atribuido al año 286 a.C.)¹¹³, sancionó los daños a la propiedad ajena sin distinguir entre las diversas categorías de cosas; si consideramos, además que ésta, como lo enseña Ulpiano¹¹⁴, no hizo más que sancionar antiguas costumbres, podemos obtener en ella otra fuente que robustece nuestra postura respecto a la propiedad de las cosas *Mancipi* en período arcaico.

Además de lo recién expuesto, agreguemos, de acuerdo con Kunkel, que la Ley de las Doce Tablas debió haber sancionado en gran parte prácticas consuetudinarias (por lo tanto anteriores), por lo que seguramente no contuvo normas relativas al intercambio de todo tipo de cosas, ya que sólo se preocupó, según se ha logrado conocer de ella, de los

¹⁰⁷ Ea quoque quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.

¹⁰⁸ Encuentra Ortega, Alfredo: El Significado de Agere en el Primitivo Proceso Romano, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Serie, Tome XLIII, 1996, pág. 155.

¹⁰⁹ Paricio, Javier: Apuntes Sobre el Pretendido Origen Arbitral del Proceso Privado Romano, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, no 16, 1990, Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet, págs. 227 y ss.

¹¹⁰ Fuenteseca, Paulo: ¿Existió la Denominada "Legis Actio Sacramentum in Personam"?, Anuario de Historia del Derecho Español, XXV, 1955, pág. 552.

¹¹¹ El texto señala para referirse al fundo : "Similiter" -Del mismo modo-.

¹¹² En el ya mencionado trabajo de Hemández-Tejero se encuentra señalado que Bonfante opinaba en este caso que el rebaño en su unidad debe haber sido considerado como cosa *Mancipi*, pero tal afirmación, infundada por lo demás, se desmiente con el testimonio del mismo Gayo, quien considera a la hereditas, suma unidad patrimonial, cosa *nec Mancipi*. Instituciones 2, 34.

¹¹³ Kunkel, Wolfgang: Historia del Derecho Romano, trad. Juan Miquel, Edit. Ariel, Barcelona, 1991, 9a ed., 2a reimp., pág. 40.

¹¹⁴ Dig. 9,2, I, pr.

aspectos más importantes de la vida de los habitantes de la ciudad y, ciertamente, el comercio como actividad aún no lo era.¹¹⁵

En conclusión, creemos poder constatar la propiedad primitiva sobre *res nec Mancipi*, pese a que ninguna fuente lo diga directamente (aunque tampoco se encuentra ninguna que lo niegue). Sin embargo, las solemnidades de la *mancipatio* aparecen como excesivas a la hora de realizar un intercambio de frutas u otro elemento por el estilo; resulta difícil creer que este arcaico Derecho no se involucrara en el comercio, incipiente por cierto, de cosas que tal vez tenían menor importancia (*nec Mancipi*), y sólo regulara la adquisición de cosas preciosas¹¹⁶ para la economía romana (*mancipi*), ya que ni el más estrictamente formalista sistema de Derecho pudo haber exigido la

conurrencia de estas formalidades hasta para las más insignificantes adquisiciones¹¹⁷.

Así como la propiedad sobre las cosas *nec Mancipi* no es un tema pacífico en la doctrina, tampoco lo es la forma en que eventualmente éstas se transferían.

Ya vimos que Von Mayr sostuvo que todas las cosas primitivamente se debían adquirir por *mancipatio*. Nosotros aceptamos que una *mancipatio* pueda versar sobre la adquisición de una cosa *nec Mancipi*. Esta conclusión proviene de la posibilidad de vindicar estas cosas, ya que en este proceso se debe pronunciar una fórmula bastante similar a la de la *mancipatio*, por lo que no se ve dificultad alguna en hacer recaer sobre esta clase de cosas las palabras solemnes del negocio mancipatorio.

Las palabras que nos interesan de la fórmula procesal, según el ejemplo que nos enseña Gayo¹¹⁸, eran: "*HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM.*" (afirmo que este esclavo es mío según el derecho de los ciudadanos romanos por causa fundamentada en el mismo); en la misma obra gayana¹¹⁹ aparece la fórmula que pronunciaba el adquirente en la *mancipatio*: "*HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO...*" (afirmo que este hombre es mío según el derecho de los ciudadanos romanos). De esta similitud de las fórmulas hemos deducido, entonces, que la *mancipatio* podía tener por objeto una cosa *nec Mancipi*.

¹¹⁵ Kunkel, Wolfgang: Historia del Derecho Romano, Edit. Ariel, Barcelona, 1991, págs. 31 a 39. En la p.35 señala: "Como es lógico, dado el carácter rural de la primitiva sociedad romana, en el Derecho privado predominan el Derecho de familia, el Derecho de herencia y el Derecho de vecindad, que era para la vida cotidiana del labrador la parte más importante del Derecho de cosas. En cambio, los fragmentos conservados de las XII Tablas hablan poco de negocios mercantiles y de otros contratos obligatorios y, además, no hay que suponer que la ley contuviera mucho sobre ellos, pues este sector del ordenamiento jurídico, evidentemente, estaba aún poco desarrollado".

¹¹⁶ Gayo: Instituciones, 1, 192.

¹¹⁷ Arangio-Ruiz. Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, Vol. I, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961.

¹¹⁸ Gayo: Instituciones, 4, 16.

¹¹⁹ Gayo: Instituciones, 1, 119.

Existen además otros datos de los que podríamos deducir esto mismo. Uno de los más claros se refiere al testamento que se realizaba con la intervención de una *mancipatio* (*per aes et libram*), denominado *mancipatio familiae*¹²⁰. En este acto participan el *mancipio dans* y el *familiae emptor* (quien deberá disponer del patrimonio del *mancipio dans* después de sus días). El objeto de este negocio, sin embargo, no se reduce a la *familiae* (cosas *mancipi*) sino que comprende todo el patrimonio (*familiam pecuniaque*)¹²¹, por esta razón el comprador ficticio (*familiae emptor*), adquiere también estos bienes pecuniarios (*nec mancipi*), en el mismo acto de *mancipatio*.

Tal vez, la falta de mención de los bienes pecuniarios en el término con que se denomina al negocio (*mancipatio familiae*), se deba a que para la adquisición de éstos no era indispensable la *mancipatio* (por ello esta institución también nos sirve para demostrar que la adquisición de *res nec mancipi* no requiere siempre de *mancipatio*), pero de todas formas no cabe duda que la manera en que se adquieren los bienes pecuniarios, en este caso, es la *mancipatio*.

Lo anterior se desprende del hecho que la distribución de los bienes que hará el *familiae emptor* queda determinada por la voluntad del *mancipio dans*, la que se expresa en un mismo acto con la *mancipatio* y recibe el nombre de *nuncupatio*, por lo tanto, como sin duda la *nuncupatio* debía referirse también a los bienes pecuniarios que pasarían a ser la herencia del *mancipio dans*, y ésta con la *mancipatio* formaban un solo acto, se debe pensar en este caso que aquellos bienes también se han adquirido por esta vía, de otra forma vendrían a quebrar la unidad de aquel acto solemne.

Pese a que la *mancipatio* fue aplicable a las cosas *nec mancipi* no parece ser el medio indispensable para la adquisición de estas cosas. Tal como ya habíamos señalado, Von Mayr opinaba que en el Derecho arcaico era imposible que un acto no formal estuviese jurídicamente amparado. Ante esto, la respuesta de Arangio-Ruiz¹²², aunque sarcástica, es elocuente: "Yo voy a dejar a discreción de mis más eruditos colegas el decidir si el nombre del *dominium ex iure Quiritium*, que a nosotros nos parece tan solemne, se pudiese aplicar originalmente también a una canasta de higos o a la mecha de una lámpara de aceite". Ciertamente que la exigencia de *mancipatio* en estos casos sería ridícula, por formalista que haya sido el Derecho arcaico.

Frente a esta cuestión se podría pensar que el modo original para adquirir el dominio de una cosa *nec mancipi* fue la usucapión que sobrevendría a la entrega de la cosa (sin ser ésta una *traditio* todavía), puesto que esta institución se comienza a gestar en esta época. Sin embargo, esta posibilidad queda descartada con los argumentos que al respecto ha dado Bechmann.¹²³

La usucapión ha sido siempre una manera de subsanar un vicio de una transferencia

¹²⁰ Se debe recordar que para los romanos el término "familiae", se refiere a los bienes estables pertenecientes al pater, destinados al aprovechamiento de los miembros de la casa.

¹²¹ Terrazas, Juan David: El Fideicomiso en el Derecho Romano, memoria para optar al grado de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994, pág. 25.

¹²² Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, Vol. 1, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pags. 41 y 42.

particular que, de no haber estado viciada, habría producido sus efectos al momento mismo de verificarse. Entonces debemos preguntarnos: ¿cómo podría ser esto posible si el único medio para transferir la propiedad, la *mancipatio*, ni siquiera se ha realizado? ¿acaso no sería ésta una posesión desprovista de *iusta causa*? ¿cuál sería el vicio si se considera que no hace falta solemnidad alguna? Además, opina Bechmann que sería inadmisibles que, no existiendo los medios de protección que el pretor puso a disposición del *bonae fidei possessor* (poseedor de buena fe) siglos más tarde, el comprador estuviese por un año entero expuesto al capricho del vendedor de volver a reapoderarse de la cosa. Este último argumento es un poco más débil, pues cuando realmente ocurría un defecto en la transferencia del dominio, el adquirente quedaba efectivamente expuesto a ello. Aunque luego retomaremos el tema, "*usucapio*" se deriva de "*usus*" y no de "*possessio*", lo cual indica que es anterior a ésta. Hecha esta advertencia, Bechmann tiene razón en cuanto a que esto no pudo haber sido el caso normal.

La forma en que se adquirían primitivamente las cosas *nec mancipi* en el Derecho romano no pudo ser otra que la tradición, entendida en esta época como el desplazamiento efectivo de la cosa de manos del *tradens* al *accipiens*¹²⁴. Creemos que la tradición (la más natural forma de adquirir una cosa de otro), ha sido desde el principio el modo de adquirir el dominio *inter vivos* de las cosas *nec mancipi*, y no solamente una forma de obtener de hecho una cosa determinada.

En consecuencia, en relación con las cosas *nec mancipi*, la doble tradición simultánea de cosa por cosa, es decir la adquisición en virtud del principio de la subrogación, sería el origen del régimen trocal (llámese permuta o compraventa al contado, da igual en esta época), que posteriormente quedaría atrás con el surgimiento del contrato de compraventa.

Nótese que hemos vuelto a la figura de las daciones crediticias que constituían la permuta clásica. Esta institución es un resabio de esta época, que atraviesa toda la historia del Derecho romano hasta que Justiniano la contractualizó.

Así entonces, durante la época arcaica se encuentran dos antecedentes que cumplían con la función económica del contrato de compraventa: la *mancipatio* y la doble tradición, consistiendo ambas en un trueque pero con la diferencia que imponen las formalidades propias de la mancipación. A su vez, si nos guiamos por lo que dice Aristón acerca de la Ley de las Doce Tablas, a ambas se les puede llamar genéricamente "compras", pues producen la transferencia del dominio.

Una cosa más se debe agregar respecto de las compras al contado. Ya hemos visto que en el caso de la doble tradición, ellas constituían daciones crediticias, cuya restitución se obtenía por medio de la *condictio*. Ahora bien, esta acción surge de manera relativamente tardía en el período arcaico (Ley Silia 204 a.C., y ley Calpurnia 149 a.C.), por lo que antes no sabemos que ocurría.

¹²³ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, Vol. I, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pag. 41.

¹²⁴ Gaete Rojas, Sergio: La Tradición en el Derecho Romano y en el Derecho Civil Chileno, Revista Chilena de Derecho, vol. 19, nº 1, 1992, pág. 71.

Si las partes habían celebrado una *sponsio* (obligación *verbis*), en que por medio de la pregunta y de la respuesta solemne habían dotado de obligatoriedad a las respectivas prestaciones, se procedía en este caso, ya en el tiempo de la ley de las Doce Tablas, a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*¹²⁵.

Pero en el caso de mero trueque, sólo una noticia tenemos sobre lo que podría haber ocurrido antes de instalarse la *legis actio per conductionem*. Ella se encuentra en las Institutas de Justiniano 2,1,41, y ahora transcribimos la parte pertinente:

“Pero las cosas vendidas y entregadas no las adquiere el comprador sino cuando ha pagado el precio al vendedor, o satisfecho a este último de cualquier manera, como, por ejemplo, dándole un *expromissor* o una prenda. Este principio se halla sancionado por la ley de las Doce Tablas...”¹²⁶

Los casi novecientos años que separan la obra justiniana de la ley de las Doce Tablas, a cualquiera le haría tener ciertas reservas acerca de la veracidad de lo que aquí se dice. Con todo, creemos que las deducciones que se pueden sacar del texto son, al menos, razonables.

Lo que se debe entender como atribuido a la ley decemviral es lo relativo a que no se transfiere el dominio sino hasta que se pague el precio, lo demás es parte de las nuevas normas que, junto a ésta, ha establecido Justiniano para la compraventa.

Una posibilidad es que los juristas que asesoraban a Justiniano hayan establecido esto observando la situación de la desaparecida *mancipatio* (se le menciona por última vez en el Código Teodosiano -438 d.C., pero se ignora si preservaba sus caracteres clásicos)¹²⁷, la que sin la dación del precio simplemente no se podía celebrar.

Otra posibilidad es que apliquemos la norma de las XII Tablas a la doble tradición con que se verificaba el trueque en esta época. Esto es lo que sostiene Hernández-Tejero, señalando que la primera posibilidad que hemos expuesto carece de sentido, pues la citada ley no habría necesitado una mención expresa a este respecto, ya que si no se pagaba el precio no se habría cumplido uno de los requisitos taxativamente establecidos para la *mancipatio*¹²⁸. Nos parece ésta una opinión bastante osada si consideramos que no tenemos a la vista el texto de la ley, ni siquiera una pretendida cita textual, sino que estamos frente a lo que Justiniano dice respecto de la ley decemviral.

Sin embargo, la tesis del romanista español es razonable¹²⁹. Antes de contar con la

¹²⁵ KunKel, Wolfgang: Historia del Derecho Romano, Edit. Ariel, Barcelona, 1991, pág. 35.

¹²⁶ *Venditae vero res et traditae, non aliter emptori adquiruntur, quiam si is venditori pretium solverit, vel alio modo et satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quo cavetur quidem ex lege Duodecim Tabularum...*

¹²⁷ Schultz, Fritz: Classical Roman Law, Oxford University Press, London, 1961, pág. 347.

¹²⁸ Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, págs. 338 y 339.

¹²⁹ En contra: Schultz, Fritz: Classical Roman Law, Oxford University Press, London, 1961, pág. 350.

condictio, las partes del trueque seguían siendo dueños de sus respectivas cosas hasta que se hiciera la dación recíproca;(y en el caso de evicción, su víctima reclamaría como propia la cosa que ya había entregado).

A falta de una mejor solución para esta época, creemos que ella responde a lo que vulgarmente, incluso hoy día, es el sentir de quienes trocan o incluso venden algo, por lo que, mientras no se encuentren nuevos datos que lo desmientan, se puede afirmar que según las fuentes puede ser que en los primeros tiempos del Derecho Romano, las partes que participaban en una compraventa al contado o permuta, no dejaban de considerarse dueños mientras no se recibieran la dación recíproca o en el evento de sobrevenir la evicción. En un pueblo jurídicamente poco evolucionado es dable que se considere que el vendedor quede ligado permanentemente al comprador ¹³⁰, aunque sabemos que esta sujeción termina, en todo caso, con la llegada del plazo de la usucapión.

Además, es bastante aceptable que la doble tradición que conforma el trueque tenga gran semejanza con la *mancipatio*, pues tras de ellas subyace el mismo régimen de intercambio de bienes, con la diferencia de la formalización a que ésta última ha sido sometida.

Con el tiempo y en la medida que la ciencia jurídica se perfeccionó esto habría cambiado gracias a la intervención de la *condictio*, obteniéndose una solución más apegada a los efectos traslativos que en rigor tiene una efectiva *datio*.

2.- La aparición de la moneda.

La *mancipatio* reviste un mayor interés en esta época, pues pese a no ser más que un trueque formal, en ella aparece uno de los elementos que llegará a integrar el contrato de compraventa: el dinero.

Seguramente el primer medio de cambio (o al menos el más importante) fue el ganado y de allí que se le haya utilizado para significar la moneda (*pecus* == oveja, ganado menor - *pecunia* = dinero) ¹³¹. A esto nos conduce también la filología comparada: anglosajón, *fech*, gótico, *skalts*, escandinavo, *skaitz-*, antiguo alemán, *scaz*; sánscrito, *rupa*, etc. ¹³²

Los antiguos habitantes del Lacio se dedicaron a la crianza de ganado (vacuno y otros menores, que debieron existir en gran cantidad). El ganado bovino principalmente se utilizaba como animal de trabajo agrícola (las primeras poblaciones de Italia vienen

¹³⁰ Sixto, Marié: Algunas Dudas Sobre la Usucapión en las XII Tablas, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Derecho Romano, XVII, Valparaíso, Chile, 1995, pág. 152. Aunque la autora lo dice en otro sentido, tratando de justificar la pretendida inexistencia de la usucapión.

¹³¹ KunKel, Wolfgang: Historia del Derecho Romano, Edit. Ariel, Barcelona, 1991, pág. 16.

¹³² Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 309.

perfeccionando sus técnicas de cultivo desde el período neolítico), por ello se prohibía matar al buey destinado al trabajo agrícola (Plinio, N. H. XVI, 36.)¹³³. Sin embargo, el buey equivalía a diez cabezas de ganado menor, lo que muestra que sólo cuando estaba adscrito al trabajo agrícola puede ser considerado como cosa *mancipi*, y ya no como medio de cambio (pecuniario).¹³⁴

Hacia el siglo VII a. C. las poblaciones de la llanura del Lacio se encontraban aisladas de otras culturas, a excepción de los contactos con sus vecinos cuyas economías se han mantenido exclusivamente agrícolas por mucho tiempo. A partir de este siglo Roma debe haber comenzado a sufrir la dominación de los Etruscos.¹³⁵

En Etruria el uso de la moneda parece comenzar el siglo VI a.C. La moneda etrusca, junto a la que comenzó a circular entre los Samnitas y los habitantes de la Campania, seguramente ejercieron influencia directa en la economía de la urbe. Incluso, más tarde la moneda de la Magna Grecia pudo haber influido también pero de manera más indirecta.

¹³⁶

De cualquier forma, no se debe sobrevalorar la influencia etrusca, pues no modificó profundamente la economía romana que permaneció fuertemente vinculada a la tierra por varios siglos¹³⁷, por lo que lo dicho no pasa de ser un antecedente. Arangio-Ruiz hace notar (aunque en el sentido inverso, es decir que no se debe retrasar en exceso la época en que se introdujo la moneda), que las leyes todavía sancionaban con cabezas de ganado a sus infractores en una época en que ya se conocía la moneda en Roma (ley Aternia Tarpeia, año 454 a.C.)¹³⁸, lo cual muestra la lentitud con que se evolucionó en la mutación hacia el dinero como medio de cambio preeminente.

Sin perjuicio de lo anterior, el uso del cobre en la región comienza hacia el año 1.000 a.C., pero no como monedas sino como barras (*aes rude* o *aes infectum*) fraccionables en *rauduscula*¹³⁹; la moneda más arcaica valía por su peso y no era otra cosa que el *aes*

¹³³ De Francisci, Pietro: Síntesis Histórica del Derecho Romano, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pag. 21, 22.

¹³⁴ Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec Mancipi". Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 309, nota 8. El mismo autor (pág. 295), afirma su postura sobre la base de un pasaje de la agricultura de Catón (c.138): "Boves feriis coniungere licet... muliis equis asinis, feriae nullae nisi in familia sunt"; la traducción correcta sería que los bueyes "ordinariamente" eran res Mancipi y las mulas, caballos y asnos únicamente cuando estaban destinados a la agricultura.

¹³⁵ De Francisci, Pietro: Síntesis Histórica del Derecho Romano, pág. 22, 23.

¹³⁶ Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec Mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 318, 319.

¹³⁷ De Francisci, Pietro: Síntesis Histórica del Derecho Romano, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 23.

¹³⁸ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 1, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pág. 12, nota 1.

¹³⁹ El as es un entero entre los romanos: significa la cantidad primitiva por contraposición a la suma subdividida. Etimológicamente es una contracción de origen tarentino o sículo del dórico □□□ o □□□. Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec Mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 319, nota 36.

pero ahora *signatum*¹⁴⁰, es decir la barra de cobre grabada con un símbolo¹⁴¹. Los sellos que se le ponían garantizaban la aleación pero no el peso, por lo que el *aes signatum* debía pesarse en una balanza (*libra*) por ello la unidad fue el *as (librale)*, que equivalía a 273 gramos y que se podía subdividir en doce partes cada una de las cuales se denominaba *unciae*. Más tarde (año 289 a.C. con la creación de los *triumviri monetales*, encargados de vigilar su emisión), llegaría a acuñarse una moneda de bronce que valía por la cantidad que representaba¹⁴². Lo anterior no obsta que ya en esta época circulara moneda extranjera, principalmente griega¹⁴³.

Más allá del momento en que la moneda se transformó en el principal medio de cambio, su utilización en la ley del las Doce Tablas como medida de valoración del patrimonio o de una cosa, permitió establecer criterios objetivos que no se lograrían si las estimaciones se realizaran mediante

el empleo de especies, lo que nos indica que ya existía una consideración especial hacia ella en el aspecto económico que se había trasladado hasta el Derecho. Así, la Tabla I,4, distingue en relación al *vindex* entre los *assidui* y *proletani*, siendo estos últimos los que según el censo tenían menos de 1.500 ases; también, en materia procesal, en el procedimiento vindicatorio que se desarrollaba mediante la *legis actio sacramentum in rem*, si la cosa valía más de mil ases de bronce debían depositarse 500 ases y, en caso contrario sólo 50.¹⁴⁴

En relación a la *mancipatio*, la inclusión de la balanza nos sugiere que este acto proviene desde la época del *aes rude*. En esta época la *imaginaria venditio* de la que nos habla Gayo¹⁴⁵, debe haber sido una venta real dado que era indispensable realizar la pesada del cobre. Luego, con la creación del dinero, no se requirió pesar el metal, pero continuó el ceremonial con una ficción en que la *mancipatio* se efectuaba con un pequeño trozo de metal (*raudusculum*) o con una moneda (*nummo uno*)¹⁴⁶. Sólo en este

¹⁴⁰ Grieco y Bavio, Alfredo: Servio Tulio, Rey Censor, Prudentia Iuris, 32/33, Diciembre 1993, pág. 127. El autor señala que se le atribuye a este Rey la introducción de la moneda de bronce.

¹⁴¹ El símbolo podía ser un caballo, un pez, un pajarito, etc.

¹⁴² d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 151. "La unidad monetaria (nummus) es el sestercius, que aparece como moneda de plata de dos ases y medio... y luego de cuatro ases; en el principado se convierte en moneda de cobre con el mismo valor... El denarius (de plata) vale cinco sestercios. El aureus (de oro), cien sestercios; se equipara al solidus de Constantino, y los compiladores justinianos suelen sustituir los mil... sestercios (moneda desaparecida) por el aureus".

¹⁴³ KunKel, Wolfgang: Historia del Derecho Romano, Edit. Ariel, Barcelona, 1991, pág. 16. Este autor cree que ya desde el año 1.000 a.C. se empleaba el cobre en lugar del ganado, y que muy pronto se le habría puesto un símbolo de su pureza.

¹⁴⁴ Hanisch, Hugo: El Patrimonio en Derecho Romano, Revista Chilena de Derecho, vol. 4, nº 1-6, 1977, págs.41 y 68.

¹⁴⁵ Gayo, Instituciones, 1, 119.

¹⁴⁶ Samper, Francisco: Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1982, pág. 136.

momento se puede hablar de *imaginaria venditio*.¹⁴⁷

Por lo tanto, en época arcaica la *mancipatio* no es más que la formalización de una permuta, en la que las partes que intervienen se entregan recíprocamente cosa y precio. Esto ciertamente no es aún un contrato de compraventa, pues la *mancipatio* no se perfecciona por el consentimiento de las partes sino por la entrega de las cosas y, tal como lo enseñara Celso, de esto no surgirán las obligaciones propias del comprador y del vendedor. Recordemos que por medio de ella se podían adquirir tanto cosas *mancipi* como *nec Mancipi*, la única excepción en época antehistórica la configurarían los inmuebles, dado que la misma estructura de la *mancipatio* demuestra la imposibilidad de hacer estas enajenaciones en un momento inicial. Esto último cambió en algún momento de esta época cuando se permitió llevar un símbolo de la cosa objeto de esta forma de adquisición.

De cualquier manera, la gran diferencia que apuntaremos entre *mancipatio* y simple trueque radica en que en la primera, la no entrega del precio impide la adquisición de la cosa, puesto que el acto quedaría inconcluso, en cambio en el trueque por doble tradición la adquisición se realiza, pero la falta de pago privaría al *accipiens* de causa para retener lo recibido. Aunque esto después de la introducción de la *condictio*, pues antes de ella ya vimos que las fuentes parecen indicar que en este caso, tampoco se transfería el dominio.

Otra diferencia entre ambas radica en que con la introducción del precio en el acto de la *mancipatio*, ya se puede distinguir entre vendedor y comprador, entre cosa y precio; si bien las prestaciones esenciales (no se puede hablar de obligaciones todavía) de ambos signen siendo idénticas. Pese a ello, en el aspecto formal el comprador será quien adquiere la cosa, debiendo para esto pronunciar la fórmula correspondiente; en cuanto a las obligaciones, el vendedor quedará obligado por la *actio auctoritatis* y por la *actio de modo agri*.

Respecto de la fórmula verbal, ya se ha dicho por la doctrina que su parte final no debió haber aparecido en un comienzo (“*Isque mihi emtus esto hoc aere aeneaque libra*”), donde *emtus esto* claramente no alude al acto mismo sino a un evento futuro. Esta tesis fue sustentada en su tiempo por Collinet, quien afirmó que esta adición se introdujo para dar una causa jurídica a la adquisición cuando la idea de la ocupación ya no fue comprendida.¹⁴⁸

En otro punto relacionado con la fórmula de la *mancipatio*, Besnier, quien cree en la existencia de un acto similar antes de la intervención del metal en la *mancipatio*, sostuvo que debió existir un acto solemne de doble adquisición en que, tras la aprehensión de cosas *mancipi* permutadas formalmente, se realizaría una doble afirmación de la fórmula. En esta etapa, anterior a la introducción del metal, no habría sido entonces posible

¹⁴⁷ Fue la costumbre la que hizo perdurar la balanza con el fin de verificar el precio dentro de la ceremonia de la *mancipatio*. Esta costumbre se puede observar también en los mercaderes de la Edad Media o en los chinos. Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las “res nec Mancipi”, Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 319, 320.

¹⁴⁸ Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las “res nec Mancipi”, Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 317.

distinguir entre una y otra parte en el acto. Sin embargo, la pasividad en que permanece el vendedor según lo que conocemos de la *mancipatio* no permite fundamentar que su rol fuera distinto en época antehistórica. De cualquier manera, la *mancipatio*, dadas sus características, no pudo haber surgido sino después de que comenzara a utilizarse el metal como medio de cambio.

De todas formas, aunque la moneda llegó a ser en algún momento el más importante medio de cambio ¹⁴⁹, influyendo más tarde en la estructura de la compraventa, su inclusión en la *mancipatio* es un cambio meramente económico pues, jurídicamente, la estructura del intercambio es igual con o sin la participación de la moneda. Eso sí, al incorporarse a la *mancipatio* se advierte ya una cierta conciencia de las ventajas de este medio de cambio, pero su introducción al Derecho aún tiene el carácter de simple solemnidad, no alcanzando todavía a ser una necesidad dogmático-jurídica del negocio como lo será después en la compraventa. En todo caso, las palabras de Paulo expresadas en Digesto 18,1,1 referidas a que la compraventa proviene de las permutas, pero se habría separado a partir de la creación de la moneda, parecen referirse más concretamente a una conjetura sobre la historia de la *mancipatio*. ¹⁵⁰

3.- Mancipatio, evicción, y estipulaciones a que dio lugar.

En materia de evicción, tal como lo mencionáramos al referimos a la permuta, cobra importancia la acción proveniente de la *mancipatio*: la *actio auctoritatis*. ¹⁵¹

Intentar resolver todo cuanto hay detrás de esta acción es imposible, sin embargo, de ella podemos establecer ciertos caracteres de interés.

Según Kaser ¹⁵², la *actio auctoritatis* sería una acción de carácter penal ¹⁵³, que impondría al *mancipio dans* la obligación por el *duplum* (doble) del valor de la cosa, cuando por algún motivo no se transfiriera el dominio de la cosa mancipada. Es decir, ésta sería la garantía por evicción de época arcaica frente a las "compras" (adquisiciones de dominio) operadas por medio de la *mancipatio*. En apoyo de lo anterior se cita a Varrón (*De re rustica*, 2, 10, 5): *aut si mancipio non datur, dupla promittit, aut, si ita pacti,*

¹⁴⁹ Dig. 18,1,1: Aristóteles, Nic. Eth. 5,5.

¹⁵⁰ Tomulescu, C. St.: Paul, D. 18,1,1 pr. et la Mancipatio (considérations économiques et juridiques), Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Serie, Tome XVIII, 1971, pág. 711.

¹⁵¹ Fuenteseca, Pablo: "Mancipium - Mancipatum - Dominium", Labeo 4 (1958) 2, pág. 141. Cree que existen muy pocas bases para relacionar esta acción con la *mancipatio*. Esto si bien es una conjetura desarrollada por Girard a fines del siglo pasado, ha sido aceptado por la mayoría de los romanistas.

¹⁵² Fuenteseca, Pablo: "Mancipium - Mancipatum - Dominium", Labeo 4 (1958) 2, pág. 142.

¹⁵³ Ihering ve en la *actio auctoritatis* una pena por el doble del precio de la venta por apropiación injusta de un bien ajeno, como en el caso del *furtum nec manifestum* y en las *vindicia falsa* del procedimiento de reivindicación. Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 337, nota 34.

simpla...; de donde se desprende que la *stipulatio duplae* (estipulación por el doble), procede en los casos en que no se realice *mancipatio*, la cual contiene la obligación de indemnizar el doble del valor de la cosa.

Muy vinculada a la *actio auctoritatis* se encuentra la institución de la usucapión. Cicerón (top. 4, 23) nos informa acerca de ella en el tiempo de la ley de las Doce Tablas: "*usus auctoritas fundi biennium est, ...ceterarum rerum omnium ...annuus est usus*". Estas palabras, parecen referirse al problema de la adquisición derivativa de las cosas, en especial a la *mancipatio* por la mención a la *auctoritas* (*actio auctoritatis*).¹⁵⁴

Esta *usucapio* es sólo el germen del modo de adquirir posterior. El cambio necesariamente se produjo cuando la posesión comenzó a ser amparada y esto ocurre no antes del siglo IV a.C. cuando se crea la Pretura. El hecho de que el nombre para designar este modo de adquirir sea el de *usucapio* (*usus*), en circunstancias que la institución no se funda en el simple *usus* sino en la *possessio*, da cuenta del origen anterior de éste respecto a la *possessio*.

Sin embargo, pese a que la vinculación a la *mancipatio* que sugiere el texto ciceroniano con la mención de la *auctoritas*, esta primitiva *usucapio* actúa en un ámbito más amplio que el de la adquisición por medio de *mancipatio*. Lo anterior se infiere del análisis de otro texto de Cicerón (*de officiis* 1,12,37): "*Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinus dicimus; indicant duodecim tabulae: 'aut status dies cum hoste' itemque 'adversus hostem aeterna auctoritas'*".

Sobre este texto, Alvaro d'Ors ha señalado que en la regla *adversus hostem aeterna auctoritas* se debe entender *adversus hostem* como "en relación al peregrino" y no con el adversativo "contra el peregrino", por lo tanto la regla sería: "respecto al peregrino la *auctoritas* es eterna". Por lo que la regla se referiría al peregrino adquirente quien estaría impedido de usucapir por ser este un modo del derecho civil romano. Por lo tanto, se trataría en este caso de un peregrino que carece de *ius commercium*, pues si lo tuviera no habría motivo para que no pudiese actuar en igualdad de condiciones con los romanos en un negocio del *ius civile*.

Con esto último ataca la diversa postura que respecto a este texto ha tomado Kaser. Para este último, la regla se aplicaría a peregrinos con *ius commercium* en un sentido meramente procesal, bien ya fueran *mancipio dans* o *mancipio accipiens*, el adquirente no podría actuar en el juicio por sí solo, debiendo recurrir a la ayuda del *dans*. Esto sería una excepción al *usus auctoritas* que no sería otra cosa que la posibilidad de los ciudadanos romanos de intervenir en un juicio reivindicatorio sin necesidad de avalarse por el anterior dueño luego del *usus* durante cierto tiempo.

Ahora bien, si la *usucapio* fuese una institución que surge con el mero problema del tiempo de duración de la *auctoritas* en la *mancipatio*, la norma del *adversus hostem* sería bastante aberrante. Tal como dice d'Ors, ésta no pudo referirse a otro que al peregrino sin *ius commercium*; en esta perspectiva tendríamos que si éste estuviera en el lugar del

¹⁵⁴ Aunque parece reducir el problema a las adquisiciones por *mancipatio*, tal vez porque subyace la idea de que la única propiedad es la que se establece sobre cosas *mancipi*: Sixto, Marié: Algunas Dudas Sobre la Usucapión en las XII Tablas, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Derecho Romano, XVII, Valparaíso, Chile, 1995, pág. 152.

mancipio accipiens (cosa de por sí extraña) y un ciudadano en el lugar del *dans*, el Derecho arcaico protegería más al peregrino que al ciudadano, lo cual no parece verosímil. En efecto, como sabemos la *actio auctoritatis* es una acción penal contra el *dans*, por lo que esta acción va en claro beneficio del *accipiens*, quedando, en consecuencia, más beneficiado el peregrino con la *auctoritas aeterna* que el ciudadano con una *auctoritas* limitada temporalmente. Por el otro lado, si atendemos a la tesis procesalista de Kaser, diremos respecto del peregrino *accipiens*, que parecería carente de fundamento que el ciudadano debiera un mayor auxilio al peregrino que al ciudadano; si el peregrino ocupa el lugar del *mancipio dans*, tampoco parece convincente que el ciudadano no pueda actuar nunca por sí solo en la defensa de su derecho, encontrándose forzado a invocar eternamente la ayuda del peregrino, quien ni siquiera puede comparecer en juicio.

Para nosotros la única forma de entender esta limitación de la *auctoritas* no pudo nunca encontrarse en la *mancipatio* misma sino en la consideración de esta vieja *usucapio* como una institución independiente. Sólo en cuanto una forma de adquirir el dominio por el paso del tiempo podemos entender que se haya establecido la limitación temporal de la *auctoritas* para las adquisiciones de los ciudadanos, en tanto que para los peregrinos sin *ius commercium*, esta *auctoritas* fue eterna, dado que no podían usucapir por ser éste un modo de adquirir del Derecho Civil romano, con lo que venimos a coincidir con la opinión de d'Ors sobre la regla del "*adversus hostem*".

No es esta limitación temporal de la acción la que dio origen a la usucapión, ya que si así fuera, se producirían las inconsecuencias ya apuntadas. Si la *usucapio* es un concepto independiente que encuentra su aplicación en la *mancipatio* limitando la necesidad de *auctoritas*, no hay razón para creer que no se utilizara en otras adquisiciones (*traditio*). Por lo tanto, en materia de evicción, la responsabilidad estará limitada tanto en la *mancipatio* como en la doble tradición, por el tiempo de la usucapión.

Claro está que lo que hemos dicho sobre la usucapión es en el entendido de que esta institución se encuentra todavía en formación, por lo que no es correcto esperar que todas sus características sean iguales a las que tuvo en el período clásico.

Sin duda, del texto de Cicerón se puede deducir que una *mancipatio* no viciada dará al *accipiens* la propiedad Quiritaria respecto de la cosa, pero igualmente la *auctoritas* (la *actio auctoritatis*), estará presente por el término que establece la ley de las Doce Tablas (dos años para los inmuebles y uno para los muebles). Una y otra cosa no son incompatibles.

¿Qué sucede con las *res nec Mancipi* que no son adquiridas por *mancipatio*? Al parecer, en este caso el comprador se protegió con la *estipulatio rem habere licere* (tenencia lícita de la cosa o libre posesión de la cosa -en época posterior-). Por tratarse de una obligación de hacer, de aparición posterior a las de dar, no debe situarse su surgimiento más allá del final de la etapa antehistórica; esta estipulación, considerando que no tiene carácter penal, debe ser posterior al nacimiento de la *actio auctoritatis*, pero su desarrollo se produjo paralelamente.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Hernández Tejero, Francisco: La propiedad primitiva de las "res nec Mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 336.

Se trata de una estipulación incierta, en ella no se fija ningún múltiplo del precio pagado, sino que se realiza para establecer posteriormente la medida de la indemnización que debe pagar el vendedor al momento de la evicción.

Al igual que en el caso de la *actio auctoritatis* respecto de la *mancipatio*, nada obsta que luego de transferirse el dominio de la cosa en la ejecución de la permuta o "compra", el vendedor garantice la tenencia pacífica hasta que se cumpla el tiempo de la usucapión como una garantía extra a favor del *accipiens*. Dicho de otra forma, la presencia de esta estipulación no implica que el negocio verse sobre la posesión (*habere*) y no sobre la transferencia del dominio.

Todo lo dicho era necesario para exponer nuestra postura respecto de la compraventa arcaica como sinónimo de adquisición de propiedad. El problema de la evicción, que subyace tras la relación *auctoritas-usus* y la estipulación sobre el *habere licere*, en nada varían esta cuestión.

III. El problema del no pago del precio.

Durante este período arcaico el no pago del precio producirá diversos efectos según la transferencia de propiedad se verifique por *mancipatio* o por doble tradición.

En los comienzos de este período marcado por la dictación de la ley de las Doce Tablas (451-450 a.C.), hemos visto que respecto de la *mancipatio*, el pago constituye un requisito formal para la perfección del acto, por lo que sin él no se transfiere el dominio. A su vez, respecto de la doble tradición de cosas *nec mancipi*, vimos que es probable que en un primer momento la no entrega de alguna de estas cosas hiciera imposible la adquisición del dominio, por lo que tanto el *mancipio dans*, en el caso anterior, como el *tradens*, en este caso, contarían con la acción reivindicatoria para recobrar aquello que no les ha dejado de pertenecer.

Ya desde la dictación de la ley Silia (204 a.C.) y de la ley Calpurnia (149 a.C.), con que se instaura la *condictio*, la doble tradición de cosas *nec mancipi* toma una solución dogmáticamente más acabada. El dominio de las cosas se transfiere sin importar si la dación recíproca ha seguido o no, pero en este último caso ya no se cuenta con la acción reivindicatoria sino que con una acción personal (*condictio*), lo que es más adecuado a la circunstancia que el dominio ya se ha transferido, de otra forma no se podría hablar de "dación". Por otra parte la, *mancipatio* se mantiene en la misma situación original.

IV.- El surgimiento de la compraventa como negocio obligacional .

El simple intercambio de cosas, ya sea a través de la solemne *mancipatio* o de la doble tradición de las cosas *nec mancipi*, en algún momento debió transformarse en un negocio que creara la obligación del intercambio.

Muchas son las teorías que han surgido al respecto ¹⁵⁶ ; 1) la compraventa se habría

¹⁵⁶ Para una explicación un poco más amplia de todas ellas: Volterra, Eduardo: Instituciones de Derecho Privado Romano, Edit. Civitas, Madrid, 1991, pág. 497, nota 111.

originado en el ámbito del derecho público a imitación de las ventas *ex lege questoria* y de los contratos de concesiones públicas (Mommsen, Cancelli, Gallo); 2) una evolución en el cumplimiento de la *mancipatio*, consistente en el retraso de una de las *datios* a la cual se quedaba obligado por el cumplimiento de la primera *datio* (Pernice, Huvelin); 3) gracias a la acreditación del pago del precio (Bechmann); 4) por una simplificación de la *mancipatio* (Meylan); 5) sería una derivación de la antigua *fides* a la que quedaban sujetos los romanos, con independencia de toda tutela jurídica (Voight, Ferrini); 6) por medio de una doble estipulación (Arangio-Ruiz, Becker, Ihering)¹⁵⁷.

De todas estas teorías la de la doble estipulación (una para prometer el precio y la otra para prometer la cosa) es la que se ha aceptado por la mayoría de la doctrina romanística.¹⁵⁸

Esta doble estipulación es probable que se originara en el ámbito de la doble tradición de cosas *nec mancipi* antes que en el caso de la *mancipatio*. En efecto, pareciera que cuando una de las prestaciones envueltas en la *mancipatio* no se realizaban en el mismo acto, ya fuera porque después de la introducción de la moneda la pesada del bronce se tornó en simbólica, o porque se podía presentar un mero símbolo de la cosa a transferir para perfeccionar el acto, la *fides* (o lealtad a la palabra dada¹⁵⁹), que pese a ser un principio aplicable a todo el Derecho romano¹⁶⁰ y, más aún, a la sociedad romana, envuelve tan íntimamente a la *mancipatio*, no hacía necesaria la intervención de la estipulación.

Otras aplicaciones de la *mancipatio* nos dan cuenta de lo anterior. Así por ejemplo, la *mancipatio familiae* o la fidejucia eran actos basados en la *mancipatio* que generaban una obligación que quedaba perfecta por la sola celebración de este negocio solemne. El misterioso y tan comentado pasaje de la Ley de las Doce Tablas (VI, I): "*Cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita jus esto*" (aquellos que se declara verbalmente, al celebrar el nexum o el mancipium, tiene valor de norma jurídica obligatoria)¹⁶¹ consagra la eficacia de la *nuncupatio* (declaración oral que acompaña a la *mancipatio*) en un acto *per aes et libram*¹⁶². En este caso la palabra y no la voluntad lo es todo.¹⁶³

¹⁵⁷ Iglesias, Juan: Derecho Romano Privado, Historia e Instituciones, Edit. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 370.

¹⁵⁸ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Romano Privado, tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 126.

¹⁵⁹ Samper, Francisco: Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1982, pág. 22.

¹⁶⁰ Schultz, Fritz: Principios del Derecho Romano, Edit. Civitas, Madrid, 1990, pág. 243 y ss.

¹⁶¹ Volterra, Eduardo: Instituciones de Derecho Privado Romano, Edit. Civitas, Madrid, 1991, pág. 344.

¹⁶² Fuenteseca, Paulo: "Mancipium- Mancipatio- Dominium", *Labeo* 4 (1958) 2, pág. 139.

¹⁶³ Gandolfi, Giuseppe: Studi Sull'Interpretazione Degli Atti Negoziali in Diritto Romano, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1966, págs. 294 y ss.

A nuestro juicio, la compraventa como negocio obligacional se fue gestando durante la historia del Derecho romano, no tanto en tomo al problema de su ejecución, es decir al retraso de alguna de las transferencias de dominio, como ocurriría con la dilación en el cumplimiento de alguna de las prestaciones de la *mancipatio*, sino en la necesidad de encontrar una vía para forzar esta ejecución aún antes de que se le dé comienzo alguno. Podemos apoyar nuestra conjetura en el rol que desempeñaron las arras en Roma.

Plinio ¹⁶⁴, nos habla de dos instituciones diversas que son la *datio* de un anillo hecha con ocasión de una *sponsio* y las arras propiamente dichas, poniendo de manifiesto que la primera de estas instituciones ya era habitual en Roma al introducirse las arras (*arrahae*) cuyo origen proveniente del *arrabón* griego es reconocido por Varrón ¹⁶⁵. Sin embargo, la institución es diversa a la griega, así como también la institución griega es diversa de la institución fenicia de donde se originó ¹⁶⁶ (la raíz etimológica primera es “*ereb*” palabra feinic- aramea, que significa entrar, penetrar) ¹⁶⁷. Plinio en la obra ya citada expresaba la mutua influencia que se ejercieron ambas instituciones (arras - datio de un anillo en la *sponsio*).

Tal como lo veremos más adelante, la compraventa griega equivalía al arcaico intercambio romano, por lo que las arras venían indirectamente a dotar de obligaciones a las partes que luego participarán en el trueque y, a la vez, constituían un adelantamiento en el pago del precio, pues éstas ya implican una dación (generalmente en favor del vendedor). Sin embargo, si la recepción de las arras en Roma hubiese tomado este mismo camino, no se podría explicar su subsistencia luego de la intervención de la doble estipulación para obligar a la compraventa. Incluso, como lo advierte Talamanca ¹⁶⁸, la relación arras-compraventa ni siquiera en Grecia dieron paso a una concepción de compraventa obligatoria, sino que la influencia romana durante el período Bizantino introdujo esta idea en Oriente.

Las arras no sólo se recibieron en Roma sino que su uso se fue haciendo cada vez más frecuente. Lo anterior sería inexplicable si, tal como ocurría en Grecia, las arras fueran un negocio para asegurar un intercambio futuro dotando indirectamente de acciones un acuerdo que de por sí es jurídicamente irrelevante, donde su entrega equivalía a una anticipación en el pago de parte del precio; muy por el contrario, bajo la

¹⁶⁴ Naturalis Historia 33,6,11.

¹⁶⁵ De lingua latina 5,175.

¹⁶⁶ El origen semítico de la palabra *arrabón* prueba su proveniencia fenicia. El más antiguo testimonio directo sobre el negocio *arral* se encuentra en la oración de Iseo sobre la herencia de Cirón datada alrededor de la primera mitad del siglo IV a.C. Sin embargo Aristóteles en Política 1,4,5, hace una referencia a raíz de una anécdota de Talete, filósofo del siglo VII a.C., perteneciente a la escuela jónica. Dado que los poemas homéricos no proporcionan dato alguno sobre este negocio, su aparición se debe fijar en un período no anterior al siglo IX a.C. ni posterior al siglo VII a.C.

¹⁶⁷ Boyer, G.: Isidore de Séville et la Définition Des Arrhes. Droits De L'Antiquité et Sociologie Juridique, Publications De L'Institut De Droit Romain De L'Université De Paris, Paris, 1959, pág. 53.

¹⁶⁸ Samper, Francisco: Las Arras Contractuales. Aún en prensa.

influencia de la *datio* de un anillo en la *sponsio*, las arras romanas en la compraventa tomaron como objeto característico el anillo como señal o prueba de haberse concluido el acuerdo sobre la compraventa ya obligatoria gracias a la intervención de la doble estipulación. Las arras equivalían a un apretón de manos o una comida de celebración por la conclusión de un negocio.

Sólo de manera secundaria las arras pueden servir como una garantía para el vendedor respecto de que el comprador cumplirá con lo acordado bajo pena de perder las arras, sin embargo, bajo esta perspectiva las arras tampoco se equiparan a la institución griega, pues mientras en estas últimas, tal como se dijo, ellas constituyen parte del precio, en Roma las arras al ser perdidas por el comprador que incumplía sus obligaciones, no pueden considerarse parte del precio pues una vez comenzada la ejecución del contrato no habría sido posible resolverlo. Esta función satisfactoria o indemnizatoria sólo es posible lograrla en Roma con la combinación de dación de arras y *lex commissoria*, pero todo esto lo veremos más adelante.

Otra explicación creemos que no se adecuaría al hecho de que las arras tuvieron un uso cada vez más frecuente en Roma. Si se hubiese encontrado con una compraventa en que el vendedora había recibido la cosa pero, a la vez, había dilatado la ejecución de pagar el precio, las arras rápidamente se habrían transformado en parte del pago del precio, como en Grecia, su lugar de origen en relación a Roma, pero se habrían perdido, como inútiles al transformarse la compraventa en obligatoria, primero por las estipulaciones y luego al llegar a ser un contrato consensual autónomo.

Dicho lo anterior, sostenemos que una vez que la doble estipulación da fuerza obligatoria al mero intercambio en que consistió en época arcaica la compraventa, el problema del pago del precio y la entrega de la cosa adquirieron cierta independencia, pues la estipulación es una forma de crear obligaciones unilaterales de estricto derecho¹⁶⁹ (como las llamaría Justiniano). Así, una y otra obligación debían ser cumplidas para ir paulatinamente logrando el objetivo del intercambio, con lo cual se comienza a esbozar la separación entre el contrato y su ejecución.

Dado que la estipulación es un contrato unilateral, es fácil comprender lo anterior, sin embargo, ¿cómo se mantuvo la unidad del negocio de compraventa? Para Arangio-Ruiz, esta unidad se habría logrado incluyendo el nombre del negocio a la estipulación de la siguiente manera: ¿Prometes vender tal cosa? Sí, prometo; a lo que se seguiría la interrogación ¿Prometes comprar tal cosa? Sí, prometo. De esta forma ambas estipulaciones quedarían vinculadas de manera que ninguna de las partes fuera burlada a la hora de exigirse lo estipulado.

Sin descartar lo anterior, aunque no tiene apoyo textual alguno, lo más probable es que la unidad del negocio se halla producido en el ámbito procesal, a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* que nos señala Gayo en sus Instituciones 4,17a, donde el árbitro al parecer determina la cuantía de las obligaciones y que parece, por lo demás, haber convivido con el procedimiento formulario¹⁷⁰, al menos desde que la

¹⁶⁹ Watson, Alan: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford University Press, London, 1965, pág. 1.

¹⁷⁰ Scherillo, Gaetano: *La "legis actio per iudicis arbitrive postulationem" e le origine del processo formulare*, IVRA, XX, 1969.

dictación de la ley Aebutia sustituyó la *legis actio per conditionem* por el nuevo procedimiento hasta el año 17 a.C. donde es suprimido prácticamente todo el procedimiento antiguo en virtud de la *lex Julia de iudiciorum privatorum*.

En la etapa preliminar de nuestro trabajo, como preparación de la investigación, hemos puesto en orden cronológico los pasajes del Digesto relativos a la compraventa, y uno de ellos nos da una señal clara de mantenerse este régimen de la doble estipulación todavía en los comienzos del siglo II a.C.

El pasaje del que hablamos se encuentra en Digesto 19,1,38,1, donde Celso (8 *dig.*), nos informa sobre una opinión de Sexto Elio¹⁷¹ y Druso, señalando lo siguiente:

“*Si hubiese dependido del comprador que no le entregaran un esclavo comprado, dijeron Sexto Elio y Druso que podría obtenerse una indemnización arbitral por los alimentos, y su opinión me parece justísima.*”¹⁷²

Se trata de las impensas necesarias que ha debido realizar el vendedor. Si se habla de indemnización "arbitral" no se está hablando acerca del juicio *bonae fidei* sino que, más bien, parece que la referencia se hace a la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*¹⁷³ procedimiento adecuado para ventilar los problemas propios de una venta con estipulación.

Que se diga que la falta de entrega ha dependido del comprador, da la clara idea de la mora objetiva que se produce en la estipulación: hay mora desde que hay acción para exigir lo estipulado. En este caso, la mora se purgaría al no depender el incumplimiento del deudor sino que del acreedor, aclaración muy necesaria si se habla del régimen estipulatorio, pero no en los juicios de buena fe, donde las obligaciones recíprocas de una y otra parte se ventilan manteniendo siempre una íntima relación entre ambas y las circunstancias que las rodean (ej. gastos, deudas originadas en la misma causa). Si hubiese una referencia a la mora se atendería a su culpa en el retardo y no, como en el caso a la mera actitud de su acreedor (comprador). Por lo demás, la falta de *interpellatio* nos da cuenta de estar fuera del régimen de la mora de la compraventa clásica¹⁷⁴.

En la compraventa clásica no era necesario un juicio arbitral para conseguir la indemnización, pues ella se obtenía gracias a la *actio venditi* en el juicio de buena fe, según la opinión impuesta por Labeón y Trebacio¹⁷⁵ un siglo más tarde, siglo I a.C.

La mención a la entrega del esclavo no necesariamente es espúrea, si aceptamos

¹⁷¹ Cónsul el 198 a.C.

¹⁷² *Si per emptorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, Sextus Aelius, Drusus dixerunt; quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*

¹⁷³ Scherillo, Gaetano: La "legis actio per iudicis arbitrive postulationem" e le origine del processo formulare, IVRA, XX, 1969, págs. 30 y ss.

¹⁷⁴ Así en Digesto 18,6,18. Ver: Elefante, Agostino: "Interpellatio" e "Mora", Labeo 6(1960)1, pág. 44.

¹⁷⁵ Dig. 19,1,13,22.

que la compraventa gira en torno a la posesión desde que se abrió a los peregrinos, pero en la última parte la expresión "y su opinión me parece justísima", no es propia de los juristas clásicos, por lo que, si consideramos que no desvía en nada el sentido del texto, más que una interpolación parece una glosa explicativa post-clásica.

Bajo el régimen de la doble estipulación, la compraventa adquirió relevancia jurídica en el ámbito del *ius gentium*, la recepción de las arras provenientes de sistemas jurídicos extranjeros y su especial forma de introducirse en la compraventa obligacional romana dan cuenta de ello. Por lo demás, la versatilidad de la *stipulatio* como forma general de contratación también se abrió al derecho de gentes, lo que refuerza de manera decisiva esta idea.

No sabemos en que momento la estipulación pasó de ser un modo de obligarse del *ius civile* a uno del Derecho de gentes, abriéndose al uso de romanos y peregrinos. A partir de este momento, la vieja *sponsio* es reservada para los ciudadanos y la estipulación queda entregada al uso corriente. Con esto, la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* podrá ser utilizada sin inconvenientes por los extranjeros.

Gayo nos relata como el verbo *spondere* (prometer) queda reservado para los ciudadanos romanos, pero otras formulaciones análogas pertenecen a ámbito del *ius gentium*. Incluso cuando pregunta y respuesta se realicen no sólo en latín sino también en griego, la única condición es que ambas partes conozcan el idioma en que se estipula¹⁷⁶. Para Justiniano, no solo el latín y el griego eran aptos para estipular sino que también cualquier otro idioma e, incluso, no era necesario que pregunta y respuesta se realizaran en el mismo idioma, pero esto se debe a que antes el emperador León había derogado las formalidades de la estipulación con lo que ésta quedó prácticamente como un acto consensual.¹⁷⁷

Este giro en la extensión de las personas a quienes se les permite estipular fue el que, seguramente, produjo el cambio en la compraventa, transformándola desde obligación de dar a obligación de entregar la posesión, pues los peregrinos (sin *ius commercium*) no podían tener el dominio quirritario sobre las cosas *mancipi*, como varias veces hemos dicho, ya que ellos no tenían acceso a los modos de adquirir aptos para este caso, dado que estos modos estaban dentro de la órbita del *ius civile*.

La doble estipulación que tenía alguna unidad en el ámbito procesal comienza a mirarse como una sola operación, al parecer, ya desde el jurista republicano Servio Sulpicio Rufo, el que, según una fuente literaria (Noches Áticas, 4,4,2, de Aulo Gelio)¹⁷⁸ señala que en los esponsales matrimoniales (que se hacían mediante *sponsio*), existe un *contractus* (*contractu sponsionum stipulationumque*), queriendo significar con ello que ambas obligaciones se unen, se vinculan entre sí, cosa que será propia del "contrato" de compraventa que está pronto a nacer.

¹⁷⁶ Inst. de Gayo 3, 93.

¹⁷⁷ Inst. de Justiniano 3,15,1.

¹⁷⁸ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 463, nota 11.

Por lo demás, no deja de ser notable que, aparte de la tremenda autoridad de este jurista, sea él el primero que comienza con los comentarios al Edicto del pretor¹⁷⁹, que si bien ya debe haber estado prácticamente consolidado, si se tiene en cuenta los cambios dogmáticos tan significativos que implicó la compraventa consensual, no debe haberse tratado de una "generación espontánea" conducido por las necesidades económicas como pensaba de una manera simplista Declareuil¹⁸⁰, sobre todo si ya se contaba con la doble estipulación, sino fruto de una cierta reflexión.

Otro dato que complementa la supuesta paternidad de Servio respecto de la compraventa es que el procedimiento lógico que se aplica para entrelazar dos estipulaciones se acerca a los conceptos de dialéctica griega que, a decir de Cicerón, se encontraba fuertemente arraigada en el pensamiento de este jurista quien habría creado la "dialéctica jurídica".¹⁸¹

No podemos negar que muchos romanistas, dada la naturaleza *iure gentium* de la compraventa, sostienen que el contrato consensual de buena fe nació muy pronto después de la creación del Pretor Peregrino (242 a.C.), donde se ventilaban los asuntos entre romanos y extranjeros¹⁸². Pero esta conjetura, que equivale a decir que la compraventa como negocio *bonae fidei* paso del Derecho pretorio al civil, está lejos de contar con pruebas fehacientes. Por lo demás, está demostrado que no todos los juicios de buena fe surgieron en el ámbito del Derecho honorario, sino también en el del Derecho civil, como lo demuestra la génesis de la *actio fiduciae* (que nace de un contrato basado en una *mancipatio*, con el fin de cumplir principalmente las funciones del comodato y de la prenda), la *actio tutelae* y la *actio rei uxoriae* (destinada a la recuperación de los bienes dotales por parte de la mujer).¹⁸³

La compraventa cuenta con una acción civil y en este sentido es un negocio civil (civil como opuesto a pretorio, por lo que envuelve también al Derecho de gentes), como lo demuestra la ordenación de los Libros a Sabino de la cual ya hemos hablado. Por ello, incluso quienes conjeturan que la compraventa habría surgido de la actividad paralela del Pretor peregrino, igualmente deben aceptar que pasó luego a la órbita de las acciones de la ley, donde actuaba el Pretor urbano.

Tal vez esta noción de contrato pueda ser anterior a Servio, pero es claro que, aparte del testimonio de Aulo Gelio, las fuentes jurídicas muestran por primera vez en este jurista la preocupación por lo que se "quiere", más que sobre lo que se "dice", siendo lo

¹⁷⁹ Torrent, Armando: La Ordinatio Edicti en la Política Jurídica de Adriano, Anuario de Historia del Derecho Español, LIII, 1983, pág. 20.

¹⁸⁰ Declareuil, J.: Roma y la Organización del Derecho, Edit. Cervantes, Barcelona, 1928, pág. 272.

¹⁸¹ García Garrido, Manuel Jesús: Derecho Privado Romano, II Casos y Decisiones Jurisprudenciales, Madrid, 1980, pág. 19.

¹⁸² Watson, Alan: The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford University Press, London, 1965, pág. 40.

¹⁸³ Biscardi, Arnaldo: Temas de Derecho Romano. El Proceso Civil Romano y las Piedras Angulares de su Historia, Edit. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 21.

primero afín con la noción de contrato consensual y lo segundo con la de estipulación. Así, en Digesto 18,1,80,2, señala Labeón (5 post.), respecto a un problema de compraventa:

*“Sé que Servio había respondido que en primer lugar ha de seguirse lo que parezca haberse querido hacer...”*¹⁸⁴

Esto contrasta con la preocupación por lo que expresamente se ha dicho, o bien por la entrega (aspectos ya importantes en el régimen de doble estipulación) que se aprecia en todos los juristas anteriores a Servio, cuya opinión ha llegado hasta el Digesto. En todo caso, Servio no se refiere a una preeminencia del aspecto puramente volitivo, sino que se debe atender a lo que quieren las partes subsidiariamente a lo que conste haberse consentido.¹⁸⁵

Ellos son: Sexto Elio y Druso, ya anteriormente citados; Bruto¹⁸⁶, sobre un problema de adjudicación a término; Quinto Mucio¹⁸⁷, sobre aquello que se dijo (en dos fragmentos), sobre adjudicación a término y sobre tradición; y Aquilio Galo¹⁸⁸, sobre aquello que se debe indicar (decir) al realizar la venta. Señalemos, además, la opinión de ellos ha sido recogida de segunda y hasta tercera mano en el Digesto, a través de citas hechas por otros juristas, lo que puede ayudar a conjeturar que estos últimos sólo emplearon aquellas partes que se podían adaptar a la estructura de la compraventa como contrato consensual, de otra forma tal vez sus opiniones habrían llegado en citas directas o, al menos, más completas y variadas en su temática.

Pongamos como ejemplo lo que dice Quinto Mucio Escévola, según nos informa Celso (8 dig.), en Digesto 18,1,59:

*“Al vender un fundo no dijiste: “en las más óptimas y amplias condiciones”: es verdad, lo que aprobaba Quinto Mucio, que el fundo debía ser entregado tal como estaba y no libre de cargas. Lo mismo ha de decirse respecto a los predios urbanos.”*¹⁸⁹

Si bien Celso, jurista clásico, aprueba lo que decía Quinto Mucio, no es menos cierto que existe en Quinto Mucio una preocupación por lo expresamente dicho. Ambos han de estar pensando, de cualquier manera, en cosas bien distintas, no sólo por lo que hemos señalado en relación a la posible paternidad de Servio, jurista posterior, respecto de la compraventa; sino que también por los testimonios de la época inmediatamente posterior

¹⁸⁴ *Scio Servium respondisse, primum sequendum esse, quod appareret actum esse...*

¹⁸⁵ Gandolifi, Giuseppe: Studi Sull'interpretazione Degli Atti Negoziali in Diritto Romano, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1966, págs 121 y ss. El autor ataca la explicación de Pringsheim, quien piensa que Servio se refiere al valor objetivo del verba.

¹⁸⁶ Dig. 18,2,13.

¹⁸⁷ Dig. 18,1,59; 18,1,66,2; 18,2,13; 19,1,40.

¹⁸⁸ Dig. 19,1,17,6.

¹⁸⁹ *Quum venderes fundum, non dixisti: “ita ut optimus maximusque”, verum est, quod Quinto Mucio palcebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oporteri. Idem et in urbanis praediis dicendum est.*

a Q. Mucio que giran entorno a la compraventa como doble estipulación. Tal es el caso de las compras varronianas.

Un claro ejemplo se encuentra en la obra de Varrón, escrita aproximadamente el año 36 a.C.¹⁹⁰, *De Re Rustica*¹⁹¹, 2,1,15:

*“El cuarto punto concierne al Derecho en la compraventa, relativo a como cada animal debe ser comprado de acuerdo al Derecho civil. En orden a aquello que ha pertenecido a otro puede hacerse mío, algo debe ocurrir, ni una estipulación ni el pago del precio son suficientes para la transferencia del dominio.”*¹⁹²

Varrón, quien no es un jurista (aunque es dudoso si escribió una obra titulada "*Libri XV de iure civili*" según una antigua tradición conservada por San Jerónimo) ni tampoco es ese el sentido con que escribió su obra¹⁹³, por lo que no se puede exigir siempre gran precisión técnica, conoce la distinción entre título de la adquisición y modo de adquirir. Por ello afirma que "en la compraventa", algo debe ocurrir (la tradición en este caso), para hacerse dueño de la cosa comprada; no basta la estipulación, con lo que se refiere a la compraventa bajo el régimen estipulatorio; tampoco basta con pagar el precio.

Que Varrón habla, en época posterior a Quinto Mucio, como hemos señalado, sobre compraventa bajo régimen estipulatorio, se confirma con otro pasaje de esta misma obra, 2,2,5¹⁹⁴

*“Cuando el comprador ha dicho: ¿Son ellas(las ovejas)compradas? Y el comprador ha respondido: Son, y cuando el comprador ha prometido formalmente el precio, el comprador estipula en la forma tradicional siguiente: ¿Qué estas ovejas respecto de las cuales hemos acordado, son completamente sanas, y que las poseeré pacíficamente, lo prometes solemnemente? Cuando esto se ha realizado, el rebaño aun no ha cambiado de dueño, a menos que la entrega por enumeración se haya realizado; ciertamente el comprador puede, por la compraventa, obligar a aquello, si no se entregara, aunque él mismo no haya pagado el precio, incluso como el vendedor por un litigio similar puede obligar al comprador, si no paga el precio.”*¹⁹⁵

En la obra varroniana ya es frecuente estipular sobre la posesión y no la dación de la

¹⁹⁰ Hanisch, Hugo: Contribución al Estudio de los Textos de Varrón Sobre la Venta, Revista Chilena de Historia del Derecho, no 7, 1978, pág. 21.

¹⁹¹ El texto latino se encuentra en: Zulueta, Francis De: The Roman Law of Sale, Oxford University Press, London, 1966, pág. 62. Para el texto en español nos hemos basado en la traducción al inglés que figura en la misma obra.

¹⁹² *Quarta pars est de iure in parando, quem ad modum quamque pecudem emi oporteat civili iure. Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere, neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini.*

¹⁹³ Hanisch, Hugo: Contribución al Estudio de los Textos de Varrón Sobre la Venta, Revista Chilena de Historia del Derecho, no 7, 1978, pág. 22.

¹⁹⁴ El texto latino se encuentra en: Zulueta De. Francis: The Roman Law of Sale, Oxford University Press. London, 1966, págs. 62 y 63. Para el texto en español nos hemos basado en la traducción al inglés que figura en la misma obra.

mercancía en venta, aunque es claro que lo que las partes buscan es la adquisición del dominio, y en ese sentido apuntan los consejos de Varrón. Lo anterior se debe a que la compraventa ya se ha, en cierta forma, establecido como negocio *iure gentium*, por lo que como los peregrinos no podían dar o adquirir en todos los casos, la forma usual de estipular es en relación a la posesión.

A primera vista se confunden las acciones de la compraventa (*ex empto* y *ex vendito*) y se las nombra unidas "*ex empto vendito*". Sin embargo, el contrato de compraventa aún no ha nacido. Si Varrón quisiera hablar de las acciones personales lo haría en relación a las que emanan de las estipulaciones, pero a él le interesa el hecho económico de comprar: la *emptio-venditio*. Varrón no está preocupado del análisis jurídico.

Las acciones provienen desde las estipulaciones, pero ellas como forma general de establecer obligaciones, responden a un motivo previo que indujo a las partes a contratar. Por ello, aunque la causa próxima de la obligación sea la solemnidad de la palabra (en esto se fijaría acuciosamente un jurista), existe una causa remota, no jurídica de la obligación, que es la que en realidad le interesa a las partes, quienes sólo se sirven del Derecho para resguardar sus intereses.

En este caso la causa es la compraventa, palabra conocida al menos desde la ley de las Doce Tablas, como ya vimos. Por eso, en la conciencia de quien comercia en la venta de ganado, y que no es jurista, la causa de la obligación es en realidad la compraventa. En el uso social no es incorrecto hablar de que se puede obligar por la compraventa a la entrega (*ex empto vendito illum damnare*) a la manera del motivo psicológico que ha inducido a contraer las obligaciones (aunque pueda resultar abusivo insertar este concepto propio del Derecho moderno).

Por otra parte, "tradicionalmente" se estipula sobre la posesión y no sobre el dominio, cambio operado desde antiguo por las razones ya explicadas, sin embargo, la preocupación de Varrón se refiere a la adquisición del dominio, lo que prueba que este negocio en la conciencia popular es una cuestión relativa a la propiedad, cosa que podríamos acotar también respecto de la situación actual, porque aquí la compraventa aparece más como una finalidad que como una causa eficiente de las estipulaciones y la finalidad es adquirir.

Es más, antes habíamos dicho que la responsabilidad por evicción en nada se opone a que la compraventa en sus primeros tiempos haya sido un negocio sobre la adquisición del dominio. Ahora parece adecuado acotar que las mismas estipulaciones para engendrar la responsabilidad por evicción, tienen su origen en la práctica notarial, donde el escriba, a falta de un término adecuado para imponer al vendedor la transferencia de la propiedad, la describía de acuerdo a su contenido: *uti frui habere possidere*. De aquí habrían pasado al estudio de la jurisprudencia las estipulaciones sobre el *habere licere* (posesión pacífica). Como se ve, todo los datos apuntan hacia la unión de la compraventa

¹⁹⁵ *Cum emptor dixit "tanti sunt mi emptae? " et ille respondit "sunt" et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic, "illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse,...habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?" cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili indicio, si non reddit pretium.*

y la adquisición del dominio (que incluso en época clásica es el fin último al que debe llegar el comprador). Por ello, es que el principio de la evicción mantuvo su rígido requisito de originarse la perturbación en la posesión del comprador por la privación de la cosa a causa de una decisión del juez. Sólo la intervención de un jurista tan destacado como Juliano, vino a atenuar la regla en el siglo II d.C., eludiendo este requisito en el caso del dolo del vendedor.¹⁹⁶

Así entonces es fácil entender por qué Gayo (Institutas 3,141), en el siglo II d.C., nos decía que "vulgarmente" por la permuta se creía que se contrae una compraventa. Es esa conciencia popular que aún creado el contrato de compraventa, superada la etapa estipulatoria desde hace mucho tiempo, todavía la ve como un intercambio.¹⁹⁷

Por esa vía, mucho más "realista" hemos dicho que de alguna forma discurrieron los miembros de la escuela Sabiniana, cosa no extraña si se piensa en lo "artificiosa" que resulta construcción de la compraventa en contraste con la vida cotidiana.

Veamos que Séneca cae en este error común y de todos los tiempos, identificando compraventa y adquisición de dominio. Ciertamente las palabras de Séneca no pretenden hacer un análisis jurídico de la cuestión, pero, por lo mismo, nos ayudan a graficar la distancia entre la institución jurídica y su concepción popular. Así entonces es que Séneca dice en *De Beneficiis* V,10¹⁹⁸ :

"...La venta es una enajenación y un traspaso a otro de una cosa y del derecho que sobre ella se tiene".

Nótese la cercanía del concepto de Séneca con el "*emere*" de Aristón.

Otro aspecto importante del texto de Varrón es que también se contiene aquí la constatación de que la adquisición de la cosa o del precio no tienen relación alguna con el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte, dado el carácter unilateral de las obligaciones nacidas de estipulación.

De todas formas aquí hay un ejemplo del régimen de la doble estipulación, vivo en el siglo I a.C., época en que vivió Quinto Mucio Escévola (cónsul el 95 a.C.) y también quien posiblemente crea la compraventa como contrato algunos años más tarde. Servio Sulpicio Rufo (cónsul el 51 a.C.).

Contra lo que hemos señalado existe un texto de Cicerón (*De Officiis* 3,17,70)¹⁹⁹ , que dice lo siguiente:

¹⁹⁶ Schultz, Fritz: Principios del Derecho Romano, Edit. Civitas, Madrid, 1990, pág. 120 y notas 55 y 57.

¹⁹⁷ Incluso en la actualidad, los alumnos de primer año de Derecho muchas veces no atinan a responder en sus exámenes que la compraventa no es el cambio de una cosa por un precio, sino la convención consentida para este efecto; algo similar ocurre cuando se les consulta si por la compraventa se transfiere el dominio. Por ello, no es extraño que el mismo fenómeno ocurriera en Roma.

¹⁹⁸ Marlasca, Olga: Aspectos Jurídicos en la Obra de Séneca, Estudios de Deusto, vol. 43/2, Julio-Diciembre 1995, pág. 139.

¹⁹⁹ El texto latino se encuentra en: Zulueta, Francis De: The Roman Law of Sale. Oxford University Press. London. 1966, pág. 66. Para el texto en español nos hemos basado en la traducción al inglés que figura en la misma obra.

"En relación a que tan preciosas son las palabras: "¡A CONDICIÓN DE QUE YO NO SEA SORPRENDIDO O ENGAÑADO POR TI O TU MALA FE!" hasta que punto ellas son HONORABLES, espléndidas como el oro: "¡DE ACUERDO A LA MEDIDA DE LOS ACUERDOS DE LOS HOMBRES HONORABLEMENTE Y SIN FRAUDE DEL UNO AL OTRO!". Pero, ¿quiénes son "hombres honorables" y qué es un "acuerdo honorable"? Esta es una gran cuestión. Por su parte Q. Mucio Escévola, el pontífice máximo, solía decir que en todos los arbitrios en que se agregaba "DE ACUERDO A LA BUENA FE", eran de primerísima importancia, y que la concepción de la buena fe tenía gran extensión, siendo aplicada a la tutela, a la sociedad, a la fiducia, al mandato, ventas y arrendamientos, instituciones de las cuales depende la vida social. Solía decir que requería un gran juez para determinar las obligaciones recíprocas de las partes en estos casos, especialmente desde que en su mayoría habían acciones recíprocas."²⁰⁰

Esto parece ser una exageración de Cicerón hecha con el fin de, por medio de la antigüedad, dar más autoridad a los nacientes juicios de buena fe. En todo caso, es claro que en la época del autor (amigo de Servio) ya existía la compraventa como negocio *bonae fidei*.

De todas formas, el nacimiento del contrato consensual es un problema no resuelto por la romanística actual. Para determinar el nacimiento de los juicios de buena fe quedan aún muchas cosas por entender. Entre otras, sería fundamental para nuestra cuestión dilucidar el significado de la ley Rubria de Gallia Cisalpina (de entre el año 49 y 42 a.C.), donde aparece la cláusula "ex fide bona" acompañando una obligación nacida de *stipulatio*²⁰¹, de la que no podemos olvidar, sin embargo, que regula el Derecho provincial que es diverso del Derecho de la ciudad. Podría resultar con este dato que los juicios de buena fe se habrían desenvuelto en el mismo ámbito de la doble estipulación.

Por otra parte, el procedimiento solemne y oral de las acciones de la ley tampoco nos es bien conocido. Aunque se acepta tradicionalmente que ellas son cinco, sólo podemos pensar en ellas como categorías genéricas. La división más bien parece obra de Gayo, cuyas instituciones son la principal fuente de conocimiento de las *legis actiones*. Pero en esta misma obra se habla de acciones de la ley muy específicas, que deben ser usadas con total apego a su fórmula oral so pena de perder el pleito²⁰², además de otras desconocidas aún por la ciencia romanística²⁰³, o no incluidas en el repertorio de las

²⁰⁰ *Nam quanti verba illa: UTI EN PORPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni", et quid sit "bene agi", magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis societatibus, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

²⁰¹ Dajcsak, Wojciech: La Funzione della Espressione "Ex Bona Fide" nella Lex Rubria de Gallia Cisalpina, *Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité*, 3 Serie, Tome XLIII, 1996, págs. 131 y ss.

²⁰² Instituciones de Gayo 4, 11.

²⁰³ Instituciones de Gayo 3, 154b.

acciones de la ley ²⁰⁴, e incluso, casos que luego de establecidos como *legis actiones* ²⁰⁵ son puestos en duda por el mismo Gayo como el de la *pignoris capio*. ²⁰⁶

El procedimiento de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, donde probablemente se gestaron los juicios de buena fe resultaba desconocido, salvo su nombre que se había descubierto en las Notas de Valero Probo, pues el manuscrito de Verona donde se descubrieron las institutas de Gayo, presentaba una laguna de 48 líneas en esta parte. Sólo en 1933 se encontró en Egipto un manuscrito con el Libro IV de la obra gayana, comenzando recién ahí el estudio de materias como las de la referida *legis actio*. ²⁰⁷

Mientras persista nuestro desconocimiento sobre materias procesales, ninguna de las teorías sobre el nacimiento de la compraventa como contrato consensual de buena fe será definitiva.

Como sea, para quienes piensan que el contrato consensual nació tempranamente por obra del Pretor Peregrino (242 a. C.), y que ven en Catón (*de agricultura* 144- 150) ya la compraventa clásica, explicando a Varrón presumiendo el simple deseo de reforzar la compraventa con estipulaciones ²⁰⁸, diremos que al menos es seguro que los textos jurídicos, desde Servio en adelante, se mueven dentro del ámbito del negocio consensual de buena fe y eso basta para los fines de este estudio.

V.- La Compraventa consensual clásica. Algunas características fundamentales.

Ya en época clásica, desde fines del período republicano, bien podemos definir a la compraventa como: un contrato consensual bilateral y de buena fe, del Derecho de gentes, en virtud del cual uno de los contratantes, llamado vendedor (*venditor*), se obliga a transferir al otro la posesión de la cosa (*merx*), garantizándole su pacífico goce (*habere licere*), a garantizar la evicción y a indemnizar por su dolo, mientras el otro contratante, llamado comprador (*emptor*), se obliga como contraprestación a transferirle el dominio de una cantidad de dinero denominada precio (*pretium*). ²⁰⁹

²⁰⁴ Instituciones de Gayo 2,24.

²⁰⁵ Instituciones de Gayo 4,26.

²⁰⁶ Instituciones de Gayo 4,29.

²⁰⁷ Scialoja, Vittorio: Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y Defensa de los Derechos, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, págs. 141 y 142.

²⁰⁸ Watson, Alan: The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford University Press, London, 1965, págs. 40 y 41.

²⁰⁹ Dig. 19,4,1,pr.

Como contrato la compraventa es especialmente interesante. Se trata del contrato mercantil por excelencia²¹⁰. Al ser del Derecho de gentes queda abierto tanto para ciudadanos como para peregrinos.

Más aún, es uno de los contratos por excelencia en la época clásica.²¹¹ En efecto, aunque existan dudas entre los romanistas, creemos que d'Ors (tal vez en su aporte más importante a esta ciencia), ha acertado cuando señala que el verdadero contrato en época clásica es aquel del cual surgen acciones recíprocas²¹², tal como lo señala Labeón (1 ed.) en Digesto 50,16,19, de quien conocemos esta afirmación a través de Ulpiano (11 ed.) autor del pasaje que transcribimos en este lugar:

*"Labeón, 1 <ed.>, distingue entre hacer "actos", "gestos" y "contratos", y lo define así: "acto" es un término general, hágase con palabras o de hecho, como la estipulación y el pago de dinero; "contrato" es la obligación recíproca, que los griegos llaman synallagma, como la compraventa, la locación conducción <o arrendamiento>, la sociedad; "gestum" <o gestión> quiere decir lo que se hace sin declaración de palabras."*²¹³

En efecto, la compraventa es un contrato porque, según la mentalidad clásica, genera obligaciones recíprocas²¹⁴. Por lo tanto, en esta época no hay más contratos que los bilaterales, los cuales cuentan con acciones de buena fe, y para aclarar más la visión romana no hablemos de contratos sino de juicios o acciones de buena fe para exigir obligaciones recíprocas, que son los que el pretor ordenó en su Edicto XIX. No debe movemos a engaño la enumeración labeoniana, y pensar que sólo los contratos consensuales serían los que participarían de esta categoría. Existen otros como la fiducia y el depósito²¹⁵, los que si bien son reales y, por tanto, nacen como unilaterales, pertenecen a la categoría de los contratos sinalagmáticos imperfectos, es decir aquellos que eventualmente se transforman en bilaterales y es en este contexto que se trata de contratos que generan acciones recíprocas.

Además de estos "contratos", existen los "créditos", obligaciones unilaterales de objeto cierto²¹⁶, que no consideran la unidad de la relación total que puede haber entre

²¹⁰ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 488.

²¹¹ Samper Polo, Francisco: Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1982, pág. 359.

²¹² Di Pietro, Alfredo: Gayo. Institutas, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 448, nota 92.

²¹³ *Labeo libro primo Praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, uaedam gerantur, quaedam contrahantur. Et "actum" quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel numeratione; "contractum" autem ultro citroque obligationem, quod Graeci □□□□□□□□□□ vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem; "gestum" rem significare sine verbis factam.*

²¹⁴ Hanisch, Hugo: "Obligatio ex lege", Revista de Estudios Histórico Jurídicos, 4, 1979, pág. 53. El autor precisa que las palabras de Labeón no importan una clasificación, sino una descripción de como se realizaban los negocios jurídicos.

²¹⁵ d'Ors, Alvaro: Réplicas Panormitanas II, El "contractus" según Labeón (A propósito de una crítica de Albanese), Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, I, 1976, pág. 24.

deudor y acreedor, sino tan sólo la prestación que el primero debe realizar. Por ello es que en los créditos, por ejemplo, no opera la compensación pues está fuera de la relación unilateral estrictamente provocada por el crédito. Ellos, en general, corresponden a lo que Justiniano denominó obligaciones de estricto derecho y, dada la distinta naturaleza de estas acciones, aparecían lejos de las contractuales "de buena fe", en el Edicto XVII. Las causas de los créditos son la *datio*, la *stipulatio* y la *expensilatio*, y la acción típica es la *condictio*.²¹⁷

Aunque tanto en la compraventa como en la estipulación hay un sustrato consensual básico, no debe movemos a engaño y pensar que ambos son contratos por el solo hecho de que en ambos se presenta un acuerdo de crear obligaciones. Lo que define al contrato son sus acciones recíprocas²¹⁸ (la *ultrocitroque obligatio* de Labeón), no el consenso destinado a crear obligaciones, pese a que exista una cita a Pedio en el Digesto que pareciera contradecimos.²¹⁹

Más tarde será Gayo quien realice una clasificación de las fuentes de las obligaciones en contratos y delitos²²⁰. Acto seguido, subclasifica las que nacen de un contrato en los que se contraen por la cosa (*re*), por las palabras -como la *estipulatio*- (*verbis*), por la escritura (*litteris*) y por el consentimiento (*consensu*). Todos ellos sobre una base consensual y unificados por su característica general de crear obligaciones.

Pero el mismo Gayo advierte las falencias de su sistematización²²¹ al analizar el pago de lo no debido, de donde señala que existe obligación pese a que las partes más parecen querer disolver un negocio que crearlo.²²² Sin embargo, ya indica que puede

²¹⁶ Samper Polo, Francisco: Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1982, pág. 284.

²¹⁷ Cicerón: pro Roscio com. 4, 13-15. En el texto se refiere a la *actio certae creditae pecuniae*, pero ella y la *condictio* son la misma acción. Ver: d'Ors, Alvaro: *Creditum*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXIII, 1963, pag. 356.

²¹⁸ Di Pietro, Alfredo: Gayo. Institutas, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 512, nota 140.

²¹⁹ Dig. 2,14,1,3. En favor de la veracidad de este texto: Biscardi, Arnaldo: *Temas de Derecho Romano. Génesis y Desarrollo del Sistema Contractual Romano*, Edit. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 47.; Mayer Martínez, Federico: *Los Pactos: Su Eficacia Jurídica en el Derecho Romano*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 135; Biondi, Biondo: *Contratto e Stipulatio*, Dott. Antonino Giuffré – Editore, Milano, 1953, págs. 195 y ss.; en contra: Guzmán Brito. Alejandro: *Para la Historia de la Formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídicos y del Contrato (I)*. El Vocabulario de la Negocialidad Jurídica en el Derecho Romano, Revista de Estudios Histórico Jurídicos, XVII, 1995, págs. 89 y 90; una explicación del texto acorde a la noción de *synallagma* como contrato en: d'Ors. Alvaro: *Réplicas Panormitanas II*. El "contratus" según Labeón (a propósito de una crítica de Albanese), Revista de Estudios Histórico Jurídicos. I, 1976, págs. 25 y ss.

²²⁰ Instituciones de Gayo 3,88.

²²¹ No lo acepta así: Biscardi, Arnaldo: *Temas de Derecho Romano. Génesis y Desarrollo del Sistema Contractual Romano*, Edit. Bosch, Barcelona, 1987, págs. 40 y ss.

²²² Instituciones 3, 91.

perfectamente existir un contrato unilateral.

La visión gayana se adapta a la expansión abusiva de los términos contrato y crédito que ya en su época se han entremezclado de manera anárquica.²²³ Sin embargo, la diversa naturaleza de las acciones se mantiene, por lo que se producen las inconsecuencias apuntadas al analizar el contrato como todo negocio destinado a crear obligaciones.

La conexión entre contrato y manifestación de voluntad tendiente a crear obligaciones, de igual modo se hizo sentir en la última jurisprudencia clásica²²⁴, pero siempre en el ámbito de las obligaciones recíprocas, a través de lo que Biscardi²²⁵ llama la *fictio contractus* (ficción de contrato), en virtud de la cual se tiende a dar una ficción de acuerdo para explicar los casos en que el consenso no es tan claro o definitivamente no existe, y que hoy podríamos en algunos casos llamar cuasicontratos.

Si bien Gayo no tuvo influencia entre los juristas clásicos, su sistematización fue perfeccionada en el período post-clásico a través de una obra basada en sus Instituciones llamada *Res Cottidianae*, donde se crea una tercera fuente de las obligaciones: las *variae cuasarum figurae* (varios tipos de causas). En ella se vierten las hipótesis de cuasicontrato, con lo que se establece definitivamente la noción relativa a que el contrato es un acuerdo generador de obligaciones. De esta forma surge la tricotomía en las fuentes de las obligaciones: contrato, delito y varios tipos de causas.

Ya en tiempos de Justiniano, la consagración del contrato tal como hoy lo conocemos se confirma con la cuatripartición de las fuentes de las obligaciones, a partir de la escisión del concepto de las *variae cuasarum figurae* en *quasi ex contractu*²²⁶ y *quasi ex delicto*²²⁷, quedando de forma muy similar hasta nuestros días.

La buena fe²²⁸ en la compraventa no es una disposición anímica ni moral, se refiere a la libertad procesal con que puede actuar el juez quien contará con un amplio *arbitrium* para apreciar las obligaciones en su conjunto y no como simples créditos cruzados²²⁹, pudiendo ir más allá de los rígidos moldes del *ius civile* para proteger las pretensiones de las partes.²³⁰ Se trata de un criterio para una interpretación integrativa que supera lo que

²²³ d'Ors. Alvaro: *Creditum*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXIII, 1963, págs. 361 y ss.

²²⁴ Dig. 50, 17,19. pr.; 11,17,1; 42,4,3. pr.

²²⁵ Biscardi, Arnaldo: *Temas de Derecho Romano. Génesis y Desarrollo del Sistema Contractual Romano*, Edit. Bosch, Barcelona, 1987, págs. 48 y ss.

²²⁶ Instituciones de Justiniano 3,27.

²²⁷ Instituciones de Justiniano 4,5.

²²⁸ Samper Polo, Francisco: *Derecho Romano*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1982, pág. 327.

²²⁹ Di Pietro, Alfredo: *Los Iudicia Bonae Fidei y su Importancia en Materia Contractual*, *Prudentia Iuris*, 36, Noviembre 1994, págs. 39 y ss.

las partes han declarado expresamente ²³¹. Podrá proceder a compensar las obligaciones de las partes gracias a su conexión procesal. Además el juez considerará las excepciones aunque no se hayan insertado en la fórmula sobre la que se desenvuelve el juicio, y tendrá por integrada a la obligación de cada contratante todo cuanto hayan agregado al contrato mediante pacto, por lo que su carencia de acción será solucionada por su accesión a las acciones del contrato. Además de lo anterior, y sin querer agotar el tema, el juez contará con mayor flexibilidad para medir la responsabilidad del demandado y el interés del demandante.²³²

En fin, estas acciones presentan características muy distintas al crédito, regulado por el Edicto XVII, donde las acciones son estrictamente unilaterales ²³³.

La buena fe obligaba a cada parte a cumplir ella misma con la prestación, no a que la prestación se produzca en favor del acreedor sin su necesaria intermediación como sucedía en la *stipulatio*.

Para entender esto digamos que las palabras que se utilizaban en la estipulación eran las siguientes: *Sestertium X milia mihi dari spondes nec? Spondeo!* ²³⁴ (¿Prometes que me serán dados mil sestercios? Prometo!). Nótese que lo que se promete no es "dar" (*dare*), sino que "ser dado" (*dari*), por lo que no importa quien cumpla sino que se cumpla la obligación. Esto guarda completa relación con el carácter abstracto de la fórmula con que se ventilaba la *condictio* en virtud de la cual se exigen los créditos, pues, al no referirse a la causa de la obligación, el juicio va a versar sobre si se verificó o no el deber jurídico del demandado, sin importar cómo.²³⁵

En cambio, en las obligaciones de buena fe la situación es diametralmente opuesta. Así lo aclara una opinión de Celso recogida por Pomponio (11 *Sab.*) en Digesto 21,2,29,1:

“Si hubiese vuelto a comprar yo a su dueño una cosa ajena que me habías vendido, es falso lo que respondió Nerva de que tú, ejercitando la acción de venta, puedas conseguir de mí el precio, como si me hubieses dado la pacífica posesión de la cosa. Celso hijo decía que ello no convenía a la buena fe y que yo tenía la cosa en virtud de otra causa.” ²³⁶

Al ver la evicción en la permuta ya habíamos citado este texto para explicar la noción de la permuta en Celso; señalamos en ese momento que el jurista daba relevancia a la obligación de evitar el dolo malo por sobre los principios estrictos de la evicción. Ahora el

²³⁰ Kunkel, Wolfgang: Historia del Derecho Romano, pág. 99.

²³¹ Voci, Pasquale: Le Obligazioni Romane (Corso di Pandette), Il Contenuto Dell'Obligatio I.I. Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1969, pág. 284.

²³² d'Ors. Alvaro: Derecho Privado Romano, págs. 457 y ss.

²³³ d'Ors. Alvaro: Creditum, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXIII, 1963, págs. 345 y ss.

²³⁴ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Romano Privado, tomo II, pág.9.

²³⁵ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Romano Privado, tomo II, pág. 12.

pasaje nos sirve para demostrar que, a diferencia de lo que ocurría en la estipulación, no importa que el comprador tenga la pacífica posesión de la cosa, sino que sea el vendedor quien se la proporciona, que él sea la "causa" del cumplimiento de la obligación, pues otra cosa "no conviene a la buena fe", por ello es doloso en este caso pretender que la obligación se ha cumplido.

La consensualidad de la compraventa es una de las características más sobresalientes del contrato, pues de la mera voluntad de las partes en cuanto a la cosa y el precio se genera el vínculo entre ellas, sin necesidad de formalidad alguna²³⁷, con lo cual el Derecho romano deja atrás el formalismo que rodeaba a todos sus negocios desde los primeros tiempos. Se puede contratar incluso entre ausentes, por mensajero o por carta.²³⁸

Así como la compraventa se contrae por el consenso, también se resuelve por el consentimiento, siempre que ninguna de las obligaciones haya sido cumplida aún.²³⁹

La cuestión de la consensualidad dio lugar al tratamiento de nuevos problemas jurídicos como es, muy especialmente, el error. Como el error impide la formación del *consensus*, los juristas denominan a su verificación "*dissensus*".²⁴⁰

El error respecto de la celebración de la compraventa misma (una de las partes no entiende que se celebra este contrato), es decir el error *in negotio*, no permitirá el consenso, por lo que no nacerá compraventa alguna²⁴¹. Si el error recae sobre la identidad de la cosa (error *in corpore*), es decir las partes entienden celebrar la compraventa sobre cosas diferentes, tampoco habrá compraventa²⁴². Lo anterior no debe entenderse sólo en relación a la *merx*, sino también al precio, por lo que si una parte entiende vender por una cantidad y la otra por una distinta, ese error *in pretio* será también una forma de error *in corpore*. Tanto el error *in negotio* como el error *in corpore*, por sus similares efectos, actualmente han sido reunidos en la categoría de error esencial.

El error podría recaer, asimismo, sobre la materia de que se compone la cosa (error *in substantia, in materia o in qualitate*)²⁴³, lo que en principio no afecta la validez del

²³⁶ *Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse, quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret, et ego ex alia causa rem haberem.*

²³⁷ Inst. de Gayo 3, 136.

²³⁸ Dig. 18,1,1,2.

²³⁹ Dig. 18,5,5,1.

²⁴⁰ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 129.

²⁴¹ Dig. 18,1,9. pr.; 44,7,57.

²⁴² Dig. 18,1,9. pr. y 2; 44,7,57.

contrato, pues no se puede decir que no hay consenso sobre el objeto, y en esto nada importa la idea que internamente tengan las partes respecto de la materia de que se compone el objeto²⁴⁴. Ahora bien, si la substancia de la cosa ha sido tratada por las partes para consentir en la venta y, de buena fe, ocurre que la cosa no estaba hecha de aquello que se creía se produce el error *in substancia*, equiparándose sus efectos a los del error *in corpore*, pues se cree que se ha comprado una cosa por otra por lo que el consentimiento en cuanto al objeto no se produce.²⁴⁵

La cosa (*merx*) debe reunir ciertos requisitos; ya podía tratarse de una cosa singular, corporal o incorporeal²⁴⁶, ya sea ésta un derecho real sobre cosa ajena, o un derecho personal²⁴⁷ (como un crédito o el ejercicio de un derecho de usufructo)²⁴⁸. También se permite la venta de una universalidad como ocurre en el caso de una herencia (*venditio hereditates*).²⁴⁹

Como la compraventa gira en torno a la posesión y no al dominio, puede venderse tanto la cosa propia como la ajena²⁵⁰. Pese a que en términos generales la compra de cosa propia no vale²⁵¹, excepcionalmente se permite comprar aquello de que se es propietario pero no se tiene la posesión a aquel que la posee actualmente, de modo que se le asegure al comprador que vencerá en juicio sobre la posesión, evitando, por esta vía, las molestias de ese litigio²⁵². Asimismo, la cosa propia se puede comprar bajo condición (porque se puede esperar que deje de serlo).²⁵³

La cosa no necesariamente debía tener una existencia actual. Bien podía ser futura, ya sea esta existencia aleatoria (*emptio spei*), como la captura de peces, aves, o de las cosas que se lanzan al pueblo como regalo (en cuyo caso se considera que la venta ha

²⁴³ Feenstra, Robert: The Dutch Kantharos Case And the History of Error in Substancia. From the Kantharos Case to the Román Texts, Tulanc Law Review, vol. 48, 1974, págs. 849 a 855.

²⁴⁴ Dig. 18,1,9,2: 18,1,14.

²⁴⁵ Dig. 18,1,9,2; 18,1,14; 18,1,41,1; 18,1,11.

²⁴⁶ Dig. 19,3,2; 21,2,10.

²⁴⁷ Dig. 18,4,17

²⁴⁸ Dig. 7,1,12,2.

²⁴⁹ Dig. 18,4.

²⁵⁰ Dig. 18,1,28.

²⁵¹ Dig. 18,1,16.

²⁵² Dig. 18,1,34,4.

²⁵³ Dig. 18,1,61.

existido desde el primer momento ²⁵⁴, pues se ha comprado la esperanza, el azar, más que el resultado, por lo que no importa si la esperanza se llega a realizar o no ²⁵⁵), o bien, puede tratarse derechamente de una cosa que se espera que tenga existencia futura (*emptio rei sperata*), por lo que el contrato nacerá sólo cuando la cosa llegue a existir, aunque, si así ocurre, se considerará que el contrato nació desde el momento del consenso. ²⁵⁶

En cualquier caso la cosa, si es que no existe al momento del contrato, al menos debe poder existir ²⁵⁷; de otra forma la compraventa es nula ²⁵⁸. En caso de destrucción de la cosa, si la mitad o más han subsistido, sólo en época justiniana se mantendrá vigente el contrato, con una reducción proporcional del precio. ²⁵⁹

La cosa debía ser jurídicamente posible, es decir, debe estar dentro del comercio, siendo nulas las ventas ²⁶⁰ de aquellas cosas que por la naturaleza, el Derecho de gentes o el civil han quedado fuera ²⁶¹, como es el caso de las cosas de Derecho divino, tales como las cosas santas, sacras y religiosas ²⁶²; y las cosas de Derecho humano que por su naturaleza corresponda su goce a todos los hombres ²⁶³; como también las cosas públicas ²⁶⁴ y las de la universalidad (como opuestas a las cosas que son de los particulares), que se encontraban en manos de los municipios y las colonias, tales como los teatros, estadios, etc.. ²⁶⁵

²⁵⁴ Thomas, J. A. C.: *Venditio Hereditatis and Emptio Spei*, Tulane Law Review, vol. XXXIII. N°3, Abril 1959, pág. 544.

²⁵⁵ Dig. 18,1,8,1.

²⁵⁶ Dig. 18,1,8,pr.

²⁵⁷ Cuenca Boy, Francisco: *La Idea de Rerum Natura Como Criterio Básico de la Imposibilidad Física de la Prestación*, Revue Intemationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Serie, Tome XL, 1993, págs. 244 v ss.

²⁵⁸ Dig. 18,1,57 y 58.

²⁵⁹ Rasi, Piero: *Il Patto Di Riscatto Nella Compravendita, Pactum de retrovendendo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1959, pág. 17.

²⁶⁰ Murga, José Luis: *Una Actio In Factum de Ulpiano para la Venta de Sepulcros*, Revue Intemationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Serie, Tome XXI, 1974, págs. 299 y ss.

²⁶¹ Dig. 18,1,34,1.

²⁶² Inst. de Gayo 2, 2 al 8.

²⁶³ Inst. de Justiniano 2,1,1 y 5; Dig. 47,10,13,7; 50,16,96.

²⁶⁴ Inst. de Gayo 2,2; Dig. 18,1,6.

²⁶⁵ Inst. de Justiniano 2,1,6.

Si bien este principio siguió rigiendo en tiempos de Justiniano, se le incorporó un matiz en favor del comprador que de buena fe ignora que el objeto no está en el comercio dando validez a la venta²⁶⁶, seguramente con el fin de hacer subsistir la responsabilidad que emana del contrato y que está a cargo del vendedor.

También la cosa debe ser lícita, es decir, aún estando dentro del comercio no debe existir alguna prohibición absoluta o relativa que impida su venta.²⁶⁷

Respecto del precio, éste es el nombre técnico que recibe el objeto sobre el que recae la prestación del comprador.²⁶⁸ Como ya hemos visto, no hay duda acerca de que éste debe consistir en dinero²⁶⁹, según la doctrina proculeyana que finalmente (desde Juliano) logró prevalecer; aunque tampoco hay inconvenientes, dado que la compraventa nace con el consentimiento de las partes, en que al momento de cumplirse la prestación el vendedor reciba una cosa distinta de dinero a la manera de una *datio in solutum* (dación en pago), sin que por esta circunstancia la compraventa degenera en permuta, aporte otorgado por la doctrina sabiniana.²⁷⁰

Este precio debe ser, respecto de su cuantía, determinado²⁷¹ o determinable, ya sea por las partes conjuntamente (nunca puede quedar a la estimación de una sola de las partes²⁷²) o por un tercero, a pesar de que Labeón se oponía a esto último.²⁷³

En época clásica no había limitación alguna para fijar el precio. Se consideraba que era natural en la compraventa el que las partes se engañaran para tratar de comprar en menos lo que vale más, o vender en más lo que vale menos.²⁷⁴ No se debe olvidar que como contrato de buena fe que es, en la compraventa está excluido el dolo, por lo que esta libertad para fijar el precio no significa que las partes puedan actuar con dolo malo una respecto de la otra.²⁷⁵

²⁶⁶ Dig. 18,1,4-5y6.

²⁶⁷ Dig. 18,1,52; 39,2,48; Código 8,10,2.

²⁶⁸ Rasi, Piero: *Il Patto Di Riscatto Nella Compravendita, Pactum de retrovendendo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1959, pág. 17.

²⁶⁹ Inst. de Just. 3,23,2.

²⁷⁰ Dig. 18,1,79.

²⁷¹ Inst. de Gayo, 3,140.

²⁷² Dig. 18,1,35,1.

²⁷³ Inst. de Gayo 3,140. Cód. 4,38,15; Inst. de Justiniano 3,23,1.

²⁷⁴ Dig. 19,2,22,3; 4,4,16,4

²⁷⁵ Guzmán Brito, Alejandro: *Derecho Privado Romano*, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág.136.

Sólo con Justiniano surge una limitación para la fijación del precio en las compraventas de inmuebles. Se trata de la lesión enorme (*laesio enormis*)²⁷⁶, nombre introducido por los juristas medievales. El primer antecedente lo encontramos en los primeros tiempos del período post-clásico, también llamado epiclásico, el año 301 d.C., donde Constantino fijó el precio máximo al que se podían vender ciertas cosas, pero la transgresión de este edicto en nada afectaba la validez del contrato, imponiéndose sólo ciertas multas. Esta medida fue adoptada por razones de carácter económico más que jurídico.²⁷⁷

Justiniano establece la lesión enorme a través de interpolaciones en rescriptos de Diocleciano y Maximiano.²⁷⁸ Favorece sólo al vendedor que vende una cosa por una cantidad inferior a la mitad del justo precio establecido al momento del contrato. Cuando esta lesión ocurría, el vendedor tenía una acción para recuperar la cosa, devolviendo la cantidad recibida, frente a lo cual el comprador podía conformarse o pagar la diferencia entre el precio ya entregado y el justo precio.

Cuando existe el consenso entre las partes respecto de cosa y precio, la reunión de estos tres elementos (consentimiento, cosa, precio), perfeccionan la compraventa.²⁷⁹ De ella surgirán las obligaciones que competen a cada parte.

La naturaleza de negocio obligatorio que tiene la compraventa, es una de las creaciones más originales de los romanos. En los sistemas jurídicos de la antigüedad, mientras más se ha conocido de ellos, se aprecia como con mayor fuerza toman el camino inverso, es decir, para ellos la compraventa no es una obligación sino la entrega misma de las prestaciones, especialmente la entrega que realiza el vendedor; antes de ello no existe compraventa.

Por lo tanto, en otros pueblos de la compraventa nacen derechos reales y no puras obligaciones como ocurrió en Roma, donde el nacimiento de derechos reales queda en espera del cumplimiento de las obligaciones que genera el contrato²⁸⁰ y, por lo demás, no siempre surgirán derechos reales en favor del comprador. Incluso en muchos de los modernos códigos, pese a fundarse en el sistema romano, la compraventa tiene efectos reales en cuanto al traspaso de la propiedad de la cosa al comprador (aunque en Chile no es el caso), ya no como en los pueblos antiguos, por la materialidad con que se apreciaba la compraventa, sino que por la influencia- de la especulación iusnaturalista

²⁷⁶ Un interesante y breve artículo sobre el desarrollo histórico, en todo caso posterior, a partir de esta institución, en el Derecho Anglosajón, ver: Simpson, A. W. B.: The Horwitz Thesis and the History of Contracts, The University of Chicago Law Review, vol.46, n°3, spring 1979, págs. 533; en este tema, también: Withman, James Q.: The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce: Some Dutch Evidence, The Yale Law Journal, vol. 105, no 7, Mayo 1996, págs. 1841 y ss.

²⁷⁷ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág.137.

²⁷⁸ Cód. 4,44,2 y 8.

²⁷⁹ Dig, 18,6,8.

²⁸⁰ Arangio- Ruiz, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 375.

que influyó en el código francés, según la cual el solo consentimiento debía ser capaz de producir efectos reales.²⁸¹

VI.- La compraventa clásica y sus relaciones con la adquisición del dominio.

Sobre la obligación de entregar la posesión ya hemos hablado al contrastarla con la permuta, pero éste es el momento de referirnos a la relación que existe entre la compraventa y la adquisición del dominio por parte del comprador.

Si bien el vendedor sólo se obliga a entregar la posesión, tratándose de cosas *nec mancipi*, vimos que esta entrega de posesión se llama técnicamente tradición cuando es realizada, en términos generales, por el vendedor-dueño. Esta tradición, de la cual hablaremos con alguna mayor profundidad más adelante, traspasará el dominio al comprador, pero no porque la compraventa deje de ser un negocio que versa sobre la posesión para pasar a ser uno relativo a la adquisición del dominio, sino porque la tradición, al estar también fundada sobre la posesión, logra operar sus efectos propios produciendo esta apariencia.

Respecto de las cosas *mancipi*, ellas no se pueden transferir por la tradición, que es una institución del Derecho de gentes, sino que por *mancipatio* o *in iure cessio* que son modos del Derecho civil. Por lo tanto, en estos casos el comprador recibirá sólo la posesión de la cosa, la que lo conducirá a adquirir posteriormente el dominio por el paso del tiempo en virtud de la usucapión.

Sin embargo, en época clásica la tradición de una cosa *mancipi* será considerada por el Derecho pretoriano como un modo de adquirir el dominio, si bien no del Derecho civil, si en la práctica procesal, gracias al amparo del pretor. Este sentido práctico de la propiedad hace decir que aquellas cosas se encuentran de hecho en el patrimonio del comprador, entre sus bienes (*in bonis habere*), por lo que a esta propiedad pretoriana se le llama también propiedad bonitaria. En relación a la compraventa, el pretor protege al comprador que peligra de ser privado de la cosa a consecuencia de que civilmente aún no es el dueño otorgándole una excepción ante el ataque doloso del vendedor-dueño o de un tercero de peor derecho. Se trata de la *exceptio rei venditae et traditae* (excepción de cosa vendida y entregada)²⁸². En este caso, por las mismas razones antes dichas en relación a la tradición de una cosa *nec mancipi*, la compraventa tampoco deja de ser un negocio relativo a la posesión para pasar a ser un negocio sobre la adquisición del dominio aunque se produzca el dominio bonitario.

Donde resulta más difícil de explicar la naturaleza de la compraventa es en aquellas

²⁸¹ Guzmán Brito, Alejandro: La Transferencia del Dominio en el "Código Civil" del Perú de 1984. Breves Observaciones a Diez Años de su Vigencia, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N°1. 1996, págs. 21 y 22.

²⁸² Palermo, Antonio: Studi Sulla "Exceptio" Nel Diritto Clásico, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1956, págs. 150 y 151.

ventas en las que efectivamente se realiza la *mancipatio* en favor del comprador.

Ya antes vimos el caso celsiano en Digesto 12,4,16, donde el jurista aclara acertadamente que una cantidad de dinero dada para obtener la propiedad sobre un esclavo (por *mancipatio*) no es una compraventa sino una permuta o, en lenguaje clásico, una *datio ob rem* unida a una *datio ob causam*.

Este caso extremo está tal vez poco matizado, pues sobre la base de una compraventa se puede agregar a la obligación de entregar la posesión la de transferir el dominio. Ahora, cuando esto ocurra, será cuestión difícil dilucidar en la práctica cuándo el negocio de las partes versó sobre una compraventa, a la que se le agrega esta obligación, y cuándo versó inmediatamente sobre la transferencia del dominio. Esta es una cuestión, en todo caso, más de hecho que teórica. Habrá que indagar si las partes comenzaron las negociaciones en torno a dar una determinada cosa o a vender y luego se realizó la mancipación. De aquí habrá que ver si fundan su esperanza de recibir la cosa o el precio en su respectiva dación o en el consentimiento. Como sea, pensamos que si no es el vendedor quien ofrece la dación o la estipulación respecto a ella y, en cambio, el comprador es el que exige la dación, aquí deja de haber compraventa pues dará dinero para que se dé la cosa.

En todo caso en nada obsta que se estipule la mancipación para que subsista la compraventa que le sirve de base. Así parece claro para Pomponio (9 Sab.), en Digesto 19,1,3,1.

Todo lo dicho se puede confirmar en la lectura de un tríptico que ha llegado a nosotros en una obra de casos jurisprudenciales del español García Garrido.²⁸³ Se trata de la venta de una niña esclava, realizada en plena época clásica, donde se incluye tanto su mancipación como la estipulación por el doble para el caso de la evicción:

"Máximo Batón ha comprado una niña esclava, llamada Pasia, aunque también puede ser conocida por otro nombre, de 6 años aproximadamente, portadora de ofrendas, y el (comprador) la ha recibido por mancipación de Dasio Verzón Pirusta de Kaviericio por 250 denarios. El vendedor garantiza que esta niña goza de buena salud, está libre de esta responsabilidad por hurto o delito, que no es fugitiva y que no tiene el vicio de fugarse.

Si el comprador Máximo Batón, o aquel a quien la esclava pertenece, es víctima de una evicción total o parcial, que le prive de su pacífica posesión, Máximo Batón ha estipulado y Dasio Verzón Pirusta de Kaviericio ha prometido pagar el doble del precio (recibido).

Por la mencionada esclava Dasio Verzón declara haber recibido a Máximo Batón 250 denarios.

Hecho en Kartum el 16 de las kalendas de abril, siendo cónsules por la segunda vez Tito Elio César Antonino Pío y Bruto Presente. (17 de Marzo del año 139 d.C.)".

Nos remitimos a todo lo dicho sobre la compatibilidad entre compraventa y

²⁸³ García Garrido, Manuel Jesús: Derecho Privado Romano. II. Casos y Decisiones Jurisprudenciales, Madrid, 1980, págs. 322 y 323.

mancipación, como asimismo, a la necesidad de estipular por el doble frente a la ineficacia de la *actio auctoritatis*.

En el caso de las cosas *nec Mancipi*, desde la época arcaica es posible celebrar una estipulación sobre la posesión pacífica de la cosa (*stipulatio rem habere licere*), como se vio al transcribir las ventas varronianas de ganado, y, en virtud de ésta, hacer responsable al vendedor en caso de evicción. En todo caso, queda entregado a la voluntad de las partes realizarla o no y la posible introducción de cuantía (*duplae*, *simples*, etc.). Como sea, después de Juliano²⁸⁴ (siglo II d.C.), la responsabilidad por evicción se inserta en la naturaleza de la compraventa, por lo que las partes estipularán sólo para mejor protegerse agregando a las acciones del contrato la de la estipulación.

Veamos otro ejemplo, sacado de la misma fuente que el caso anterior²⁸⁵, donde se deja constancia de haberse vendido y entregado un caballo (que como no está adscrito al trabajo de la tierra es cosa *nec Mancipi* en nuestra opinión), además de estipularse por el doble. Se trata de un papiro descubierto en Egipto y que hoy se conserva en Florencia, también publicado por Arangio-Ruiz (Fontes. III Negotia, n. 136):

"Cayo Valerio Longo, caballero del ala Apriana, ha comprado un caballo negro de Capadocia por (el precio) de 2.700 dracmas augusteas a Cayo Julio Rufo, centurión de la legión XXII. Este caballo puede beber como cualquier otra bestia de carga... descripción conocida de todos.

Para el caso de evicción, Cayo Valerio ha estipulado y el centurión Cayo Julio Rufo ha prometido el pago puntual del doble del valor de la cosa, según costumbre.

El centurión C. Julio Rufo declara haber recibido del comprador C. Valerio Longo las 2.700 dracmas augusteas y haberle hecho entrega del mencionado caballo.

Hecho el 7 de las idus de Ju(nio), siendo cónsul por la 8a vez el emperador Vespaciano y su hijo el César Domiciano por la 5a vez (7 de Junio del año 77 d.C.)"

Pero aparte de estas estipulaciones (*rem habere licere*, *simples* y *duplae*), las fuentes nos hablan de la *satisfactio* y *repromissio secundum Mancipium*.

Para nosotros .ésta era la forma de estipular que se realizará *Mancipatio* en una compraventa²⁸⁶. La mayoría de los romanistas han ligado esta estipulación a aquellas que, según recién explicamos, se utilizan para garantizar la responsabilidad por evicción²⁸⁷ dado que pasajes de Cicerón (*ad Atticum* 5,1) y de la fórmula Bética encontrada en España en 1867, hablan de ella.

²⁸⁴ Dig. 19,1,11,13 y 15.

²⁸⁵ García Garrido, Manuel Jesús: Derecho Privado Romano. II. Casos y Decisiones Jurisprudenciales, Madrid, 1980, pag. 325.

²⁸⁶ A favor : Fuenteseca, Pablo: "Mancipium-Mancipatio-Dominium", Labeo, 4(1954)2, pág. 142.

²⁸⁷ Watson, Alan: The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford University Press, London, 1965, pág. 83, aunque señala que parece imposible dar una respuesta clara; Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1961, vol. 2, pág. 329 y ss.

Pero en este caso ¿qué sentido tendría que la garantía siguiera el ejemplo de la *mancipatio* : “*secundum Mancipium*”? Justamente, las otras estipulaciones se realizaban ante la ineficacia de la *actio auctoritatis* debido a la forma puramente simbólica del negocio mancipatorio que la había transformado en un mero acto de transferencia del dominio. La única utilidad que podría haber prestado de esta forma aquella estipulación tendría un efecto puramente personal, impidiendo la reivindicación por parte del vendedor, pues de acuerdo al Derecho civil seguía siendo dueño de la cosa. Pero esto sería innecesario pues el Derecho objetivo (civil y pretorio) impedía que esto ocurriera. Así se indica en las fuentes en un pasaje de Ulpiano (29 *Sab.*), ubicado en Digesto 21,2,17:

“*Para nadie es dudoso que reivindicando el vendedor una cosa que él mismo vendió, puede ser rechazado por la excepción de dolo, aunque hubiese adquirido la propiedad por otra causa, pues es inadmisibles intentar la evicción de la cosa enajenada por uno mismo. No obstante el comprador puede elegir entre retener la cosa, rechazando la demanda por la excepción, o, al quedar despojado de la cosa, conseguir el doble en virtud de la estipulación.*”²⁸⁸

Entonces, sí resulta que es inverosímil que una estipulación imite la situación que se produce en la *mancipatio* respecto de la evicción, dado que ésta hace tiempo que se ha transformado en un mero modo de adquirir. Por lo demás, hace tiempo que se utiliza la estipulación por el doble, que nace, justamente a imitación de la mencionada acción de la *mancipatio*. Así se desprende del testimonio de Varrón, proveniente del tiempo de la doble estipulación, ubicado en *Rerum Rusticarum* (De las Cosas Rústicas), 2,10,5, donde se indica lo siguiente respecto de las compraventas de esclavos:

“*... si no se hace mancipación, se estipula el doble, o bien, si es que se pacta de este modo, se hace estipulación simple...*”²⁸⁹

Para Alvaro d’Ors²⁹⁰, la *satisdatio secundum Mancipium* es la que vino a reemplazar a la *actio auctoritatis* cuando la *mancipatio* se hizo *nummo uno*. Responde a un caso especial de evicción que se produce en la venta de un fundo, caso en el que el vendedor sólo responde de evicción a consecuencia de una servidumbre que se hallaba establecida sobre éste (*vindicatio servitutis*) en el caso que lo haya vendido expresamente como libre de cargas, con lo que, dejando de lado el caso de la *reivindicatio* y la *vindicatio usus fructus*, donde la venta de fundos no hacía excepción, debiéndose responder de todo vicio que se conocía y no se declaró, en este caso la evicción cuenta con reglas especiales, pues se responde sólo de los vicios cuando se declaró expresamente que no existían, no importando en caso de omisión, que se haya tenido conocimiento de la existencia de servidumbres que graven el fundo.²⁹¹

²⁸⁸ *Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoverti, nemini dubium est, quamvis alio iure dominium quaesierit; improbe enim rem a se distractam evincere conatur. Eligere autem emtor potest, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi..*

²⁸⁹ *... si Mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla...*

²⁹⁰ d’Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, págs. 493 a 495.

Sin embargo, la conjetura puede ser apresurada, pues las fuentes en que se basa hablan de ventas y de entregas. Sobre esta base no es posible decir que éste sea un principio de la mancipación de fundos, pues para ello habría que considerar los pasajes como interpolados, pero en ellos nada logra demostrar fehacientemente que se haya transferido la propiedad, y, como la venta versa sobre la posesión, no es poco probable que la mención a la entrega sea verdadera. En este caso, éste sería un principio de la "venta" de fundos, no de su mancipación, por lo que cualquier estipulación sobre la evicción tendría que operar de la misma forma sobre esta cuestión, con lo que vuelve a plantearse el problema de la utilidad de esta forma de estipular la evicción ante la existencia de las otras estipulaciones (*duplae, simplae, rem habere licere*).

El único caso realmente interpolado es el de Digesto 41,1,20, donde evidentemente se ha cambiado mancipar por entregar, repitiéndose la norma sobre evicción y servidumbre. Pero aquí enseguida Ulpiano agrega que "se debe indemnizar por ello", sin mencionar estipulación alguna. Aunque no se mencione la causa de la estipulación, lo más probable es que ésta sea una compraventa, entonces: ¿será acaso que en esta época, en que la responsabilidad por evicción ya era un elemento de la naturaleza del contrato, no hacía falta la estipulación y este supuesto quedaba cubierto por la *actio empti*? Si esto se acepta, resulta probable que, aunque la norma proviniera efectivamente de la *mancipatio*, en el tiempo en que todavía debía hacerse estipulación ya se entendiera que eran parte de la evicción de los fundos en toda compraventa las normas respecto a las servidumbres, y que, de esta forma, pasara posteriormente a considerarse como un elemento de la naturaleza del contrato. En consecuencia, por aquella generalización quedará cubierta por la *actio empti*. Esto hace que nuestra conjetura sobre que esta sería una reglamentación propia de la evicción en la compraventa, con lo que cualquier estipulación operaría bajo los mismos cánones al respecto, resulte al menos probable.

Si se rechazara la hipótesis de que Ulpiano estaría pensando en la *actio empti*, ¿a qué indemnización se refiere el jurista?, pues la *actio auctoritatis* ya no tiene ninguna eficacia ni tampoco se ha celebrado estipulación alguna. Esto es algo, sin duda, muy difícil de responder.

Con lo dicho, la tesis dorsiana no parece definitiva, por lo que seguiremos nuestro propio camino, el que tal vez sea más satisfactorio.

Para nosotros, se puede pensar que esta estipulación está ligada a la *mancipatio* por su única función relevante, cual es, como ya tantas veces hemos dicho, la de transferir el dominio. Si pensamos que, ante la sobre abundancia de estipulaciones relativas a la evicción, no hay una explicación decisiva que le otorgue una función especial respecto de las demás (la estipulación por el doble ya imita el efecto práctico que antes tuvo la *actio auctoritatis*, no se puede, tampoco, esperar que la *satisdatio secundum mancipium* cree una obligación igual a la de dicha acción, pues ello carecería de sentido, ya que la responsabilidad por *auctoritas* es meramente simbólica en este tiempo (ya la *estipulatio rem habere licere*, impone una responsabilidad sin múltiplo, donde se deberá estimar su cuantía), en consecuencia, lo único que queda es que en virtud de ella el vendedor se

²⁹¹ Dig. 18,1,66, pr.; 18,1,59; 21,2,75; 41,1,20,1.

obligue a mancipar.

Esta sería la estipulación de dar el dominio de que nos hablaba Pomponio en Digesto 19,1,3,1. Y respecto de ella se subentiende que el vendedor se ha obligado también a proporcionar la pacífica posesión de la cosa. En este sentido la estipulación de mancipar tendría alguna importancia en materia de evicción, pues incluiría a la *stipulatio rem habere licere*. Si existiera una *stipulatio secundum Mancipium* destinada sólo a garantizar la evicción, ¿se entendería que Pomponio dijera que cuando se ha estipulado mancipar un fundo la *stipulatio* que se sobre entiende es la *habere licere* y no la *secundum Mancipium*? Si la explicación que los romanistas han dado fuera cierta este pasaje no tendría ningún sentido.

Por otra parte, siendo tan común observar compraventas que incluyen una mancipación, cosa que jamás formó parte de la naturaleza del contrato, es bastante verosímil que esta frecuente estipulación haya adquirido un nombre.

Debemos reconocer que el nombre de esta estipulación no es demasiado favorable a nuestra tesis, pues no parece referirse a un *Mancipium* futuro, sino que a uno ya establecido, pero esto se podría deber simplemente a un abuso del lenguaje. En todo caso, nuestra explicación nos parece, por ahora, todavía satisfactoria.

Lo importante de todo esto es que la transferencia de dominio, aún por *Mancipatio*, no hace perder a la compraventa su carácter de institución basada en la posesión, siempre; eso sí, que las circunstancias no la transformen en una permuta como en el caso celsiano que ya vimos. El caso concreto de la *Mancipatio* no debe pensarse que está inserto en la compraventa sólo gracias a una estipulación. La sola buena fe del comprador puede conducirlo a mancipar con el fin de proteger de mejor forma la posesión del comprador, cosa que ya habíamos señalado en otro lugar. Pero si se obligó por estipulación, creemos que ésta no sólo vale en cuanto tal, generando las acciones que le son propias, sino que también pueden valer como pacto, uniéndose entonces a las acciones de la compraventa.

Que una estipulación pueda valer como pacto en una compraventa no es un fenómeno extraño.

La *acceptilatio*, que consiste en una estipulación formulada para extinguir las obligaciones emanadas de una estipulación anterior, sería un ejemplo de lo que acabamos de decir. Cuando la *acceptilatio* pretende cancelar obligaciones que no son generadas *verbis* (*stipulatio*), es necesario reunir las en virtud de otra estipulación que, teniendo efecto novatorio, las transforme en una sola obligación nacida *verbis* (*estipulatio Aquiliana*) para poder, ahora sí, extinguirla por la *acceptilatio*. Pero si este paso previo no se verificaba, igualmente vale la *acceptilatio* como pacto de no pedir.²⁹²

Veamos que nos dicen las fuentes sobre la *acceptilatio* en relación a la compraventa. Un dato fundamental lo entrega Juliano (15 dig.), en Digesto 18,5,5, pr.:

“Cuando el comprador al vendedor o el vendedor al comprador haya cancelado la deuda por acceptilación la voluntad de uno y otro revela ser la de deshacer el negocio, como si entre ellos se hubiese convenido no pedir cosa alguna al otro; pero, para que se

²⁹² d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 262.

*vea más claro, hay que decir que la cancelación por acceptilación, en este caso, vale como convención, y no por su propia naturaleza.”*²⁹³

De esta forma tenemos un ejemplo de estipulación que viene a valer como convención en la compraventa. Lo mismo creemos respecto de la *stipulatio secundum Mancipium*, o como se llame (si es que nuestra tesis al respecto es rechazada). Ella seguramente valdrá como los muchos pactos que se adherían a la manera de negocios accidentales a la compraventa.

De otra forma, sabiendo que la compraventa es un negocio que versa sobre la posesión, nos resulta muy difícil explicar la aplicación que Gayo da a la acción de compra en sus Instituciones 4,131a:

*“Del mismo modo, si, por ejemplo, ejercitamos la acción de compra para que mediante Mancipatio se nos entregue en propiedad un fundo, debemos hacer figurar la siguiente prescripción: EL LITIGIO VERSA SOBRE LA OBLIGACIÓN DE MANCIPAR, con el objeto de que después, si en su caso queremos que se nos entregue la libre posesión, podamos utilizar la misma acción contra el deudor. Si por el contrario, no adoptamos esta precaución, la obligación jurídica se consume totalmente en aquella acción cuya intentio indeterminada reza así: TODO LO QUE POR ESTE ASUNTO DEBA NUMERIO NEGIDIO DAR O HACER A AULO AGERIO, de manera tal que si posteriormente queremos litigar para hacer que se nos entregue la libre posesión, estamos desprovistos de acción.”*²⁹⁴

En este caso es claro que la acción de compraventa ampara, además de la obligación de entregar la pacífica posesión, la de Mancipar y creemos que esto, aparte de poder ser simplemente pactado, podía ser estipulado tal como lo señalaba Pomponio, en cuyo caso, aparte de valer la estipulación como tal, se incorpora en cuanto pacto a la compraventa.

Una última observación al respecto dice relación con la lectura de las fuentes. Muchos romanistas, e incluso nosotros, se adelantan a leer "Mancipar", donde las fuentes señalan "entregar", por la sola presencia de una *merx* que corresponda a una cosa *Mancipi*. Sin embargo, no se puede olvidar que la compraventa naturalmente obliga al vendedor a entregar y sólo producto del acuerdo de las partes podría obligarse a Mancipar.

La apariencia de que la compraventa es un negocio que gira en torno a la adquisición de la propiedad, es lógica si se piensa que el fin natural último que persiguen las partes

²⁹³ *Quum emptor venditori, vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur, et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret; sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.*

²⁹⁴ *Item si uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus Mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuum possessionem nobis tradi, contra debitorem aedem actione uti possimus. Alioquin si minus diligentes in ea re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QUIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere uolentibus de uacua possessione tradenda nulla supercit actio.*

es justamente la adquisición del objeto comprado por parte del comprador, por lo que la *bona fides* obliga al vendedor a procurar que esta adquisición ocurra ²⁹⁵, ya sea por la tradición, por la *Mancipatio* o por la usucapión la que al operar libera al vendedor de su obligación de procurar al comprador la pacífica posesión, por que es el Derecho objetivo el que comienza a ampararlo a través de la propiedad.

Debemos ser cautos para no alejar demasiado la adquisición del dominio respecto de la compraventa, no sólo porque la finalidad de las partes es la adquisición del dominio, ni porque el fin último que persigue esta institución es justamente ése, sino porque no puede verse como excluyente en ciertos casos el transferir juntos dominio y posesión. Tal como aprendimos en nuestros primeros años de estudio: "hay que unir sin confundir y distinguir sin separar".

VII.- La correlación de obligaciones en la compraventa clásica.

Del consenso de comprador y vendedor respecto de cosa y precio, que perfeccionan el contrato, surgirán de manera simultánea las obligaciones de entregar y pagar.

Ninguna de las partes podrá exigir a la otra que cumpla con su obligación sin antes haber cumplido la que le corresponde ²⁹⁶. En el caso del comprador, Ulpiano (32 ed.), en Digesto 19,1,13,8, señala lo siguiente:

"El precio debe ser ofrecido por el comprador cuando se demanda con la acción de compra, y por ello, aunque se ofreciese una parte del precio no se da todavía la acción de compra; pues el vendedor puede retener la cosa que vendió como si fuese una prenda."

²⁹⁷

Respecto del vendedor, tampoco podrá reclamar el precio sin entregar antes la cosa. De esto nos habla Paulo (71 ed.), en Digesto 44,4,5,4:

"Si un esclavo es vendido por el que tenía permiso del dueño para venderlo y el comprador se lo devuelve al dueño a causa de redhibición, se puede oponer la excepción de redhibición al vendedor que reclame el pago del precio, aunque el vendedor haya pagado ya esta cantidad al dueño, pues también se puede rechazar con la excepción de mercancía no entregada al vendedor que ya pagó el precio al dueño de lo vendido, y por

²⁹⁵ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 492

²⁹⁶ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 487.

²⁹⁷ *Offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio; venditor enim quasi pignus retineri potest eam rem, quam vendidit.* Nardi, Enzo: Studi Sulla Ritenzione in Diritto Romano, tomo I, Fonti e Caso, Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, págs. 256 y ss. El autor hace notar, a partir del análisis de otra fuente, como el vendedor no tiene un derecho de prenda sobre la cosa mientras no se le pague el precio, sino un derecho de retención. La prenda legal es un agregado de Justiniano.

*lo tanto, el vendedor debe demandar al dueño del esclavo <la restitución del precio que le adelantó>. Dice Pedio que lo mismo sucede en el caso de vender un gestor de nuestros negocios.”*²⁹⁸

Se trata de la *exceptio mercis non traditae*, creada aproximadamente en el último siglo antes de Cristo.²⁹⁹ Sin embargo, en este caso aparece extendida a supuestos que no son los originales³⁰⁰. Esta *exceptio* en el período clásico se originó en un campo bien específico.

Para Schultz³⁰¹, ésta operaba sin referencia al ejercicio de la acción del comprador (*actio venditi*), sino que en la hipótesis de que el comprador haya prometido el precio mediante estipulación y después sea citado al juicio producido a partir de esa estipulación (*ex stipulatu*), no de la compraventa. Agrega que en el derecho clásico, la cláusula "*ex fide bona*" de la fórmula en el procedimiento hacía inútil la introducción de una excepción fundada en el incumplimiento del contrato, por lo que su generalización ocurriría en época post-clásica.

Sin embargo, parece mejor la opinión de d'Ors³⁰², quien sitúa esta generalización de la *exceptio* después de la época Cesariana, ya que resulta difícil de creer que, justamente, en un juicio de buena fe (donde existe la mayor flexibilidad del juez para contrastar las obligaciones) no existiera esta interdependencia de obligaciones.

Esta excepción, que efectivamente se origina en la estipulación del precio, estaba fijada en el Edicto XLIV, para los banqueros mediadores en una subasta, cuando exigieran al comprador el pago del precio prometido por estipulación³⁰³. En todo caso, siempre subsistirá la posibilidad para ellos y para todos los demás casos, una vez generalizada la excepción, de replicar cuando se haya pactado que no se entregaría la cosa hasta que se pagara el precio.³⁰⁴

Esta correlación entre las obligaciones de buena fe, que implican la posibilidad de excepcionarse del cumplimiento de una obligación cuando la obligación recíproca aún no ha sido cumplida, corresponde a la base con que los canonistas posteriormente

²⁹⁸ *Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino, agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet iam is, qui vendidit, domino pretium solverit. Etiam mercis non traditae exceptione summovetur, et qui pecuniam domino iam solvit; et ideo is, qui vendidit, agit adversus dominum. Eandem causam esse Pedius ait eius, qui negotium nostrum gerens vendidit.*

²⁹⁹ Palermo, Antonio: Studi Sulla "Exceptio" Nel Diritto Clásico, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1956, pág. 149.

³⁰⁰ Lo mismo se puede decir de una constitución de Caracalla del año 212, que aparece en Código 8.45 [44].5.

³⁰¹ Schultz, Fritz: Principios del Derecho Romano, Edit. Civitas, Madrid, 1990, pág. 117, nota 46.

³⁰² d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 487.

³⁰³ Inst. de Gayo 4,126a; Dig. 19,1,25.

³⁰⁴ Inst. de Gayo 4,126a; Dig. 18,1,78,2.

instaurarán una excepción de carácter general denominada "*exceptio non adimpleti contractus*" o excepción de contrato no cumplido, la que erróneamente algunos estudiosos del moderno Derecho civil afirman que no existía en Derecho romano, cosa desmentida por los textos transcritos y citados³⁰⁵, como asimismo, por la comprensión de la estrecha vinculación procesal en las acciones de buena fe.

No debe pensarse que la *exceptio rei venditae et traditae* (excepción de cosa vendida y entregada), tiene una implicancia directa sobre la correlación de obligaciones, como si el comprador pudiese señalar a todo vendedor que quiere recobrar la cosa que ella le pertenece irremediabilmente. Esta excepción, lejos de implicar un problema de correlación de obligaciones, surge para la protección de la propiedad bonitaria cuando el comprador no contaba con la propiedad civil de la cosa (se había hecho sólo tradición de una cosa *mancipi*); y el vendedor dueño o que adquiriría la cosa posteriormente a la compraventa, intentaba reivindicarla.

La correlación de las obligaciones no se agota con esto. Veamos un texto de Digesto 19,1,50, atribuido a Labeón (4^{post.}):

*"No es compatible con la buena fe que cuando el comprador hubiese dejado de deber el precio de la cosa vendida en virtud de un beneficio de alguna ley, antes de serle entregada la cosa, sea compelido el vendedor a entregar y se desprenda de su propia cosa; pero después de entregada la posesión, el vendedor perdería igualmente la cosa <y el precio, pues si reclama la cosa, <el comprador puede oponer la excepción de cosa vendida y entregada para que se considere como si> el reclamante no la hubiese vendido ni entregado."*³⁰⁶

Si bien la parte reconstruida en el texto por Mommsen, carece de estricta lógica, responde a lo que en sustancia allí se señalaba. Labeón, en la primera hipótesis habla de la actual excepción de contrato no cumplido, por medio de la cual sería contrario a la buena fe pretender la entrega de la cosa si se ha relevado al comprador de su obligación de pagar el precio; en la segunda hipótesis, la cosa ya se ha entregado y aunque no se pague el precio ésta no se puede recuperar. Podemos afirmar entonces que una vez cumplida una de las obligaciones, sus efectos se tornan definitivos.

Esto tiene plena coherencia con lo que ya dijimos sobre la resolución de la compraventa, la que se logrará por mutuo disenso siempre y cuando no se hayan cumplido ninguna de las obligaciones todavía. La consecuencia entonces es lógica, una vez realizada una de las prestaciones la parte diligente contará con su acción para exigir la prestación recíproca, pero ya no podrá resolver el contrato, de tal manera que aquello

³⁰⁵ Por ejemplo, es el caso de: Fernández Hierro, José Manuel: La "*Exceptio Non Adimpleti Contractus*", Estudios de Deusto, vol. 43/2, Julio-Diciembre, 1995, pág. 1; Claro Solar, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, tomo undécimo. De Las Obligaciones II. Imprenta Nascimento, Santiago, 1937, págs. 770 y ss. Aunque el autor conoce los textos hace eco de las doctrinas de romanistas de su época.

³⁰⁶ *Bona fides non patitur, ut, quum emtor alicuius legis beneficio puecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur, et re sua careret; possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequae amitteret, utpote quum petenti eam rem <emtor exceptionem rei venditae et traditae obiiciat, ut perinde habeatur, ac si> petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset.*

que ella realizó tendrá siempre su fundamento jurídico (causa) que es el haber obtenido el consenso en la celebración del contrato, por lo que no hay razón para que los efectos de su prestación no se mantengan, ya sea ésta dar el precio o entregar la cosa.

Lo que nunca podrá pactarse en la compraventa es que por ella sólo una de las partes quede obligada. Sólo en la visión sabiniana, más exactamente en Aristón, veíamos que esto era posible, pero recordemos que esta doctrina fue vencida por la de los proculeyanos³⁰⁷. Esto es distinto a lo que ocurre frente al caso fortuito, donde el riesgo pertenece al comprador (*periculum est emptoris*)³⁰⁸, por lo tanto, si sobreviene, éste continuará obligado a pagar³⁰⁹ en razón de que la venta ya se encontraba perfecta.³¹⁰

VIII.- La *lex commissoria* en la compraventa clásica.

1.- Antecedentes previos.

La compraventa podía ser acompañada por una serie de pactos los cuales reciben el nombre de *pacta adiecta*.

El consenso de las partes podía ser modificado de dos formas distintas: a través de lo que hoy se conoce como modalidades (condición, plazo) y los *pacta adiecta* (pactos adjuntos)³¹¹.

Sin embargo, dado el principio de la tipicidad contractual que regía en Roma, en rigor sólo las modalidades vienen a modificar el consentimiento sobre el que se sustenta el contrato de compraventa. En cambio los pactos³¹² se refieren a acuerdos que se agregan a una compraventa ya perfecta. Por lo tanto, la compraventa nace y produce todos sus efectos, para luego venir a ser modificados por el contenido del pacto adjunto.

De la posibilidad de modificar los efectos de la compraventa nos habla Paulo (5

³⁰⁷ Dig. 18,5,1.

³⁰⁸ Alonso Pérez, Mariano: *Periculum est Emptoris* y *Frag. Vat. 16*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXI, 1961, págs. 363 y ss.

³⁰⁹ Theriot, Robert L.: *An Examination Of The Rol Of Delivery In The Transfer Of Ownership And Risk In Sales Under Lousiana Law, III.A. Before the Code Napoleón: Roman and Early French Law*, Tulane Law Review, vol. 60, 1986, págs. 1043 y ss.

³¹⁰ Guzmán Brito, Alejandro: *La Responsabilidad Objetiva por Custodia en el Derecho Romano y en el Derecho Moderno, con una Referencia Especial a la Regla Periculum Est Emptoris*, Revista Chilena de Derecho, vol. 24, no 1, 1997, págs. 193 y ss.

³¹¹ Rasi, Piero: *Il Patto Di Riscatto Nella Compravendita, Pactum de retrovendendo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1959, pág. 19.

³¹² Iglesias, Juan: *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Edit. Ariel, Barcelona, 1994, págs. 403 y ss.

quaest.), en Digesto 2,14,43:

*“En las compraventas, sabemos de qué debe responder el vendedor y de qué, por el contrario, el comprador, pero si se hubiese exceptuado algo en el contrato, debe observarse.”*³¹³

Respecto de la condición, el Derecho romano sólo conoció la condición suspensiva, jamás la condición resolutoria. Así deben entenderse las referencias a una *venditio condicionalis* o *sub condicione*. Si los pactos efectivamente conducían a la resolución del contrato fue porque no se puede olvidar que ellos son una manifestación de la voluntad nueva y distinta de aquella que generó la compraventa, por lo que operan sobre este contrato como un elemento externo, debido a la incompatibilidad de efectos entre ambos acuerdos. Nótese que el pacto también se construye bajo la modalidad de la condición suspensiva. En otras palabras, son acuerdos de resolución de un contrato anterior ya perfecto, sujetos a condición suspensiva.

Este efecto del pacto en la compraventa es posible gracias a que, como ya hemos visto, al ser consensual puede resolverse por una voluntad en contrario o disenso.

Los romanos debieron, por tanto, preocuparse de definir cuales modalidades pasan a integrar el contrato y cuales no. Respecto de la condición (suspensiva), nos habla Paulo (74 ed.), en Digesto 44,7,44,2:

*“Una condición es eficaz si se inserta precediendo a la obligación, pero no si se añade después de determinarse la obligación, por ejemplo: “¿prometes dar cien mil sestercios, si no hubiera llegado la nave de Asia?”, aunque, en este caso, al cumplirse la condición, tendrá lugar una excepción de pacto convenido o de dolo malo.”*³¹⁴

La regla queda claramente formulada, la condición debe insertarse antes de que la obligación sea determinada, en caso contrario la obligación producirá sus efectos de manera pura y simple. En todo caso, la condición que no cumpla con este requisito valdrá como pacto, por lo que, si bien la obligación nace, el deudor cuenta con una *exceptio pacti conventi* (desconocida por el Derecho civil pero que el pretor agregó en su Edicto) o la *exceptio doli*, con la cual podía concurrir, para evitar ser competido al cumplimiento.³¹⁵

Respecto de la compraventa, es posible modificarla por pacto para que se produzca, por ejemplo, una adjudicación a término (*in diem addictio*); vale decir, que la compraventa ya perfecta se pueda resolver en caso de que aparezca un comprador haciendo una mejor oferta. Aunque la naturaleza de este pacto es bastante *sui generis*³¹⁶, tenía cierta

³¹³ *In emtionibus scimus, quid praestare venditor debeat, quidque ex contrario emtor; quods in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id servari debet.*

³¹⁴ *Conditio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti: "centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?" sed hoc casu existente conditione locus eris exceptioni pacti conventi, vel doli mali.*

³¹⁵ Palermo, Antonio: Studi Sulla "Exceptio" Nel Diritto Clásico, Dott. A. Giuffré Editore, Milán, 1956, págs. 133 y 134.

³¹⁶ d'Ors, Alvaro: "In Diem Addictio", Contribución a la Crítica de la Teoría de las Condiciones en Derecho Romano, Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, págs. 193 y ss.

semejanza con la condición y así fue analizada por la jurisprudencia, si bien no están exentas las fuentes de intromisiones compilatorias destinadas a profundizar estas semejanzas hasta equiparar ambas cosas. Lo que nos preocupa ahora a nosotros es apreciar como la condición puede ser parte del contrato o bien ser un pacto. El texto que transcribimos se encuentra en Digesto 18,2,2 y pertenece a Ulpiano (28 Sab.):

*“Se discute, cuando se hace la adjudicación de un fundo a término, si es una compra simple, que se resuelve bajo condición, o si, por el contrario, es condicional. Y me parece que es más cierto que interesa saber qué se quiso hacer. Pues si se quiso que al ser ofrecida una mejor oferta, se deshaga, será una compra simple, que se resuelve por la condición; pero si se convino que la compra se perfeccionaría si no se hacía mejor oferta, será compra condicional. Así, pues, cuando según la distinción hecha, la venta es simple, escribe Juliano que aquél a quien la cosa se adjudicó a término podrá usucapir y lucrarse de los frutos y accesiones, pero también le corresponderá el riesgo si la cosa hubiese perecido.”*³¹⁷

No es el momento de hablar sobre la naturaleza de la *in diem addictio*, pero resulta muy valioso observar el juego de las condiciones en la compraventa. La condición suspensiva impide que la compra nazca, debido a que es parte integrante de ella, pero si las partes buscan resolver el contrato, éste nace y produce todos sus efectos, se dice que la compraventa es "simple", por lo que la condición pasa a ser un elemento ajeno al contrato, tal como habíamos dicho, es una manifestación de voluntad nueva y distinta que busca dar fin a la voluntad que ya había perfeccionado el contrato.³¹⁸

Estos pactos, si bien dogmáticamente no formaban parte del contrato, no necesariamente debían convenirse de manera separada. Bien podían aparecer como cláusulas accesorias que se concluyen junto o inmediatamente después del contrato. En este caso se les denomina pactos adjuntos *in continenti*.

Si se pactan después de que ya se ha consentido en la compraventa, igualmente son un negocio accesorio, pero se les denomina pactos adjuntos *ex intervallo*.

Los pactos siempre contarán con su efecto normal de otorgar una excepción (*exceptio pacti*), pero unidos a un juicio de buena fe se incorporan al contrato (compraventa en este caso) y son exigibles con las acciones del contrato, dado que su contenido es cubierto por éste. Por lo tanto, no se genera una "*actio pacti*" lo cual rompería la norma general, sino que se extiende el campo de aplicación de la *actio ex contractu* (acción contractual).³¹⁹

³¹⁷ *Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione deiscedatur, erit pura emptio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur, erit emptio conditionalis. Ubi igitur, secundum quod distinimus, pura venditio est, Iulianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit.*

³¹⁸ Más ejemplos en Dig, 18,3,1; 41,4,2,4 y 5.

³¹⁹ Dig. 2,14,7,5; 18,1,72, pr.

La distinción entre pactos *in continenti* y *ex intervallo* es importante, pues, tratándose de los primeros, siempre serán exigibles por las acciones del contrato; en cambio, en los *ex intervallo*, o sea los acuerdos posteriores separados del negocio principal, no se incorporarán al contrato salvo que el pacto disminuya la obligación, en cuyo caso se exigirá su cumplimiento con las acciones contractuales. En caso contrario, si aumenta la obligación, no generará acción alguna pues equivaldría a darle al pacto acción para exigir su cumplimiento.³²⁰

Por lo demás, así como en los casos mencionados la exigibilidad del pacto se incorporará al juicio de buena fe a través de las acciones del contrato, sus excepciones se entienden tácitamente incorporadas a la fórmula del juicio.³²¹

Estos pactos adjuntos ya son conocidos en época de Plauto (*Mercator* 11,3) y Cicerón, bajo la denominación de *lex* o *dictum*.³²² Esta denominación parece adecuada para aquellos pactos que, como el comisorio, serán exigibles mediante las acciones del contrato, pues ya Ulpiano señalaba que estos dan su ley al contrato ("*legem contractui dant*").³²³

La *lex* viene a significar, dice Dirksen (*Manuale latinitatis*)³²⁴, "convención ajustada entre las partes y por consiguiente obligatoria para ellas. Es así que se habla de *lex mancipii*, *lex venditionis* o *conductionis*, al referirse a las condiciones de una mancipación, de una venta o de un arrendamiento concluido entre las partes".

Si bien la definición deja que desear, nos ayuda a aproximarnos al concepto. La *lex* no depende de la voluntad o la convención de las partes, esta es una visión subjetivista del Derecho que es extraña al mundo romano. *Ius* para los romanos no es una facultad para exigir algo³²⁵, sino que tiene el sentido objetivo de "lo que corresponde" (hacer, recibir, entregar, eso da lo mismo), por lo que, acertadamente, el romanista español Alvaro d'Ors prefiere referirse a *ius* como justa posición.³²⁶

En el derecho romano clásico, en materia contractual, pese a que tiene importancia

³²⁰ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, págs. 123, 124.

³²¹ Dig. 18,5,3.

³²² Mayer Martínez, Federico: Los Pactos: Su Eficacia Jurídica En El Derecho Romano, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 176.

³²³ Dig. 2,14,7,5; Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 123.

³²⁴ Citado por: Mayer Martínez, Federico: Los Pactos: Su Eficacia Jurídica En El Derecho Romano, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág.180.

³²⁵ Villey, Michel: Estudios En Tomo A La Noción De Derecho Subjetivo, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, págs. 32 y ss.

³²⁶ d'Ors, Alvaro: "Ius" Posición Jurídica, Anuario de Historia del Derecho Español, XXV, 1955, pág. 825 (se trata de una breve nota aclaratoria).

el acuerdo, lo determinante es la causa. Estas causas son limitadas y específicas, de ahí la tipicidad de contratos y de acciones. Lo que importa es que el acuerdo corresponde a una causa para que tenga relevancia jurídica, de otra forma sería una *nuda conventio*.³²⁷ Por lo tanto, en los contratos se crea una *lex*, una determinada relación cuando se verifica la causa (*mancipatio, stipulatio*, compraventa), que regulará el actuar de las partes; los pactos que son abarcados por las acciones del contrato de buena fe, se unen a la compraventa gracias al factor común del consenso, que además es la causa de este contrato, pasando así a regular también, confundidos en la negociación³²⁸, la relación de las partes y en ese sentido será también *lex* del contrato.

El simple acuerdo o convención accesoria entre partes no es para nosotros *lex*, sino pacto³²⁹, los que pese a tener puntos de contacto, son cosas distintas, por ello es que hay pactos que no pueden llegar a ser *lex*, cosa que es más evidente en las obligaciones de estricto derecho. En los negocios accidentales que acompañan a la compraventa no es tan errado hablar de pactos o meras convenciones, aunque ya veremos que, de igual forma, en ciertos casos es más adecuada la expresión *lex* para explicar los efectos de estos acuerdos dado que, a veces, ellos no tienen tanta autonomía respecto del consenso con que se perfecciona el contrato como pareciera indicarlo el término pacto.

En conclusión, tal vez resulta mejor decir que la *lex* es la relación jurídico-privada que se crea entre diferentes sujetos a consecuencia de haberse verificado alguna causa, reconocida por el Derecho romano, que los posiciona de determinada manera a uno respecto del otro.

Las materias sobre las cuales podían versar estos pactos (hecha ya la advertencia terminológica) son de lo más diversas, sin embargo, algunos pactos que usualmente se realizaban llegaron a obtener una denominación propia. Ellos son los siguientes³³⁰:

a) La *lex commissoria*: a la que luego nos referiremos con detención.

b) La *in diem addictio*: como ya hemos señalado consiste en acordar la facultad del vendedor para rescindir la venta si dentro de un cierto plazo aparece un tercero cuya oferta reúna mejores condiciones.

c) *Pactum displicentiae*: en virtud de este pacto el comprador se reserva la facultad de rescindir la venta en caso de que la cosa no sea de su agrado.

d) *Pactum de retrovendo*: también llamado de rescate, pues en virtud de él, el vendedor puede, dentro de un cierto plazo, solicitar que se le restituya la cosa

³²⁷ Iglesias, Juan: Derecho Romano Privado, Historia e Instituciones, Edit. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 405.

³²⁸ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág.123.

³²⁹ Guzmán Brito, Alejandro: Para la Historia de la Formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídicos y del Contrato (I). El Vocabulario de la Negocialidad Jurídica en el Derecho Romano, Revista de Estudios Histórico Jurídicos, XVII, 1995, págs. 90 y 91.

³³⁰ Iglesias, Juan: Derecho Romano Privado, Historia e Instituciones, Edit. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 377; Zulueta, Francis de: The Roman Law of Sale, Oxford University Press, London, 1966, págs. 55 y ss.

devolviendo a su vez el precio.

e) *Pactum de retroemendo*: este pacto faculta al comprador para, dentro de un determinado plazo, obligar al vendedor a que adquiera nuevamente la cosa por el mismo precio.

f) *Pactum protimeseos*: en caso de que el comprador desee después vender la cosa, este pacto faculta al vendedor para tener un derecho de compra preferente, siempre que al menos iguale la mejor oferta que un tercero pudiera haber hecho. Sin embargo este pacto, que no es de origen romano, sino griego, fue recepcionado tardíamente.

2.- Lex commissoria.

Como primera aproximación diremos que la *lex commissoria* es un negocio accidental de la compraventa que, cuando opera, permite al vendedor recuperar la cosa vendida en el caso de que el comprador no haya pagado el precio dentro de un determinado plazo.

Podría parecer muy pobre nuestro intento de definición, pero la verdad es que no es cosa simple determinar la naturaleza de esta *lex*. Ya sabemos como opera la condición en los contratos de buena fe, y también sabemos como los pactos son integrados al contrato quedando cubiertos por sus acciones. Ahora el problema es el siguiente: si este pacto fuera un acuerdo de resolución de la venta a la que accede, sujeto a la condición suspensiva negativa de que el comprador no pague el precio, es difícil de explicar como las obligaciones que engendra son exigibles con las acciones postumas de un contrato ya muerto; por el otro lado, si este pacto es una condición suspensiva para que nazca la compraventa cuando el comprador pague el precio, entonces no se explica como, fallida esta condición, se puede solicitar la devolución de la cosa con las acciones de un contrato que no alcanzó a nacer.

La estructura de las condiciones, ya sean suspensivas agregadas como elemento accidental al contrato, o bien resolutorias adheridas al contrato por negocios accesorios denominados pactos, produce como ya se puede ver una cierta incomodidad dogmática para explicar nuestro tema. Por ello justificamos hablar de *lex commissoria* y no de pacto comisorio, pues aunque la teoría de las condiciones tenga mucho que ver en este tema, en la *lex contractus* se mezcla el negocio accesorio con el negocio principal permitiendo que algunos de sus efectos se produzcan y otros no, sin establecer una separación tan tajante como la del pacto de resolución³³¹. Sobre esto volveremos en un momento.

En nuestro Derecho la distinción sería ociosa, pues, tal como se aceptó en Roma finalmente, la *lex commissoria* resuelve la venta, por lo que consiste en una condición resolutoria, y éstas, actualmente, son parte integrante del contrato y no una manifestación de voluntad aparte, circunstancia que torna un poco más simple su explicación desde la pura perspectiva de la teoría de las condiciones.

Para la jurisprudencia clásica, anterior al siglo II d.C., la *lex commissoria* era una cláusula de condición suspensiva inserta dentro de la compraventa, de este modo la

³³¹ d'Ors, Alvaro: "In Diem Addictio", Contribución a la Crítica de la Teoría de las Condiciones en Derecho Romano, Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, pág. 279.

compraventa no nacía sino cuando el comprador pagaba el precio ³³², según había opinado Sabino ³³³. Ella ha sido recogida de Digesto 41,4,2,3, donde se encuentra un pasaje de Paulo (54 ed.):

“<Dice> Sabino que, si se ha comprado una cosa con el convenio de que, si no se paga el precio dentro de cierto plazo, queda aquélla sin comprar, el comprador no podrá usucapir en tanto no pague todo el precio.”³³⁴

Es claro, mientras el vendedor pueda recuperar la cosa, el comprador no tiene la posesión civil, aquella que lo habilita para adquirir la cosa por usucapición. La razón para que no haya obtenido esta posesión es que ésta carece de causa pues la venta no ha nacido. Por ello los romanistas han afirmado, correctamente, que para Sabino ésta se trata de una condición suspensiva.

Si no existe causa que justifique la posesión, ésta no es de buena fe por lo que tampoco sería aceptable que en el tiempo intermedio el comprador se adueñara lícitamente de los frutos. A pesar de que, según las fuentes, esto no lo dice Sabino, sí lo afirma Aristón en el siglo II d.C., según nos informa Neracio (5 *membr.*), en Digesto 18,3,5:

“...Aristón estimaba que habría de otorgarse acción al vendedor acerca de aquellos frutos (los percibidos en el tiempo intermedio), porque nada debería quedar en su poder de un negocio en el cual había faltado la buena fe.”³³⁵

En el fragmento la mención a la falta de buena fe se refiere a la ausencia de compraventa. Como el comprador no pagó el precio, y de esto dependía el nacimiento del contrato, entonces su posesión no llegó a tener causa, por lo tanto, debe restituir aquellos frutos que, por lo demás, no pudieron pasar a ser suyos, pues sin haber nacido la compraventa no puede justificar la posesión ni siquiera *pro suo* (como suyo), pues no puede sino tener conciencia de la ajenidad de la cosa, no pudiendo invocar un error de derecho (al menos desde la época de Labeón),³³⁶ eddc3 como sería ignorar los efectos de la *lex commissoria*.

Si la causa no ha nacido, la tradición no transferirá el dominio, ni conducirá a su adquisición a través de la usucapición, como ya había aclarado Sabino, por lo que pensamos (y seguramente también Aristón) que no existe inconveniente para utilizar la acción reivindicatoria por parte del vendedor, ya que la posesión es simplemente precaria mientras esté pendiente la condición. Si, en cambio, estando pendiente la venta la cosa fue mancipada en favor del comprador, como aún no hay contrato, existe una *datio ob rem*, se da para que se dé el precio, por lo que la cosa ya no se recuperará por la

³³² d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 490, nota 17.

³³³ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 152.

³³⁴ *Sabinus, si sic emta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio; si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.*

³³⁵ *...Aristo extimabat, venditori de his iudicium in emtorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.*

reivindicatio sino que por la *condictio*. En todo caso. Sabino ya acepta el empleo de la *actio venditi* para recuperar la cosa. Veamos algunas otras cosas antes de volver sobre el tema de las acciones.

De cualquier forma, no se podría pensar que la entrega en precario que ya ha hecho el vendedor es una muestra de que las partes ya se encuentran en cumplimiento de una compraventa; razón que podría llevarnos a calificar de artificiosa la construcción sabiniana de esta *lex* como condición suspensiva. Esta entrega en precario no es la que se exige al vendedor. Este no ha cumplido aún obligación alguna según señala Ulpiano (32 ed.), en Digesto 19,1,13,21:

*“Debemos considerar entregada la posesión aunque esta posesión sea en precario; únicamente debe mirarse que tenga la facultad de percibir los frutos.”*³³⁷

Ya vimos que Aristón opinaba que el comprador que incurre en la *lex* no tiene la facultad de adueñarse de los frutos, por lo tanto, no se puede considerar entregada la posesión, lo mismo se puede decir del pasaje de Sabino, de donde se deduce que no habiendo posesión de buena fe, no podrá el eventual comprador adueñarse de los frutos.

Es gracias a Juliano que cambia la manera de conceptualizar la *lex commissoria* pasando a ser un pacto resolutivo sujeto a condición suspensiva³³⁸. Un pasaje de Ulpiano (28 Sab.), en Digesto 18,3,1, aclara las cosas en este sentido:

*“Si se hubiese vendido un fundo con cláusula comisoria, más parece que la compra se resuelve que se contrae bajo condición.”*³³⁹

³³⁶ Cerami, Pietro: "Ignorantia iuris", Seminarios Complutenses de Derecho Romano, IV, 1992, en el centenario de la muerte de Rudolf von Ihering, págs. 57 y ss. La romanística comunmente ha creído que la distinción entre error de derecho y error de hecho es una creación post-clásica o justiniana. El autor desmiente estas conjeturas que, fundamentalmente se basan en el Código Teodosiano (1,1,2), donde aparece una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio donde se dispone la ininvocabilidad del error de derecho. El problema está en que en el Digesto (22, 6, 9) aparece un pasaje atribuido a Paulo donde se señala "es una regla que la ignorancia del derecho perjudica y la de hecho no perjudica". Se ha pensado que la fuente de donde se tomó esta parte (*liber singularis*) del Digesto no pertenece directamente a Paulo, sino que es una obra post-clásica que sigue el plan expositivo de los comentarios de este jurista al Edicto. Incluso aceptando esto, tendríamos que deducir que quien redactó este fragmento, ya sea en período post-clásico o Justiniano, se apartó de su plan de trabajo para introducir un comentario propio. Aquí se produce la incoherencia: ¿Por qué habría de agregar algo que se hallaba suficientemente establecido desde hacía ya tiempo? La verdad es que esto resultaría inexplicable, dado el régimen de legislación oficial que se había establecido en Roma. En cambio en Paulo, que vive bajo el régimen de un derecho jurisprudencial, es muy comprensible la alusión a la distinción entre error de hecho y error de derecho. Si tenemos por verdadero el pasaje pauliano, debemos aceptar que Labeón (Dig. 22.6,9.2 y 3), que aparece en el texto, tenía un preciso conocimiento de esta distinción. Sobre el problema de la certeza en las normas del derecho nuevo (entiéndase después de Juliano), que parece ser el problema central de la ciencia jurídica del segundo siglo, ver: Casavola, Franco: *Scienza. Potere Imperiale. Ordinamento Giuridico Nei Giuristi del II Secólo*, IVRA, XXVII, 1976, págs. 17 y ss.

³³⁷ *Possessionem autem traditam accipere debemus, etsi precaria sit possessio; hoc enim solum spectare, an habeat facultatem fructus percipiendi.*

³³⁸ Rasi, Piero: *I1 Patto Di Riscatto Nella Compravendita, Pactum de retrovendendo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1959, pág. 35.

Cuando la *lex* comienza a verse como un pacto resolutivo, cabe preguntarse si se admite que este pacto no sólo se realice *in continenti*, sino que también *ex intervallo*. La respuesta es afirmativa. Así lo señala Escévola (7 *dig.*) en Digesto 18,5,10,1:

“...Posteriormente, el vendedor añadió una cláusula de que si no pagaba todo el precio en determinada fecha y el vendedor no quería vender los predios aquellos, se tendrían como no vendidos.”³⁴⁰

Ahora, vista la *lex commissoria* como pacto, las consecuencias serán distintas. La situación de los frutos percibidos en el tiempo intermedio será diferente, como asimismo la posibilidad de usucapir, pues ahora la posesión tendrá una causa, dado que el contrato ha nacido.

Sobre los frutos nos habla Neracio (5 *membr.*) en Digesto 18,3,5:

“Habiendo sido vendido un fundo con la cláusula de que, si no se pagase el precio dentro de un tiempo determinado, se tendría la cosa por no comprada, habrá de entenderse, respecto a los frutos que el comprador hubiese percibido en ese tiempo intermedio, que se convino que el comprador, entre tanto, los percibiese para sí y por derecho propio.”³⁴¹

El comprador adquiere la posesión civil de la cosa, e incluso el dominio, si es que se trataba de una cosa *nec mancipi*. Por ello es que se hacía dueño de los frutos. Además, ya perfecta la compraventa comienza a regir, como afirmaba Pomponio³⁴², el principio del *periculum est emptoris* (el riesgo de la cosa es del comprador), en caso contrario, si aún no hubiera compraventa, se mantendría la regla general del *res perit domino* (las cosas perecen para su dueño).

Cuando se cumple la condición, es decir, no se paga el precio, la cosa se tiene por no comprada (*inempta*)³⁴³. Por lo tanto, los frutos percibidos deben ser restituidos³⁴⁴, además de indemnizados los daños³⁴⁵, no porque haya faltado causa para la posesión (como lo pensaba Aristón al decir que había faltado la buena fe), sino que porque ésta se resolvió.

³³⁹ *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur.*

³⁴⁰ *...postea venditor eam legem inseruit, ut, si ex die pecunia omnis soluta non esset, et venditor ea praedia venisse nollet, invendita essent...*

³⁴¹ *...Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percipisset, hoc agi intelligendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet...*

³⁴² Dig. 18,3,2.

³⁴³ Dig. 18,3,4 pr.; 4,4,38. pr.; 18,1,6,1; 18,3,2: 18,5,10. pr.: 41,4,2,3; 44,3,6,1; Cód. 4,54,7; 4,54,3.

³⁴⁴ Dig. 18,1,6,1; 18,3,4. pr.; 18,3,6,1.

³⁴⁵ Dig. 18,3,4. pr.

Por lo demás, la venta no se resuelve *ipso iure*, pues el vendedor puede elegir entre exigir el precio o la restitución de la cosa. La elección le pertenece pues la *lex* ha sido establecida en su favor³⁴⁶. Además, es necesaria la *interpellatio* (o requerimiento de pago)³⁴⁷ para que el comprador esté en mora³⁴⁸, salvo que se haya pactado un plazo en la *lex*, principio que se mantuvo hasta Justiniano.³⁴⁹

De cualquier manera, si el vendedor opta por la *lex commissoria* no puede después exigir el precio³⁵⁰ y viceversa³⁵¹. Si el comprador había dado parte del precio en nada cambia su situación. Este precio se pierde como intereses que cobra el vendedor al comprador por haber gozado de la cosa.³⁵² Sólo en el derecho justiniano se le permitirá al comprador conservar ciertos frutos en proporción a la parte ya pagada del precio.³⁵³

Ya habíamos anunciado que el problema mayor de la *lex commissoria*, radicaba en la relación con el contrato y el empleo de sus acciones. Como justificar el empleo de las acciones de un contrato que no llegó a nacer, si es que pensamos en una condición suspensiva; o como justificar su empleo si el contrato ya había sido resuelto, si es que la miramos como condición resolutoria. Es claro, en todo caso, que cuando se exigía el pago del precio ambos caminos justifican plenamente el empleo de las acciones del contrato ya que éste, o nace o no se resuelve.

También habíamos dicho que en la concepción sabiniana de condición suspensiva, era bastante lógico que procediera la acción reivindicatoria. En el camino adoptado por la jurisprudencia del siglo II en adelante, esta acción no procede, ya sea que la cosa se haya mancipado o entregado (tratándose de cosa *nec mancipi*), pues en su momento se han cumplido todas las formalidades de estos actos autónomos³⁵⁴, por lo tanto, ya ha operado la transferencia del dominio. Ya al estudiar la correlación entre las obligaciones de la compraventa, vimos como el cumplimiento de una obligación no se ve afectado por el incumplimiento de las obligaciones del otro contratante. La única hipótesis frente a la cual se podría reivindicar de acuerdo a esta perspectiva es la de la tradición de una *cosa*

³⁴⁶ Dig. 18,3,2; 18,3,3; 18,3,4,2; 18,3,6 pr.

³⁴⁷ Elefante, Agostino: "Interpellatio" e "Mora", *Labeo* 6(1960)1, pág. 42.

³⁴⁸ Dig. 18,3,4,4.

³⁴⁹ Cód. 8,38 (37), 12.

³⁵⁰ Dig. 18,3,4,2.

³⁵¹ Dig. 18,3,6,2; 18,3,7.

³⁵² Dig. 19,1,13,20.

³⁵³ Dig. 18,3,4,1.

³⁵⁴ Rasi, Piero: *Il Patto Di Riscatto Nella Compravendita, Pactum de retrovendendo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1959, pág. 40.

mancipi una vez que la compraventa definitivamente no nazca.

Analicemos ahora lo que nos señalan las fuentes respecto del tema de las acciones. Ulpiano (32 ed.), en Digesto 18,3,4, pr., indica que según un rescripto de Antonino y Severo, el vendedor cuenta con la acción del contrato, la *actio venditi*, para hacer valer el pacto:

*“Si se hubiese vendido un fundo con cláusula comisoría, esto es, para que, si dentro de un término no se hubiese pagado el precio, se tuviera el fundo por no comprado, veamos como ha de demandar el vendedor, tanto respecto al fundo, como a lo que de él se ha cosechado, y también si el fundo se deteriorase por obra del comprador. Ciertamente, la compra queda disuelta, pero es cuestión decidida ya que compete la acción de venta, como se declara en los rescriptos del emperador Antonino y de Severo, de consagrada memoria.”*³⁵⁵

El fragmento se preocupa de aclarar que, aunque la compraventa quede disuelta, proceden las acciones del contrato. Por ello es que precisamos que la cláusula comisoría corresponde a una *lex*, más propiamente que a un pacto. Este último, al resolver el contrato al cual accede no podría hacerse valer con aquellas acciones, en cambio la *lex* se entremezcla con el contrato de manera que algunos efectos se producen normalmente y otros no. De esta forma vemos que los romanos no están tan alejados de las concepciones jurídicas modernas donde una condición resolutoria de esta naturaleza forma parte del acto mismo.

En este sentido, tal vez nos explica mejor la situación un pasaje de Pomponio (9 Sab.), ubicado en Digesto 18,1,6,1:

“Si vendiese un fundo con un término anual, bienal o trienal, bajo la cláusula de que se tuviese por no comprado si el dinero no hubiese sido pagado en el término establecido y que si entre tanto el comprador hubiese cultivado el fundo y obtenido de él los frutos, fuesen éstos restituidos al darse aquel por no comprado y, asimismo, que el importe de la diferencia en que hubiese sido vendido a un tercero lo daría el comprador al vendedor; no pagado en el término fijado, se estima procedente que se dé la acción de venta al vendedor por este motivo. Y no debe inducirnos a duda el que se diga que hay acción de venta después de quedar como no comprado el fundo, pues en las compraventas hay que atenderse más a lo que realmente se quiso hacer que a lo que se declaró y, habiéndose declarado esa cláusula, lo que en realidad se quiso hacer fue simplemente que el vendedor no quedase obligado frente al comprador si éste no pagaba el dinero en el término fijado, no que se disolviese toda obligación de compraventa entre uno y otro.”

³⁵⁶

El texto de Pomponio es muy aclarador. La *lex commissoria* no resuelve absolutamente la compraventa, por ello después de que opera, siguen vigentes sus acciones. Además, nos entrega de manera simple la noción de esta cláusula: ella se

³⁵⁵ *Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut, nisi intra certum diem pretium sit ex solutum, inemptus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sint? Itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris? Et quidem finita est emptio, sed iam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut Rescriptis Imperatoris Antonini et Divi Severi declaratur.*

pacta para que el vendedor no quede obligado por el contrato cuando el comprador no pague el precio. Este punto es de extraordinaria relevancia para el tema central de nuestro trabajo; si no se pacta la *lex*, el no pago del precio en la compraventa (pura y simple), en nada obsta para que se produzcan los efectos propios de la prestación del vendedor, es decir, si se había transferido el dominio, esto no se verá menoscabado por el incumplimiento del comprador.

La situación antes señalada guarda perfecta coherencia con un sistema donde se distingue entre contrato y su ejecución. En el caso de la permuta, donde la causa no es un contrato, sino el cumplimiento de las daciones recíprocas, el resultado era el inverso. Pese a que había dación, por lo tanto se transfería el dominio, se podía recuperar lo dado con la *condictio*. Aquí, en cambio, el contrato ya está perfecto y por lo tanto la prestación tiene completo fundamento, no pudiéndose revertir la situación, pues si se dió o se entregó, no fue a causa de la prestación recíproca (eso sería una *datio ob rem*), sino que en virtud del contrato.

Ciertas fuentes parecen dar al vendedor la acción reivindicatoria, pero nosotros, junto con la mayoría de la doctrina³⁵⁷, creemos que esto no ocurría en el período clásico, salvo cuando sólo se había entregado una cosa *mancipi* (y luego de que la compraventa quedaba resuelta), aunque con la salvedad que esto ocurrió desde que se impuso la visión juliana de la *lex commissoria*.

Una de estas fuentes es Código 4,54,3 y 4, cuya autoría política se atribuye a Alejandro:

3.- *El que vendió un predio con esta condición, que, si no se hubiese pagado lo restante del precio dentro de cierto tiempo, revertiese a él, si no entregó la posesión precaria, no tiene la reivindicación de la cosa, sino la acción de venta.*

4.- *No puede utilizar el pacto comisorio puesto en una venta el que después del día establecido para que se pague el precio no elige la reivindicación de la cosa, sino que prefirió perseguir la reclamación de los intereses del precio.*³⁵⁸

En el número tres, el objeto de la compraventa es un fundo, por lo tanto para

³⁵⁶ *Si fundus annua, bima, trima, die ea lege venisset, ut, si in diem statum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret, et ut, si interim emtor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur, et ut quanti minoris postea alii venisset, ut id emtor venditori praestaret ad diem pecunia non soluta, placet, venditori ex vendito eo nomine actionem esse. Nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicatur, actionem ex vendito futuram esse; in emptis enim et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est; et quum lege id dictum sit, apparet, hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio emti et venditi utriusque solveretur.*

³⁵⁷ Rasi, Piero: *Il Patto Di Riscatto Nella Compravendita, Pactum de retrovendendo*, Casa Editricc Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1959, pág. 40.

³⁵⁸ 3.- *Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.* 4.- *Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*

transferir su dominio se necesita *mancipatio*, sin embargo únicamente se ha "entregado" la posesión precaria, cosa perfectamente posible en este negocio que gira en torno a la posesión.

Es improbable que el texto haya sido reelaborado en esta parte. Si ese fuera el caso, bastaría con haber sustituido "mancipar" por "entregar", pero la mención a la posesión precaria, que ineludiblemente tendría que tenerse también como espúrea, habría sido innecesaria e inconcordante con la transferencia de dominio que provoca la tradición de los fundos en tiempos de Justiniano.

Considerado el fragmento como original, resultaría que para Alejandro Severo (en realidad Paulo o Ulpiano), cuando el vendedor de una cosa *mancipi* pretende recobrarla por haber operado la *lex commissoria*, si sólo la entregó, tiene la acción reivindicatoria pues nunca transfirió su dominio, caso que teóricamente habíamos considerado como una hipótesis excepcional de uso de la acción reivindicatoria hace unas líneas atrás; en cambio, si la mancipó no tiene acción reivindicatoria sino que la acción de venta, lo cual constituye el caso normal.

El texto no habla de mancipar, pero es la única alternativa a la entrega de la posesión precaria, tal vez aquí exista una supresión en el texto. Existe una tercera hipótesis posible: sería la no entrega ni mancipación del fundo, pero en este caso el vendedor no tendría necesidad de accionar contra el comprador.

En el número cuatro que hemos transcrito, resulta un poco más difícil de explicar de manera aislada. En él pareciera decir que la acción que procede en la *lex commissoria* es, sin distinción, la reivindicatoria. Sin embargo, hay que entender este texto en relación con las otras opiniones que hemos analizado de Alejandro Severo, tanto en Digesto como en Código, y muy especialmente en relación con el número tres recién visto. Seguramente el emperador continúa el raciocinio del número tres. En este caso habla de lo que se entendía *a contrarius sensu* en aquel número que es el caso de la simple entrega de una cosa *mancipi*, y en este contexto señala que si el vendedor prefiere exigir el precio, pierde la posibilidad de entablar la acción del dominio. Aquí nos parece que tampoco hubo necesidad de manejo posterior del texto, salvo que se hayan hecho supresiones.

Otros textos³⁵⁹ que mencionan expresa o tácitamente que el vendedor no tiene una acción personal sino que una acción real, podrían explicarse de esta misma forma (entrega de una cosa *mancipi*), sin necesidad de recurrir a la crítica interpolacionista, aunque por cierto que podrían encontrarse otros interpolados.

Por último es importante revisar la relación entre la *lex commissoria* y las arras.

La unión de ambas otorga a las arras una función adicional a la de servir de prueba de la perfección del contrato que fue la que siempre desempeñó en el Derecho romano clásico. Ahora las arras cumplen también con una función indemnizatoria o satisfactoria.

360

³⁵⁹ Digesto 4,4,38; 18,3,8.

³⁶⁰ Samper Polo, Francisco: Las Arras Contractuales, aún en prensa.

Cuando opera la *lex commissoria* el vendedor podrá retener lo que recibió a título de arras³⁶¹. Como esta es una dación crediticia, podría el vendedor solicitar la restitución de las arras a través de la *condictio*, pero el vendedor contaría con la *exceptio pacti*, ya que en este caso la *lex commissoria* funciona como *pactum de non petendo*. Pese a que las arras son también un negocio accesorio de la compraventa, no podría el comprador exigir las por medio de la *actio empti*, porque como no ha ofrecido aún su prestación no le es permitido utilizar esta acción según ya hemos estudiado.³⁶²

Lo importante es que las arras por sí solas no permiten la resolución del contrato, sino que sólo son una prueba de él; cuando se unen a la *lex commissoria* es ésta la que ejerce su efecto normal de permitir la resolución del contrato, no las arras, y la pérdida de ellas implica una suerte de indemnización para el vendedor. El hecho de que el vendedor retenga las arras tampoco se considera como la aceptación de parte del precio, pues esto es incompatible con la naturaleza misma de la *lex commissoria*.

Ya antes habíamos señalado que las fuentes indican que, así como la compraventa se celebra por el mero consentimiento, también se disuelve por el mero disenso, siempre que todavía no se haya realizado ninguna de las prestaciones. Aunque debemos confesar alguna dificultad para explicar esto en relación a la *lex commissoria*, donde efectivamente existe un disenso, pero al menos la entrega ya ha sido realizada, creemos que el carácter de *lex* de esta cláusula permite el efecto deseado por las partes de resolver la venta pues, tal como se explicó, la *lex* se funde de tal manera con el contrato que al operar no lo resuelve completamente (razón por la cual las acciones subsistían), sino tan sólo se establece en favor del vendedor para que éste no continúe obligado a entregar la pacífica posesión de la cosa. Consecuencialmente, el vendedor no deberá dar el precio, pues no se puede pactar una compraventa de modo que uno sólo de los contratantes quede obligado.³⁶³

Sólo en época justiniana, en que nace la regla para la compraventa relativa a que no se transferirá el dominio sino en virtud del pago del precio (como trataremos a continuación), la *lex commissoria* contará siempre con la alternativa de la acción reivindicatoria respecto de la *actio venditi*, por efecto de esta disposición extraña al ordenamiento clásico.

IX.- La compraventa griega y su aislamiento del Derecho romano incluso después de la concesión general de ciudadanía del año 212 d.C.

³⁶¹ Dig. 18,3,6, pr.; 18,3,8.

³⁶² En contra: Samper Polo, Francisco: Las Arras Contractuales, aún en prensa. El autor cree que en la fase *apud iudicem* debe alegarse directamente la existencia del pacto.

³⁶³ Dig. 18,5,1.

El mundo griego no conoció un negocio obligacional de compraventa. Para ellos, la compraventa constituía un intercambio real de cosa por cosa, de manera análoga a lo que ocurría con la más arcaica compraventa al contado romana. Los griegos jamás lograron superar este estadio en la evolución de esta institución por sí solos. Sólo la influencia del Derecho romano pudo, en época bizantina, conducirlos hacia el desarrollo de la compraventa como verdadero contrato.³⁶⁴

Los griegos tampoco diferenciaron los diversos tipos de negocios. Sólo en el plano filosófico Aristóteles (Eth. Nic. 5,2,13 p. 1131a), distingue en materia de "indemnización", la que proviene del *hekousia* de la proveniente de los *akousia*, donde los primeros corresponden más o menos a la categoría justiniana de los contratos (compraventa, arrendamiento, prenda, depósito, mutuo) y los segundos se equiparan a los delitos. Pero esta sistematización, aparte de no haberse traspasado al Derecho, fue realizada desde el punto de vista moral distinguiendo entre los actos "intencionales" y "no intencionales", en la línea de pensamiento de Platón, quien había hablado (Nomoi, 860-2) de "culpable" y "excusable".³⁶⁵

La naturaleza de la compraventa griega como negocio al contado, se gráfica muy bien en el idioma inglés al decir de ella que es una "*ready money transaction*"³⁶⁶. Este intercambio inmediato de cosa y precio es en el mundo oriental una compraventa y no el acuerdo como ocurría en Roma. En este sentido el acuerdo es jurídicamente irrelevante³⁶⁷, pues no engendra acciones para exigir su cumplimiento, ni siquiera excepciones de ninguna índole. Por ello los actuales investigadores del Derecho heleno, ubican a la compraventa dentro de los modos de adquirir, no de los contratos.³⁶⁸

En Grecia lo decisivo para determinar los derechos que adquiriría sobre la cosa el comprador era el pago del precio.³⁶⁹ Una vez pagado el precio el comprador se hacía dueño de la cosa comprada, por lo tanto tenía una acción real sobre ella. A esto se debe agregar que en el mundo heleno-oriental el documento tiene un poder que va más allá del de la simple prueba, por lo que si la compraventa se hacía constar por escrito, lo que en este caso implica hacer constar el pago, también se tenía la cosa por comprada y surgía la acción real sobre ella en favor del comprador.³⁷⁰

³⁶⁴ Samper Polo, Francisco: Las Arras Contractuales, aún en prensa.

³⁶⁵ Bauman, R. A.: The Interface of Greek and Roman Law. Contract, Delict and Crime. Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XLIII, 1996, págs. 44 y ss. Aunque el autor señala que la clasificación aristotélica se traduce mejor por contratos y delitos, sin embargo, ya veremos lo lejos que están los griegos del concepto de contrato, al menos en cuanto a la compraventa: por ello hemos tomado la traducción tradicional que también aparece.

³⁶⁶ Jones, J. Walter: "The Law And Legal Theory Of The Greeks", Oxford University Press, London, 1956, pág. 227.

³⁶⁷ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 1, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, págs. 13 a 18.

³⁶⁸ Harrison, A. R. W.: The Law of Athens, tomo I, Oxford University Press, London, 1968, pág. 245.

³⁶⁹ Jones, J. Walter: "The Law And Legal Theory Of The Greeks", Oxford University Press, London, 1956, pág. 228.

En consecuencia, se puede decir que en el mundo heleno-oriental la compraventa es el pago del precio (tal cual como ocurría en la *swnt* -venta- egipcia, donde *swnt* significa precio)³⁷¹, ya sea que efectivamente se pague o que se haga constar por escrito. Por otra parte, esta compraventa genera efectos adquisitivos, no obligatorios. Tampoco podría crear efectos posesorios meramente, pues no conocían la distinción entre posesión y propiedad³⁷², no teniendo siquiera una palabra técnica para su denominación.³⁷³

En razón de lo anterior es que ya Pringsheim puso de manifiesto la diversa evolución entre la compraventa griega y la romana. Mientras que en Grecia se pone atención al pago para la determinación de los efectos adquisitivos de la compraventa, pasando la tradición a segundo plano, en Roma la cuestión del precio comienza a desaparecer en virtud de la ya comentada transformación de la *mancipatio*, poniéndose en primer orden a la *traditio* en relación a los efectos de la compraventa.³⁷⁴ Además, se debe considerar que ya desde la época arcaica se podía hacer una doble estipulación donde las obligaciones unilaterales que generaban, daban independencia al cumplimiento de las prestaciones, por lo que una cosa era cumplir con la obligación de entregar y otra distinta pagar el precio.

Para otorgar obligatoriedad al mero acuerdo de compraventa, se recurría a una vía indirecta en el mundo griego. La inclusión de las arras de alguna forma cumplía con esta función obligacional, pues ante la amenaza de perder lo dado por concepto de arras, o de tener que restituirlas dobladas, las partes cumplían con lo acordado. Pero, a diferencia de Roma, su dación se confundía también con el principio de ejecución del contrato, es decir como parte del precio y no era, como en Roma, una evidencia del acuerdo de compraventa³⁷⁵ ya que lógicamente éste era absolutamente inocuo³⁷⁶, en términos jurídicos, para los griegos.

La diferencia entre compraventa griega y romana, con sus respectivas consecuencias en materia de arras, es establecida por Gayo, quien muy probablemente

³⁷⁰ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 487, nota 5.

³⁷¹ Théodoridés, Aristide: L'Acte (?) De Vente D'Ancient Empire, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XXVI, 1979, pág. 83.

³⁷² Vamvoukos, Athanassios: Fundamental Freedoms in Athens of the Fifth Century, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XXVI, 1979, págs. 115 y ss.; Jones. J. Walter: "The Law And Legal Theory Of The Greeks", Oxford University Press, London, 1956. pág. 201.

³⁷³ Harrison. A. R. W.: The Law of Athens, tomo I, Oxford University Press, London, 1968, pág. 201 y ss.

³⁷⁴ Samper Polo, Francisco: Las Arras Contractuales, aún en prensa.

³⁷⁵ Watson, Alan: The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford University Press, London, 1965, pág. 46.

³⁷⁶ Jones, J. Walter: "The Law And Legal Theory Of The Greeks", Oxford University Press, London, 1956, pág. 230. En todo caso el autor no acepta que técnicamente las arras sean parte del precio, aún cuando se descuenten de éste al efectuarse su pago.

era un profesor de derecho de alguna provincia oriental, por lo que estaba en contacto con ambas concepciones. Veamos a Gayo en sus Instituciones 3,139:

“La compraventa se contrae en el momento en el que existe acuerdo en el precio, aunque el precio todavía no haya sido pagado e incluso no hayan sido entregadas arras, pues lo que se da a título de arras es una prueba de que la compraventa se ha contraído.”³⁷⁷

También el decaído Derecho romano vulgar occidental conoce esta norma a través de lo que podría ser un resumen escolar de las instituciones de Gayo, las cuales, en todo caso, parecen no haberse tenido directamente a la vista al confeccionarse, conocido como el epítome de Gayo o Gayo Visigótico³⁷⁸, que fue incluido el año 506 en la *Lex Romana Wisigothorum* promulgada por Alarico II, también conocida como Brevario de Alarico. El *epítome Gai*³⁷⁹, en el libro 2, título 9(17) sobre las obligaciones (*De Obligationibus*), parágrafo 14, señala lo siguiente:

“Así, pues, la compraventa se contrae cuando se haya fijado el precio entre el comprador y el vendedor, incluso si el precio no se ha pagado, ni parte del mismo, ni se hayan entregado arras.”³⁸⁰

De la diferencia entre contrato real y consensual se produce además la distinción entre arras puramente evidenciarías romanas, y las obligacionales de Oriente. Ello condujo a que en Grecia se entregaran sumas de dinero u otros objetos preciosos como arras, en cambio, en la Roma clásica, pequeños objetos personales como anillos. La práctica documental, tanto clásica como greco-egipcia, nos muestra un solo caso de arras consistentes en un *adminiculum* en un papiro del año 160 d.C..³⁸¹

Por su parte, dada la ausencia de obligaciones que ligen a comprador y vendedor, para seguridad de este último, cuando la compraventa se realice con un pago a plazo (cosa ya extraña), se tenía que recurrir a dos ficciones; la primera, consistía en fingir que el precio ya se había recibido; la segunda, se fundaba en fingir que el vendedor había dado en mutuo al comprador una cantidad equivalente al precio, en circunstancias que éste había recibido sólo la cosa comprada. Toda esta complicación sólo habría producido risas a un jurista romano clásico quien habría solucionado esta situación tan sólo con la ayuda de la *actio venditi*.³⁸²

³⁷⁷ *Emptio et uenditio contrahitur, cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit ac en arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae.*

³⁷⁸ Schultz, Fritz: *Roman Legal Science*, Oxford University Press, London, 1967, págs. 301 y ss.

³⁷⁹ Texto latino y traducción en: Coma Fort, José María; Rodríguez Martín, José-Domingo: *Epítome Gai*, Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Alvarez", Madrid, 1996.

³⁸⁰ *Emptio igitur et uenditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et uenditorem fuerit definitum, etiamsi pretio non fuerit numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit.*

³⁸¹ Samper Polo, Francisco: *Las Arras Contractuales*, aún en prensa.

Se encuentra probado que en el mundo egipcio, incluso después de la constitución de Caracalla en que se le otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio (año 212 d.C.), los principios romanos sobre consensualidad y obligatoriedad no lograron imponerse sobre la estructura griega de la compraventa.³⁸³

Al menos desde esta época, debe haberse hecho usual recibir en la cancillería imperial consultas relativas a personas que trataban de hacer valer sus derechos según las concepciones orientales.³⁸⁴

Aunque los romanos nunca tuvieron gran interés en estudiar el Derecho de otros pueblos (hasta la jurisprudencia clásica tardía en el siglo II), pues el Derecho civil es el de la ciudad de Roma y cosa muy distinta es lo que ocurra en las provincias, existen, al menos desde Diocleciano, evidencias de una política de adecuación y comprensión de las ideas orientales en materia de compraventa, no a manera de concesiones en favor de ideas extranjeras, sino como una acercamiento de estas ideas hacia las concepciones romanas.

Lo dicho encuentra apoyo en las fuentes, según la opinión de Pringsheim³⁸⁵, a la que adherimos, en Código 4,2,6, donde se encuentra una decisión³⁸⁶ de Diocleciano y Maximiano, en tomo a una cuestión planteada por un tal Nicandro (fecha entre los años 293 y 299):

*“Si por el importe de una cantidad debida estipulaste, habiéndose hecho novación por medio de estipulación, intereses legítimos, de aquel contra quien suplicas, la falsa demostración consignada de la cantidad dada en mutuo, como no haya faltado la sustancia de la obligación, para que no puedan exigirse los intereses hasta la cuantía convenida, en nada perjudica. Pero si, sin el vínculo de la estipulación se consignó solamente que se había dado dinero en mutuo, y se convino que se pagasen intereses del mismo, teniéndose como nulas las cosas simuladas, semejante pacto no cambió nada de la anterior obligación.”*³⁸⁷

Siguiendo la argumentación dada por Pringsheim, nosotros vemos en este rescripto un caso proveniente del mundo helenístico. El texto claramente habla acerca de un mutuo con que artificialmente se quiere dotar de obligatoriedad la obligación de pagar el

³⁸² Pringsheim, F.: Diocletian In C. 4,2,6, Tulane Law Review, vol. XXXIII, n°3, Abril 1959, págs. 551 y ss.

³⁸³ Samper Polo, Francisco: Las Arras Contractuales, aún en prensa.

³⁸⁴ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 2, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pag. 280.

³⁸⁵ Pringsheim, F.: Diocletian In C. 4,2,6., Tulane Law Review, vol. XXXIII, n°3, Abril 1959, págs. 551 y ss.

³⁸⁶ d'Ors, Alvaro: Rescriptos y Cognición Extraordinaria, Anuario de Historia del Derecho Español, XLVII, 1977. Como acotación general adicional agreguemos que, como lo señala el autor, los rescriptos son la vía por la cual los emperadores fueron creando el ius novum de la cognición oficial, con una profunda influencia en el derecho provincial, desde su creación en época de Adriano, equiparándose a los responsum de los juristas, es decir, son una especie de responsum "imperial"; en similar sentido: Samper Polo, Francisco: Rescriptos preadrianeos, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suarez, 1978, págs. 465 y ss.

precio en una compraventa, siendo este el verdadero negocio que subyace tras la usual maniobra griega.

Diocleciano sabe que en realidad el monto a que asciende el mutuo es un “*pretium debitae quantitatis*”, que la “*mutuae datae quantitatis demonstratio*” es “*falsa*”, y que el mutuo sólo se ha escrito pero no se ha dado: “*tantum mutuum pecuniam datam conscriptum est*”.

El emperador debe transformar el documento ficticio griego en la estipulación romana, que aunque tienen similares efectos difieren uno de la otra. Ambas tienen un efecto novatorio y en este sentido ambas son, también, abstractas. Aunque el documento griego se establece para crear una obligación, se puede comparar con la estipulación con que a veces se reforzaba la obligación de pagar el precio, de manera tal que el vendedor viera reforzada esta obligación, que naturalmente se solicitaba con la *actio venditi*, por la *condictio* que emana del mutuo.

Es así como el emperador busca una estipulación en el documento que se le presenta, cosa no difícil si pensamos que, luego de la constitución antoniniana, los habitantes de Oriente solían introducir en sus documentos una cláusula estipulatoria. La adición de esta estipulación en el documento permitirá entonces hacer exigible su contenido, dado su efecto novatorio, no sin que esto implique una gran concesión por parte del emperador, quien sabe que aquí no ha habido mutuo alguno.

La estipulación será válida porque está basada en una deuda previa del precio (“*cum obligationis non defecerat substantia*”), lo cual pese a ser indiferente en el mundo griego es relevante desde el punto de vista romano. Diocleciano, con gran tolerancia, acepta que pese a que la deuda del precio sea denominada mutuo, valga la estipulación.

En cambio, si el documento se limita sólo a hablar de mutuo, sin contener la cláusula estipulatoria (“*Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuum pecuniam datam conscriptum est*”), la norma romana clásica señala que el pacto nudo no genera acción alguna. Como no existe estipulación, no puede haber efecto novatorio, por lo que la vieja obligación subsiste y debe ser exigida mediante la *actio venditi*. En este caso se hace imposible sustentar la obligación.

Diocleciano guarda silencio respecto de los intereses, ya que el nudo pacto no sirve para crear una obligación al respecto, sólo la celebración de una estipulación serviría para este objeto. Esto es aceptado por este emperador, según lo podemos deducir de Código 4,32,22, donde aparece una decisión, de fecha incierta, del siguiente tenor:

“*A la verdad, mediando prendas, se pueden retener por pacto los intereses que no se podían pedir sin estipulación. Mas establecido este derecho, como expones que, sin haberse interpuesto ningún pacto de esta naturaleza, se convino únicamente que se pagase parte de cierta suma, ves que ni se puede pedir ni retener alguna cosa más, y que se te apremia por el rigor del derecho a la devolución de la prenda.*”³⁸⁷

³⁸⁷ *Si ex pretio debitae quantitatis, facta novatione per stipulationem, usuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es, falsa mutuae datae quantitatis demonstratio praemissa, quum obligationis non defecerit substantia, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuum pecuniam datam conscriptum est, et eius praestari foenus convenit, simulatis pro infectis habitis, huiusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione.*

Gracias al análisis de la decisión de Diocleciano podemos tener una noción general del aislamiento doctrinario en que se encontraba el Derecho romano respecto de otros Derechos recién comenzada la época post-clásica (o, si se quiere, la epiclásica).

Las concesión hecha por este emperador, aunque no pueda considerarse como una distorsión de los principios jurídicos romanos, es la puerta de entrada a la fusión del Derecho romano con elementos extranjeros, por lo que el destino final de la recepción de la práctica documental griega será tratada más adelante en otro lugar más adecuado. Hasta esta decisión, todos los casos anteriores en que la *cautio* (escrituración de la estipulación), no correspondía a la realidad habían sido rechazados.³⁸⁹

Antes de la de la decisión imperial que acabamos de revisar, la verdad es que los juristas clásicos no se interesaban en analizar problemas de prueba (y este era el humilde rol que en esta época cumplía el documento). Sin embargo, es obvio que para el juez y las partes litigantes en un pleito concreto esto no era así.

Tal como en el problema analizado por Diocleciano, no en pocos litigios se debe haber presentado el problema de un documento o una estipulación³⁹⁰ referidos a un mutuo en el que el mutuario, en realidad, jamás había recibido la cantidad documentada o estipulada, paso fundamental en la práctica de la compraventa griega.

Ya desde fines de la República, en el último siglo anterior a la era cristiana, se había creado la *exceptio doli*, seguramente antes de que Aquilio Galo creara la *actio doli* que estudiamos al referimos a la permuta.

Con esta excepción podría haber frenado las pretensiones del inescrupuloso falso mutuante. Aunque también por la *condictio sine causa* podría haber perseguido la restitución del documento que había entregado si previo a la acción se daba cuenta del engaño.

Ya durante el gobierno de Caracalla (212-217 d.C.), se menciona por primera vez en un rescripto³⁹¹ la *querela non numeratae pecuniae* (querrela de dinero no entregado) y al parecer en este mismo tiempo habría nacido la *exceptio non numeratae pecuniae*, la que ya era conocida por Ulpiano.³⁹²

Ambas herramientas fueron utilizadas (la *querela* de manera activa y la excepción de

³⁸⁸ *Pignoribus quidem intervenientibus, usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. Verum hoc iure constituto, quum huiusmodi nullo interposito pacto tantummodo certae summae praestari poenam convenisse proponas, nec peti nec retineri quidquam amplius, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina iuris, perspicias.*

³⁸⁹ Riccobono, Salvatore: *Stipulation and the Theory of Contract*. (traducción al inglés de J. Kerr Wylie), Amsterdam, 1957, págs. 45 y ss.

³⁹⁰ El problema de la estipulación no nos interesa para los fines de este trabajo. Por esta razón, en adelante hablaremos sólo del documento, pero se debe entender que todo cuanto digamos en relación a éste, es igualmente aplicable a la estipulación.

³⁹¹ Código 4,30,4.

³⁹² Dig. 44,4,4,16.

manera pasiva) en los pleitos referidos a los falsos mutuos.

La explicación tradicional, cuyo apoyo textual es bastante débil, señala que la *querela* y la *exceptio* invirtieron el cargo de la prueba pasándola del pretendido falso mutuario (quien con la *exceptio doli* tenía la difícil misión de probar un hecho negativo), al pretendido mutuante.

Sin embargo, hay fuentes³⁹³ donde aparecen juntas la *exceptio doli* y la *exceptio non numeratae pecuniae*, por lo que esta explicación no parece satisfactoria.

Para nosotros, la explicación del romanista Arias Bonet³⁹⁴, es mucho más precisa y se encuadra en el tema que estamos tratando en relación al documento griego.

El juez clásico no estaba sujeto a ninguna norma de atribución o apreciación de la prueba en el procedimiento formulario, en cambio el magistrado-funcionario, del procedimiento posterior que ahora está en práctica (*cognitio extra ordinem*), ya comienza a quedar sujeto a la prueba reglada³⁹⁵, justamente por la creación de la querela y la excepción.

Por lo tanto, la conclusión del romanista español es que tanto la querela como la excepción de dinero no entregado, vienen a poner el peso de la prueba por primera vez exclusivamente en el acreedor. Así se pone fin a los largos debates que se podrían haber producido en torno a una cuestión tan intrincada como podría haber llegado a ser ésta.

En nuestra opinión, se debe considerar también que ambas creaciones de la cancillería imperial de Caracalla, no cumplen la misma función que la *exceptio doli*, por eso aparecerían juntas en las fuentes.

Lo que importa no es tanto el dolo del mutuante sino la falsedad del documento. Por ello, nuestra conjetura es que sea cual sea la razón que motivó a su instauración (hay varias teorías), la querela y la excepción de dinero no entregado, son una traba a las prácticas documentales de los orientales que habían pasado a ser ciudadanos romanos por decisión del mismo Caracalla el año 212 d.C., pues ponen en una difícil situación al acreedor, con lo cual se desalienta a quienes persistan en la realización de figuras ficticias como la que nos informaba Pringsheim, forzándolos a adecuarse a las normas del Derecho romano para proteger sus intereses.

Se ve entonces que de ningún modo podría haber cedido todavía el Derecho romano, ante uno de los elementos básicos para el desenvolvimiento de los principios orientales como eran sus documentos.

Incluso, la decisión de Caracalla, en Código 4,30,3, fechada el año 215 d.C., nos atrevemos a decir que se trata de un problema de compraventa muy semejante al tratado

³⁹³ Código 4,30,3.

³⁹⁴ Arias Bonet, Juan Antonio: Sobre la Querela y la Exceptio Non Numeratae Pecuniae, Derecho Romano y Vicisitudes Medievales, Anuario de Historia del Derecho Español, LIII, 1983, págs. 107 y ss.

³⁹⁵ Arias Bonet, Juan Antonio: Sobre la Querela y la Exceptio Non Numeratae Pecuniae, Derecho Romano y Vicisitudes Medievales, Anuario de Historia del Derecho Español, LIII, 1983, pág. 114.

por Diocleciano. Aquí se responde a la consulta de una tal Demetria (oriental por supuesto), a quien se pretende hacer pagar un mutuo inexistente que figura en un documento el cual, además, había sido garantizado con hipoteca. Pensamos que muy seguramente Demetria era una compradora que pagaría a plazo, por lo que se recurrió a la ficción del mutuo, y la cosa de la que paso a ser dueña se garantizó con hipoteca para resguardar aún más al vendedor en caso de que no se pagara el precio.

Gayo, en sus Instituciones 3,134, nos habla de las obligaciones *litteris* (aquellas que nacen del documento escrito), menciona los *chirographa* y la *syngraphae*. Aunque no tenemos datos muy claros acerca de ellos, su origen es griego³⁹⁶; el primero era un documento que el deudor extendía al acreedor reconociendo una deuda; el segundo era un documento redactado por ambos, quedando en poder de cada uno un ejemplar. Es curioso que Gayo dijera que ellos son propios de los extranjeros, no que pertenecen al *ius gentium* (derecho romano aplicable a todos los hombres con independencia de su ciudadanía).³⁹⁷

Tal vez ahora se pueda dimensionar mejor la concesión de Diocleciano. A lo que en el último período del Derecho clásico se rechazaba tajantemente (no se puede pretender un mutuo que figura en un documento pero que no existe), ahora se responde que si hay una obligación previa como la de pagar el precio, entonces se debe buscar alguna manera de hacer válido el contenido del documento, pese a saberse que no se ha entregado dinero, eso sí, de acuerdo al Derecho romano.

X.- El problema del pago del precio en la compraventa clásica.

Para determinar qué efectos produjo en la compraventa clásica la falta de pago del precio, podemos recurrir a múltiples fuentes las que, sin embargo, en muchas ocasiones no dejan de ser contradictorias, dada la distorsión de algunos textos reunidos por los compiladores. No obstante, es posible descubrir lo que ocurrió en época clásica a la luz de ciertos pasajes que contrastan con las normas bizantinas, dejando entrever un orden jurídico anterior.

Fundamental para esta cuestión es el texto de Gayo, Instituciones 2, 20, el cual indica lo siguiente:

*“Así, si yo te entregara un vestido o una cantidad de oro o de plata, a causa de venta, de donación o de cualquiera otra causa, la cosa se hace tuya inmediatamente, siempre que yo sea dueño de ella.”*³⁹⁸

El texto es elocuente al señalar que la *traditio a domino* al efectuarse *venditionis causa* produce la transferencia del dominio sin necesidad de que el precio haya sido

³⁹⁶ Lewald, Hans: *Conflicts De Lois Dans Le Monde Grec Et Romain*, Labeo 5(1959)3, pág. 351.

³⁹⁷ Di Pietro, Alfredo: *Gayo, Institutas*. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 506, nota 137.

pagado.

Pese a los categóricos términos con que Gayo hace esta afirmación, este pasaje se encuentra en contradicción con otro perteneciente al mismo autor (28 ed. prov.) y que se encuentra en Digesto 18,1,53:

*“Para que la cosa se haga del comprador no hay diferencia entre que el precio haya sido pagado o se haya dado fiador de él. Lo que se dice del fiador ha de tomarse en sentido más amplio: si el vendedor ha recibido garantía del precio por cualquier razón, como por ejemplo, mediante novación de un nuevo deudor o por dación de prenda, será como si el precio hubiese sido pagado.”*³⁹⁹

Llama la atención la falta de distinción entre cosas *mancipi* y *nec Mancipi* en este pasaje, razón por la que ya se debe sospechar su interpolación. Respecto de las cosas *mancipi* ya hemos visto que desde la época de la Ley de las Doce Tablas, el ordenamiento jurídico romano había renunciado a la pesada real de cobre, verificándose la *mancipatio nummo uno* (con una sola moneda). Desde ese momento la *mancipatio* se había desligado de la relación causal que la motivaba por lo que se transformó en un acto abstracto, lo que trajo como consecuencia que el tránsito de la propiedad se produzca con total independencia de su causa (venta, donación, etc.). Aunque aceptemos la posibilidad de que la *mancipatio* pudiera acompañarse de una *nuncupatio* (declaración oral) que la ligara a su causa, al menos su estado natural era el recién descrito.

Para Pringsheim, tan sólo las cuatro primeras palabras serían originales (*ut res emptoris fiat*). Sin embargo, Arangio-Ruiz parece más acertado al señalar que, a la inversa, parece que esas palabras se han insertado en el texto con el fin de introducir esta doctrina, variando el sentido de lo que se decía a continuación⁴⁰⁰. Aunque no llegue al punto esencial que nos preocupa en este pasaje, podría aceptarse la glosa que parece ver en él Schönbauer, la cual iría desde *fideiussor* hasta *de pretio*.⁴⁰¹

En relación a las cosas *nec Mancipi*, la contradicción de este pasaje gayano con las Institutas del mismo autor es evidente y no requiere comentario.

Revisemos ahora un pasaje de las Instituciones de Justiniano 2, 1, 41, respecto del cual ya algún romanista ha hecho notar su gran paralelismo con el texto gayano de Digesto 18,1,53⁴⁰² y que, junto al pasaje citado de las Institutas de Gayo 2,20,

³⁹⁸ *Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

³⁹⁹ *Ut res emptoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fideiussor datus sit. Quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti ex promissore, aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset.*

⁴⁰⁰ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 2, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pág. 288.

⁴⁰¹ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 2, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pág. 288, nota 3.

⁴⁰² Rodríguez Alvarez, Luis: "Notas en torno a D. XVIII, 1,53", Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Serie, Tome XXVI, 1979, pág. 36.

constituyen la base sobre la cual se desenvuelve esta parte de nuestro estudio. Aquí se señala lo siguiente:

*“Pero las cosas vendidas y entregadas no las adquiere el comprador sino cuando ha pagado el precio al vendedor, o satisfecho a este último de cualquier manera, como, por ejemplo, dándole un expromisor o una prenda. Este principio se halla sancionado por la Ley de las Doce Tablas, por lo que no impide que con razón se diga que procede del derecho de gentes, esto es, del derecho natural. Mas si el vendedor ha seguido la fe del comprador, es preciso decidir que la cosa la adquiere directamente el comprador.”*⁴⁰³

Lo que se dice respecto de la ley de las Doce Tablas ya lo tratamos al hablar del origen de la compraventa. Habíamos hecho notar que bien se podría referir este texto a la *mancipatio*, ya caída en desuso y abolida formalmente por Justiniano, la que no se perfecciona si no interviene la pesada, aunque sea simbólica, del metal o de una moneda; pero también señalamos que, razonablemente, el texto se podría referir al estado más primitivo del trueque. En este último caso, este estado evolutivo ya se habría superado antes de terminado el período arcaico con la creación de la *condictio*. Como sea, el dato no se refiere al contrato consensual, ni a la doble estipulación, ni a la forma que terminó por adoptar la permuta (régimen de la doble tradición) desde antes del período clásico.

Lo que dice Justiniano respecto del Derecho de gentes, mirándolo como el orden social universalmente aplicable (algo así quiere decir con Derecho natural), lo debemos entender de acuerdo a su época. La norma del pago del precio ya existía hace siglos en Oriente pero, como tratamos de demostrar, no proviene del sistema jurídico occidental.

La utilidad de las Institutas de Justiniano 2,1,41, es que permite determinar cuál es el plan preconcebido de interpolación de los compiladores en el Digesto, de acuerdo al nuevo Derecho bizantino. Este texto explica plenamente, dada su gran semejanza con el texto gayano de Digesto 18,1,53, las razones de la contradicción entre este último y la otra obra gayana que citamos al principio (Institutas 2,20). A partir de esta información podremos, por contraste, determinar cuándo el contenido de las fuentes es el original y cuándo es espúreo, atribuyéndolos a la época clásica o a la de Justiniano según corresponda.

Así entonces podremos afirmar la absoluta clasicidad de un pasaje como éste que se encuentra en Digesto 41,1,31, pr., atribuido a Paulo (31 ed.), el cual concuerda plenamente con los principios clásicos ya anunciados por Gayo:

*“La simple entrega no transfiere sin más la propiedad, sino tan sólo cuando haya precedido una venta u otra causa que justifique la tradición.”*⁴⁰⁴

Paulo nos confirma que en materia de compraventa no se requiere el pago del precio

⁴⁰³ *Venditae vero res et traditae, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo et satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quo cavetur quidem ex lege Duodecim Tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali, id effici: sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.*

⁴⁰⁴ *Nunquam nuda traditio transfert Dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

para que opere la tradición.

Las fuentes nos entregan más información en Digesto 19, 1, 50, donde se nos informa acerca de un texto de Labeón (4 post.):

*“No es compatible con la buena fe que cuando el comprador hubiese dejado de deber el precio de la cosa vendida en virtud de un beneficio de alguna ley, antes de serle entregada la cosa, sea compelido el vendedor a entregar y se desprenda de su propia cosa; pero después de entregada la posesión, el vendedor perdería igualmente la cosa <y el precio, pues si reclama la cosa, <el comprador puede oponer la excepción de cosa vendida y entregada para que se considere como si> el reclamante no la hubiese vendido ni entregado.”*⁴⁰⁵

Del texto se deduce que existiendo compraventa y la subsiguiente entrega de la cosa, se produce la transferencia aún cuando por una circunstancia posterior el precio no sea pagado. Si la compraventa no subsistiera por sí sola, como causa suficiente de la tradición, sin que se siga el pago del precio esta adquisición no procedería por falta de causa. Pero la causa es el consenso y no la ejecución de las obligaciones que éste engendra, tal como lo decía Ulpiano⁴⁰⁶: *“Sin precio no hay venta; mas no la entrega del precio, sino el acuerdo perfecciona la compraventa...”*.

La causa se engendrará al querer contratar ambas partes, y de ahí en adelante está perfecta. Si se considera que la causa es la ejecución de la obligación recíproca y no el consentimiento en obligarse, razón por la que no se transferirá el dominio de la cosa vendida, entonces estamos frente a un *facio ut des* y no frente a un contrato, al menos consensual como lo es la compraventa.

El texto, además, pone énfasis en un aspecto poco tocado en general por las fuentes, cual es: la obligación del comprador de dar el precio bajo las normas de la buena fe que envuelven el negocio de compraventa. Así como el vendedor debe responder del dolo en el cumplimiento de su prestación, lo mismo ocurre con el comprador. Por ello no resulta connatural a la compraventa, que se deba garantizar el pago del precio, pues el contrato en sí mismo obliga a realizar el pago, y ello con la exclusión del dolo, por lo que el hecho de que la cosa se haya entregado antes de que éste se pague no tiene porque implicar que la prestación del vendedor dueño no cause el efecto normal de transferir el dominio.

La compraventa produce consecuentemente la transferencia del dominio cuando es entregada la cosa por su dueño, y así lo podemos deducir de los pasajes del Digesto que nos hablan sobre la acción Publiciana (creada en torno al siglo I a.C., aunque el problema

⁴⁰⁵ *Bona fides non patitur, ut, quum emtor alicuius legis beneficio puecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur, et re sua careret; possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote quum petenti eam rem <emtor exceptionem rei venditae et traditae obiiciat, ut perinde habeatur, ac si> petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset.*

⁴⁰⁶ Dig. 18,1,2,1. La parte que no fue transcrita agrega que lo dicho se entiende en relación a la venta sin escritura, pero eso es claramente una interpolación. Así: Riccobono, Salvatore: *Stipulation and the Theory of Contract*, (trad. al inglés de J. Kerr Wylie), Amsterdam. 1957, pág. 111.

de su data no está resuelto)⁴⁰⁷, donde se establece la propiedad pretoria sobre las cosas que se encuentran *in bonis* (de hecho en el patrimonio), por haber sido simplemente entregadas, en circunstancias que la tradición no sirve para su transferencia. Ulpiano (16 ed.), según aparece en Digesto 6,2,1, pr. y 1, señala:

*“Dice el pretor: “Si alguien le entregara lo que con justa causa le fue entregado por quien no era el dueño, y antes de haberlo usucapido, daré acción”. Con razón dice el pretor: “antes de haberlo usucapido”, ya que, si lo hubiese usucapido, tiene la acción civil y no necesita la acción honoraria.”*⁴⁰⁸

Si leemos a *contrarius sensu* el pasaje, deduciremos que la entrega hecha por el dueño sí le entregaría la acción civil al *accipiens*. ¿A qué acción civil se refiere Ulpiano?, a la acción reivindicatoria según se desprende de otro pasaje perteneciente a este jurista (16 ed.), ubicado en Digesto 6,2,7,6:

*“La acción Publiciana sigue el modelo de la propiedad, no de la posesión.”*⁴⁰⁹

Por tanto, del anterior pasaje (Dig. 6,2,1), debemos desprender que en condiciones "normales" se habría producido la transferencia de dominio en la compraventa⁴¹⁰, sin requerirse el pago del precio.

Reafirmando nuestra tesis respecto de que la tradición de la cosa vendida transfiere el dominio a pesar de no haberse pagado el precio, la acción Publiciana procede en una compraventa con la única condición de encontrarse el comprador de buena fe, según nos indican las siguientes fuentes.

Veamos Digesto 6,2,7, 11, perteneciente a Ulpiano (16 ed.):

*“Dice el pretor: “el que compró de buena fe”. No sirve pues, toda compra, sino aquélla que tiene la buena fe. Por lo que me basta haber sido comprador de buena fe, aunque haya comprado al que no era propietario, y aunque él me hubiera vendido con mala intención, porque no me debe perjudicar el dolo del vendedor.”*⁴¹¹

Esto se complementa con lo que aparece más adelante en Digesto 6,2,7,14, 15,16 y 17:

“La acción Publiciana se refiere al momento de la compra, y por esto cree Pomponio

⁴⁰⁷ Watson, Alan: *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford University Press, London, 1968, págs. 104 y ss.

⁴⁰⁸ *Ait Praetor: SI QUIS ID, QUOD TRADITUR EX IUSTA CAUSA NON A DOMINIO, ET NONDUM USUCAPTUM PETET, IUDICIUM DABO. Merito Praetor ait “nondum ususaptum”; nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam.*

⁴⁰⁹ *Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.*

⁴¹⁰ Dig. 6,2,3,1; 6,2,7. etc.

⁴¹¹ *Praetor ait: “qui bona fide emit”; non igitur omnis emitio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet. Proinde hoc sufficit, me bonae fidei emitorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit; neque enim dolus venditoris mihi nocebit.*

que no se tiene en cuenta en esta acción el dolo malo, anterior o posterior a la compra. Se refiere a la buena fe tan sólo del comprador. Así pues, para que proceda la acción Publiciana, debe concurrir que alguien haya comprado de buena fe y que le haya sido entregada por tal causa la cosa comprada; por lo demás, antes de la entrega, aunque alguien sea comprador de buena fe, no puede ejercitar la acción Publiciana. Escribe Juliano, 7 dig., que se debe hacer de buena fe la entrega de la cosa comprada; que, por lo tanto, si se toma posesión a sabiendas de que es ajena, no se puede ejercitar la acción Publiciana, ya que tampoco se podrá usucapir. Y no se piense que a nuestro juicio basta para poder ejercitar la Publiciana que se haya ignorado que la cosa era ajena al empezar el acto de entrega, sino que el comprador debe tener buena fe ya en el momento de la compra.”⁴¹²

Agreguemos, por último, un texto perteneciente a Gayo (7 ed. prov.) ubicado en Digesto 6,2,8:

“Pero no se dice nada respecto a haberse pagado el precio, por lo que se puede conjeturar que no está en la intención del pretor que se requiera el pago del precio.”⁴¹³

Nótese que no se trata de una excepción hecha por el pretor a las normas generales de derecho objetivo, simplemente Gayo se limita a constatar la omisión, por lo que se puede conjeturar que el pretor no necesitaba modificar una norma ya existente dado que, si así fuera, tendría que haberlo establecido expresamente.⁴¹⁴

Como lo indican las fuentes, la acción Publiciana sigue la estructura de la propiedad civil en favor de la propiedad reconocida procesalmente por el pretor, es decir se asemeja a la acción reivindicatoria. Para su ejercicio no se requiere el pago del precio (sin ser un caso excepcional), sino tan sólo la buena fe del comprador.

Podemos encontrar, no libre de alteraciones, un pasaje del Digesto, 40,12,38,2, perteneciente a Paulo (15 resp.), en el cual podemos encontrar un apoyo textual a lo que hemos señalado respecto a la tradición de una cosa *mancipi* (que constituye una de las

⁴¹² *Publiciana tempus emtionis continet; et ideo neque quod ante emtionem, neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci Pomponio videtur. Bonam autem fidem solius emtoris continet. Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita. Ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emtor sit, experiri Publiciana non poterit. Iulianus libro séptimo Digestorum scripsit, traditionem rei emtae oportere bona fide fieri; ideoque si sciens alienam possessionem apprehendit, Publiciana eum expediri non posse, quia usucapere non poterit. Nec quisquam putet, hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri; sed oportere et tunc bona fide emtorem esse.*

⁴¹³ *De pretio vero soluto nihil exprimitur; unde potest coniectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.*

⁴¹⁴ No se debe pensar que por tratarse de un comentario al Edicto provincial éste sea un texto pertinente sólo para el Derecho de las o la provincia, diverso de lo que ocurría con el Edicto del pretor en la ciudad de Roma. En realidad este Edicto es el mismo, no existen dos, pero la diferencia radica en que este supuesto Edicto provincial es un comentario a las normas aplicables fuera de la urbe. Por lo demás, lo dicho por Gayo es diametralmente opuesto a lo que ocurría en las provincias orientales (donde vivió este profesor), como pretendemos probar con nuestro trabajo. Sobre el Edicto provincial, ver una referencia en: d'Ors, Alvaro: La Formación del "Ius Novum" en la Época Tardo-Clásica, Revista de Estudios Histórico Jurídicos, 4, 1979, 37 y 38.

formas de propiedad pretoriana o bonitaria):

*“Se ha preguntado si el comprador puede dar la libertad al esclavo comprado sin haber pagado el precio. Respondió Paulo que el esclavo que el vendedor ha entregado al comprador ha entrado en el patrimonio del comprador aunque no haya pagado el precio, siempre que haya dado una garantía del mismo.”*⁴¹⁵

Debemos señalar que la última parte del texto (*si ei pro pretio satisfactum est* - siempre que haya dado una garantía del mismo), como ya se ha aceptado, se encuentra interpolada⁴¹⁶, por lo que una correcta lectura debe omitir esta última parte. Además, otro signo evidente de la distorsión del contenido de este fragmento es el que se cite a Paulo en circunstancias que la autoría también se le atribuye.

También donde se señala entregar podríamos leer *mancipar*, pero la referencia de Paulo a la entrada del esclavo al patrimonio del comprador hace una típica alusión a lo que la romanística denomina propiedad bonitaria o propiedad pretoriana, donde se dice que las cosas están de hecho en el patrimonio (*in bonis habere*), oponiéndolas a aquellas que el derecho civil atribuye a un determinado sujeto. El caso más corriente de propiedad bonitaria es la tradición de una cosa *mancipi*, tal como ocurre en este caso. Por lo demás, al abolir la distinción entre cosas *mancipi* y *nec mancipi*, Justiniano terminó con la propiedad bonitaria unificándola con la civil, por lo que no se explicaría una inclusión compilatoria relativa a la entrada al patrimonio. En consecuencia, la lectura correcta es la que aparece en el texto.

Aquí se cumple con las normas sobre la propiedad pretoriana, las que, como se ha visto, no exigen el pago del precio, ni otorgar garantía de su pago. Este caso resulta de gran utilidad para demostrar que la norma de las Instituciones de Justiniano 2,1,41, tampoco encuentra aplicación, en época clásica, en la tradición (y no sólo en la *mancipatio*), cosa que sostienen autores como Meylan.⁴¹⁷

Existe otro pasaje del Digesto que se inserta dentro del título IV, del libro 41, que trata del "título como comprador" en la usucapión, de donde podemos robustecer nuestro argumento. Este fragmento pertenece a Paulo (54 ed.), y se ubica en Digesto 41,4,2, pr.:

“Posee como comprador el que compra de verdad, y no basta que crea él que posee como comprador, sino que debe existir realmente la causa de compra. Sin embargo, si te entrego algo creyendo que te lo debo, aunque no lo sepas podrás usucapirlo. ¿Por qué, pues, si creo que te he vendido algo y te lo entrego, no podrás usucapirlo? Precisamente porque en los otros contratos basta el momento de la tradición; así, si estipulo a sabiendas una cosa ajena, podré usucapir siempre que cuando se me entregue crea que

⁴¹⁵ *Quaesitum est, an emtor servo recte libertatem dederit nondum pretio soluto. Paulus respondit, servum, quem venditor emtori tradidit, si ei pro pretio satisfactum est, et nondum pretio soluto in bonis emtoris esse coepisse.*

⁴¹⁶ Pringsheim, Kauf. ZSS. 50 (1930), p. 413 y ss; Appleton, RH, 7 (1928), p. 43 y ss; Boyer, Recherchers, 79, p. 101, n. 92; Meylan, Studi Bonfante, I, p. 471; Pringsheim. ZSS, 35 (1914), p. 329, según: Rodríguez Alvarez, Luis: "Notas en torno a D. XVIII, 1,53", Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Serie, Tome XXVI, 1979, pág. 381, nota 48.

⁴¹⁷ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 2, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pag. 289.

*pertenece ya al que me la entrega, pero en la compra se atiende también al momento del contrato: así, pues, debe haber comprado de buena fe y haber tomado posesión también de buena fe.”*⁴¹⁸

La usucapión es un modo de adquirir que opera ante la ineficacia de otro modo de adquirir (en este caso la tradición), que de haberse verificado de manera normal habría producido la transferencia inmediata de dominio.

En el caso de la compraventa, el hecho de existir este contrato habilita para que comience a computarse el plazo para la usucapión desde la entrega, sin que se mencione en lugar alguno el pago del precio, sino tan sólo la buena fe del comprador, por lo que se puede deducir que de no haber existido la circunstancia que impide la adquisición inmediata del dominio y que aquí es un defecto de la compraventa que sirve de causa, la cosa se habría hecho del comprador con el sólo acto de la tradición.

Cierto es que el fragmento exige la buena fe tanto al tiempo del contrato como al momento de la tradición, cosa que ya habíamos leído en otros pasajes, pero el requisito clásico se refería tan sólo al momento de la entrega de la cosa, siendo lo demás un agregado post-clásico o justiniano, en que contrato y ejecución, pese a distinguirse dogmáticamente, comenzaron a confundirse en un solo acto en la práctica.

Lo dicho sobre el momento en que se exige la buena fe encuentra fundamento en otros pasajes del Digesto que resultarían inexplicables si la situación descrita en el pasaje recién citado fuese la normal en época clásica.⁴¹⁹ En efecto, la regla clásica fue acogida por la jurisprudencia a partir de los postulados de la escuela Sabiniana, de acuerdo a lo que nos señala Ulpiano (16 ed.), en Digesto 41,3,10, pr.:

*“Si se compra de buena fe una cosa ajena, y empieza a correr <el tiempo de> la usucapión ¿exigimos, para la buena fe, como primer momento, el de la compra o el de la tradición? Prevalció la opinión de Sabino y de Casio de que debe atenderse como primer momento al de la tradición.”*⁴²⁰

Esta norma de la buena fe se encuentra confirmada en un texto de Papiniano (23 quaest.), ubicado en Digesto 41,3,44,1, del que también podríamos deducir lo que hemos señalado sobre el pago del precio:

*“Consta que si me vendes una cosa ajena teniendo yo conocimiento de que lo es, pero me la entregas en el momento en que el propietario ha ratificado aquella venta, debe atenderse al momento de la tradición y la cosa se hace mía.”*⁴²¹

⁴¹⁸ *Pro emtore possidet, qui revera emit; nec sufficit, tantum in ea opinione esse eum, ut putet, se pro emtore possidere, sed debet etiam subesse causa emtionis. Si tamen existimans me debere, tibi ignoranti tradam, usucapies. Quare ergo, et si putem me vendidisse, et tradam, non capies usu? Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus; sic denique, si sciens stipuler rem alienam usucapiam, si, quum traditur mihi, existimem illius esse; at in emtione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur; igitur et bona fide emisse debet, et possessionem bona fide adeptus esse.*

⁴¹⁹ Aunque en Digesto 41,3,48 se repita esta misma regla sobre el momento en que se exige la buena fe.

⁴²⁰ *Si aliena res bona fide emta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emtionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium.*

De esta forma, vemos la neta diferencia entre negocio obligatorio y adquisitivo. Dado que el negocio adquisitivo es una cosa distinta del contrato, la buena fe debe estar presente en el momento de la tradición y no al momento de perfeccionarse la compraventa como aparece en el Digesto 41,4,2, pr., de tal forma que lo único que se requiere para la adquisición del dominio será la causa (que es dada por la compraventa) y la buena fe al momento de la entrega; si las circunstancias que rodean a la adquisición contienen algún vicio, las cosas serán adquiridas por usucapión, pero, a *contrarius sensu*, si no presentan problemas, la adquisición de la cosa se verificará por tradición, sin mencionarse, como ya hemos manifestado, en lugar alguno la necesidad del pago del precio para que nazca o subsista la causa de adquisición ni la adquisición misma.

Javoleno (1 *epist*), según lo que aparece en Digesto 41,3,19, señalaba lo siguiente:

*“Si has comprado un esclavo de modo que, si se cumple una condición, no quede comprado, y te ha sido entregado, pero luego la condición resuelve la compra, estimo que el tiempo en que el esclavo estuvo en poder del comprador debe acceder al vendedor, pues una venta así, con efecto retroactivo, es semejante a la redhibición, en la cual no dudo que el tiempo de posesión del comprador que ha redhibido debe acceder al vendedor, pues ésa no puede llamarse realmente venta.”*⁴²²

El dato que nos aporta Javoleno es interesante, pues, en efecto, ve que cumplida la condición contenida en el pacto de resolución (presumiblemente comisorio o adjudicación a término), no hay venta. Como el esclavo es una cosa *mancipi* y no se ha mancipado sino que sólo se entregó, no se ha transferido el dominio de acuerdo al Derecho civil. Si bien aquí hay propiedad bonitaria, el texto analiza el caso desde la perspectiva de la adquisición del dominio *iure civile*, la que se producirá por usucapión.

El efecto retroactivo del acuerdo de las partes impide que se cuente el tiempo de posesión del comprador y, por otra parte, este comprador se ve despojado de una justa causa para su posesión dado que aquel pacto hace, justamente, que la obligación de otorgar el *habere licere* sobre la cosa cese. En todo caso, mientras no se resuelve el contrato se aprecia que el pago del precio en ningún momento pasa a ser una condición para que se pueda usucapir, pues si no se cumpliera la condición se le habría seguido computando el plazo, tal como ocurre en el caso que el comprador aún no haga valer la responsabilidad por vicios redhibitorios. Si este requisito existiera, el comprador no podría pretender la usucapión ni siquiera al amparo del título *pro suo* (como dueño), pues como no puede desconocer el Derecho, no le quedaría más que reconocer dominio ajeno.

Revisemos otro caso donde se recoge claramente el principio clásico sobre la no necesidad del pago del precio. El texto se ubica en Digesto 19,1,25 y pertenece a Juliano (54 *dig.*):

⁴²¹ *Constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratum habet, traditionis tempus inspiciendum, remque meam fieri.*

⁴²² *Si hominem emisti, ut, si aliqua conditio extitisset, inemptus fieret, et is tibi traditus est, et postea conditio emtionem resolvit, tempus, quo apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis; in qua non dubito tempus eius, qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest.*

*“El que compró una vendimia pendiente, al prohibirle el vendedor recoger la uva, podrá usar contra éste, si le pide el precio, de la excepción: “si la cantidad, por la cual se demanda, no se pide por cosa vendida pero no entregada”. Por lo demás, después de la entrega, si se le prohibiese pisar la uva recogida o llevarse el mosto, podrá demandar por la acción exhibitoria, o la de injurias, de igual modo que si se le prohibiese retirar otra cosa suya cualquiera.”.*⁴²³

En este caso Juliano es claro. Si la entrega ya se ha realizado, aunque no se haya pagado el precio aún (ese es el supuesto en las dos hipótesis del texto), la cosa pasa a ser del comprador y podrá accionar tal como lo haría respecto de cualquiera de sus cosas.

A estas alturas, ya parece suficientemente probado que en materia de tradición en la compraventa clásica, el pago del precio no es un requisito para que se transfiera el dominio. Sin embargo, partiendo desde una conjetura de Albertario, parte de la romanística ha creído que, si bien la norma justiniana no se aplicaba a la tradición en época clásica, ella sí encuentra un precedente de esta época en el caso de la *mancipatio*.

⁴²⁴

Pasemos a un caso de *mancipatio*. Un texto atribuido a Calístrato (2 ed. monit.), ubicado en Digesto 6,1,50, pr., señala, respecto de la venta seguida de *mancipatio*, lo siguiente:

*“Si una tierra pertenece a alguien por causa de compra, no podrá ejercitar la acción reivindicatoria antes de que la tierra haya sido entregada, y cuando haya perdido la posesión.”*⁴²⁵

Resulta evidente que en este caso el texto original debió señalar “mancipada” y no “entregada”, sin embargo, lo importante aquí es que en ningún lugar se señala el pago del precio como requisito para que prospere la acción reivindicatoria, por lo que se debe deducir que el comprador recibió la propiedad civil de la cosa gracias al acto mancipatorio, con independencia del cumplimiento de su obligación de pagar el precio.

Revisemos otro texto donde no cabe duda de que el pago del precio nada tiene que ver con la adquisición del dominio de la cosa comprada. El fragmento pertenece a Ulpiano (35 ad ed.), y está ubicado en Digesto 27,9,1,4:

“Si un menor de veinticinco años compró unos predios de modo que quedasen hipotecados a favor del vendedor hasta que se le pagara el precio, no creo que valga esa garantía, pues desde el momento en que el menor adquiere la propiedad, empieza ésta a

⁴²³ *Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: “si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est”. Ceterum post traditionem, sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum, vel iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.*

⁴²⁴ Zulueta, Francis de: *The Roman Law of Sale*, Oxford University Press, London, 1966, pág.38.

⁴²⁵ *Si ager ex emtionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager, tuncque possessio amissa sit.*

no poder hipotecarse."⁴²⁶

Este pasaje está en relación con el discurso que pronunció en el Senado el emperador Septimio Severo el año 195 d.C., del que se nos informa previamente en Digesto 27,9,1, pr. Sin entrar, en el tópico relativo a las guardas, en este discurso se prohíbe la enajenación de los predios rústicos del pupilo, salvo que el padre lo previera en su testamento o codicilo, o con la autorización del pretor en el caso de que el pupilo resultase insolvente.

Dicho lo anterior, el texto resulta elocuente: el menor de veinticinco años no puede (con el auxilio de su curador), garantizar que pagará el precio a que se obligó por la compra de unos predios, puesto que éstos ya han pasado a ser de su propiedad antes de pagar el precio y, por tanto, se encuentra sometido a la disposición imperial, por lo que no los podrá hipotecar. He aquí una prueba fehaciente del pensamiento de Ulpiano que, además de servir en sí misma como apoyo textual a nuestra tesis, refuerza nuestras conjeturas en torno al retoque de otros textos ulpianos.

Otro caso interesante de analizar lo constituye la compra hecha por un esclavo en usufructo, el que se encuentra en diversos fragmentos del Digesto.

Veamos a este respecto a Gayo (7 ed. prov.) en Digesto 41,1,43,2:

*"Si un esclavo en usufructo ha comprado otro esclavo y éste le ha sido entregado, queda en suspenso, en tanto no paga, para quién ha adquirido: si pagara con dinero del peculio que pertenece al usufructuario, se entiende que el esclavo se ha hecho propiedad del usufructuario, si lo hiciera, en cambio, con el del peculio del nudo propietario, se entiende a posteriori que se hizo del nudo propietario."*⁴²⁷

En este texto debemos sustituir la mención a la entrega por la *mancipatio* dada la calidad de cosa *mancipi* que tienen los esclavos en Roma, en relación a la adquisición de la propiedad que ocurre en el caso. Arangio-Ruiz⁴²⁸ pone de manifiesto que los tiempos en que se utilizan los verbos para señalarse en favor de quién se verifica la adquisición del dominio, contrapuesto con el tiempo y forma verbal con que se señalan las dos hipótesis del pago, deja entrever que la adquisición del dominio ya se había verificado cuando éste se realizó, siendo incierto sólo la persona del titular.

Para dilucidar mejor el problema sigamos recurriendo a las fuentes. Veamos ahora un texto de Paulo (1 ad. ed. cur.), en Digesto 21,1,43,10:

"A veces, aunque la venta sea pura y simple, está en suspenso a causa de una condición de derecho; por ejemplo, si un esclavo que está en usufructo de una persona y en nuda propiedad de otra hubiese comprado alguna cosa, pues, mientras es incierto con

⁴²⁶ *Si minor vigintiquinque annis emit praedia, ut, quad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto, pignus valere; nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari*

⁴²⁷ *Quum servus, in quo alterius usufructus est, hominem emit, et ei t raditus sit, antequam pretium solvat, in pendenti est, cui proprietatem acquisierit; et quum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, intelligitur fructuarii homo fuisse; quum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, proprietarii ex postfacto fuisse videtur.*

⁴²⁸ Arangio-Ruiz: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 2, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pág. 292.

*bienes de quién paga el precio, está pendiente para quién ha adquirido y por ello a ninguno de ellos compete la acción redhibitoria.”*⁴²⁹

El texto no tiene más mérito que exponer el caso de manera más general que el caso propuesto por Gayo.

Existe un fragmento perteneciente al jurista Ulpiano que entrega datos nuevos y coincidentes con lo dicho por Arangio-Ruiz (y es aceptado por nosotros) en relación con esta cuestión.

Observemos lo que señala Ulpiano (18 Sab.), en Digesto 7,1,25,1, primera parte:

*“Pero ocurre a veces que queda pendiente el saber para quién adquiere este esclavo en usufructo; por ejemplo si compró un esclavo y lo recibió mediante simple entrega, sin pagar el precio, únicamente afianzándolo: se pregunta de quién sea en estas circunstancias. Y escribe Juliano, 35 dig., que queda en suspenso el dominio del esclavo comprado, y que el pago del precio determinará de quien sea, ya que si se pagó con bienes del usufructuario resulta haber sido de éste desde el primer momento.”*⁴³⁰

De la observación de los dos pasajes del Digesto que hemos transcrito antes de éste, podemos inferir que la mención a la garantía es producto del retoque compilatorio, ya que tanto Gayo como Paulo no se refieren a ella, remitiéndose tan solo a mencionar la procedencia del dinero del precio. Por lo demás, la mención a la entrega en vez de la *mancipatio* resulta extraña a la redacción del fragmento, donde no se están refiriendo a la propiedad bonitaria sino que parece clara la referencia al dominio civil. Hechas estas aclaraciones, lo dicho por Juliano viene a encuadrarse perfectamente con lo que nosotros hemos señalado respecto de la adquisición del dominio y el pago del precio. El pasaje indica expresamente que el esclavo comprado es "desde el primer momento", de quien provenga el dinero del precio, lo cual se verá al momento de su pago, cosa que lógicamente ocurrirá después de que el dominio ya se ha transferido.

Avancemos en nuestro estudio hacia una constitución imperial atribuida en Código 4,49,1, a Antonino Magno Caracalla (año 215 d.C.):

*“Comparece en el juicio de venta contra aquel a quien le vendiste un campo. Porque no te compete la acción real contra el comprador, que personalmente se te haya obligado.”*⁴³¹

Vemos como a fines de la época clásica se mantiene la norma relativa a que la transferencia del dominio de la cosa vendida opera con independencia del pago del

⁴²⁹ *Interdum, etiamsi pura sit venditio, propter iuris conditionem in suspenso est, veluti si servus, in quo alterius ususfructus, alterius proprietas est, aliquid emerit; nam dum incertum est, ex cuius re pretium solvat, pendet, cui sit acquisitum; et ideo neutri eorum redhibitoria competit.*

⁴³⁰ *Interdum tamen in pendenti est, cui acquirat iste fructuarius servus, ut puta si servum emit et per traditionem accepit, nec dum pretium numeravit, sed tantummodo pro eo fecit satis, interim cuius sit, quaeritur. Et Iulianus libro trigesimo quinto Digestorum scripsit, in pendenti esse dominium eius, et numerationem pretii declaraturam, cuius sit; nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse.*

⁴³¹ *Adversus eum, cui agrum vendidisti, iudicio venditi consiste. Neque enim tibi in rem actio cum emtore, qui personaliter tibi sit obligatus, competit.*

precio, quedando el comprador después de hacerse dueño, obligado al pago en virtud del contrato, sin que pueda prosperar la acción reivindicatoria sobre el campo que quiere intentar el vendedor, sino tan sólo la acción de venta.

Veamos en este orden de ideas un rescripto atribuido a Diocleciano y Maximiano (año 293-304), en Código 3,32,12:

*“Es contra derecho y costumbre lo que pides, a saber, que contra su voluntad se te asigne por un rescripto nuestro el esclavo que entregaste, y cuyo dominio transferiste de este modo. Por lo cual, ten entendido, que los hijos de la esclava, una vez que se hizo del comprador, aunque hayan nacido después, corresponden al dominio de aquel de quien en dicho tiempo fue la madre de los mismos. Pero demanda a tu adversario por el precio, si no se hubiere probado que lo habías recibido.”*⁴³²

Este rescripto dirigido a un tal Alejandro (nombre que sugiere su procedencia griega), niega la acción reivindicatoria en contra del comprador dejando en claro que esta circunstancia nada tiene que ver con el pago del precio.

Por último, el más tardío de los testimonios que se nos ofrecen en las fuentes⁴³³, es el contenido en Código 4,38,8, donde se registra una decisión de Diocleciano y Maximiano, fechada entre los años 293 y 305 d.C.:

“Si no por causa de donación, sino en realidad, enajenaste unas viñas, y no se te entregó el precio, te compete la acción del precio, no la repetición de las cosas que diste.”

⁴³⁴

Pasemos ahora al análisis de algunos otros textos en los que, en opinión de la doctrina o nuestra (no siempre coincidentes), ni siquiera se hablaba de compraventa en su redacción original pero que, producto de las interpolaciones, han terminado refiriéndose a ella.

Pomponio (31 *ad Q. Muc.*), en Digesto 18,1,19 pareciera dar una opinión coincidente con la de las Instituciones de Justiniano sobre compraventa y *mancipatio*:

*“Lo que he vendido únicamente se hace del que lo recibe si nos ha sido pagado el precio o se nos ha dado fianza de éste, o incluso nos hemos fiado del comprador sin garantía alguna.”*⁴³⁵

Ya la romanística se encuentra concorde en señalar como interpolado el fragmento

⁴³² *Incivile atque inusitatum est, quod postulas, ut mancipium, quod tradidisti, et eo mododominium eius transtulisti, invito eo ex nostro rescripto tibi assignetur. Unde intelligis, ancillae semel emtoris factae filios etiam postea natos eius dominium sequi, cuius mater eorum eo tempore fuit. Sane de pretio, si non hoc te probatum fuerit recepisse, conveni adversarium tuum.*

⁴³³ Watson, Alan: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford University Press, London, 1965, pág. 62.

⁴³⁴ *Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum, quae dedisti, repetitio competit.*

⁴³⁵ *Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.*

desde *vel etiam* en adelante ⁴³⁶. Para autores como Pringsheim, al igual que para nosotros, esta no es la regla clásica, por lo que se debe dar por interpolado la parte que antecede a este párrafo final, es decir, se trata de un texto cuyo contenido original resulta indescifrable dada la situación actual en que se encuentra.

Sin embargo, para Arangio-Ruiz, parece más verosímil pensar que en este caso se hablaba de una *mancipatio*, siguiendo el camino trazado por Archi, quien reemplaza *quod vendidi porfundus*. Si la conjetura fuera correcta debería suprimirse también, en todo caso, la referencia a la fianza, dado que tampoco se ajusta a las características del acto mancipatorio.

Traigamos ahora a colación otro texto de Ulpiano (32 *ed.*), ubicado en Digesto 19,1,11,2:

*“Y, en primer lugar, debe el vendedor entregar la cosa, es decir, hacer tradición de la misma; si el vendedor es dueño de ella, hace también dueño al comprador, y si no lo es, el vendedor se obliga tan sólo respecto a la evicción, con tal que el precio haya sido pagado o se haya dado por ello una satisfacción. El comprador está obligado a hacer del vendedor las monedas.”*⁴³⁷

Sabemos que la evicción no formó originalmente parte de la naturaleza del contrato de compraventa, por lo que la responsabilidad del vendedor en este sentido era establecida por medio de estipulaciones o, tratándose de cosas *mancipi*, a través de una acción propia de la *mancipatio*. La *actio auctoritatis*.

Erróneamente, según creemos, Arangio-Ruiz ⁴³⁸ sostiene que en el pasaje transcrito se debe reemplazar la mención a la *traditio* por *mancipatio* (habiéndose cambiado el texto original debido al desuso en que esta última había caído), y, a su vez, se debe reemplazar evicción por la mención a la *auctoritas*.

Así entonces, para el romanista italiano, tratándose de una compraventa a *non domino* si bien no se requiere la *mancipatio*, sí se debe establecer la responsabilidad por evicción que se exige a través de la *actio auctoritatis*, para lo cual debe haberse pagado el precio o dado una garantía por él.

Nuestra postura a este respecto es diversa. La responsabilidad por la evicción, si bien no formó parte de los elementos de la naturaleza de la compraventa en un primer momento, ya la última jurisprudencia clásica había aceptado hace tiempo esta inclusión, por lo que dejó de ser necesario estipular al respecto ⁴³⁹ y, consecuentemente, se debe consentir en que tampoco fue necesario mancipar la cosa con este fin.

⁴³⁶ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 2, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pág. 287.

⁴³⁷ *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere; quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem numos venditoris facere cogitur.*

⁴³⁸ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 2, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pág. 300 y ss.

⁴³⁹ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 493 y ss.

Por lo tanto, ya en tiempos de Ulpiano no se necesitaba más que la acción del comprador (*actio empti*), para hacer efectiva la responsabilidad del vendedor. Debemos aceptar que tanto la *actio empti* como la *actio venditi* surgen por el hecho de haber consentido ambas partes en celebrar la compraventa. Esto es así porque desde ese momento surgen las obligaciones de ambas partes, las cuales se cumplen con independencia de que la otra parte haya cumplido o no las que le corresponden.

Si Ulpiano hubiese hablado de la *mancipatio*, es bien probable que la ligara a una causa de venta, sobre todo si se interesaba en la *actio auctoritatis* (evicción). Pero aquí se plantea el mayor problema de la conjetura del romanista italiano, pues en la época de Ulpiano no cabe duda que esta acción no presta ninguna ayuda. Ahora nos permitimos repetir algo que se ha dicho en otras partes de nuestro trabajo.

Sabemos que la responsabilidad por *auctoritas* dejó de ser trascendente al transformarse la *mancipatio* en un acto simbólico, por lo que se dio lugar a las estipulaciones por evicción (*stipulatio duplae*). Como el precio era pesado simbólicamente, utilizando una barra de cobre (*raudusculum*) o una moneda (*nummo uno*), la responsabilidad del mancipio dans se tornó también simbólica o, más bien, insignificante. Por esta razón es que podemos encontrar en las fuentes casos de *mancipatio* acompañada de estipulaciones, cosa que no podríamos entender si la *auctoritas* fuera aún eficaz. Difícilmente pudo Ulpiano entonces preocuparse por esta responsabilidad del vendedor, en una época donde, además de comprenderse la responsabilidad por evicción dentro de la compraventa misma, el negocio mancipatorio tiene un fin meramente traslativo de la propiedad y no constituye ya un verdadero intercambio.

Es mucho más probable que se haya interpolado la parte que se refiere a las normas sobre el pago del precio (interpolación tantas veces realizada), que descontextualizar todo el pasaje, hablando sobre *mancipatio*, si se considera que omitiendo la lectura de la parte interpolada, el texto coincide plenamente con los principios de la compraventa clásica y que, por otra parte, si se hablara de la *actio auctoritatis*, se estaría reviviendo una herramienta jurídica que ya no presentaba ningún interés.

Por lo demás, con los cambios propuestos por Arangio-Ruiz, el texto debería decir algo así como: "En primer lugar debe el vendedor mancipar la cosa...". Esto no es aceptable, pues al analizar el caso celsiano hemos visto que esto sería una *datio ob rem* y no una compraventa. A nuestro juicio, el vendedor debe siempre entregar la cosa, pero la *mancipatio*, que podría estar presente no es la obligación principal del vendedor sino que una obligación eventual, que se produce ya sea porque el vendedor dueño desea cubrir de la mejor forma posible la posesión pacífica de la cosa a que se obliga respecto del comprador, o se debe a una obligación agregada por una estipulación propuesta por el vendedor al comprador (*stipulatio o repromissio secundum mancipium*).

Es interesante también un pasaje atribuido a Ulpiano (29 ed.), en Digesto 14,4,5,18:

"Si yo di mi mercancía para que se vendiera y todavía está sin vender, veamos si no será injusto que entre como uno más en el reparto. Ciertamente si dejé el precio a crédito, tendrá lugar el reparto, pero si no lo dejé a crédito, habrá que decir que las puedo reivindicar, ya que las cosas vendidas no dejan de ser mías, aunque las hubiese vendido,

*si no se ha pagado el precio o dado fiador, o he sido satisfecho de otra manera.”*⁴⁴⁰

En este texto se hace alusión a una de las acciones *adiectitia qualitatis*⁴⁴¹ denominada *actio tributaria*. En virtud de esta acción el *pater* o amo que había entregado a su esclavo o hijo un peculio (patrimonio de hecho, ya que éstos no tenían capacidad de goce, por lo tanto, jurídicamente, no podían ser titulares de derecho alguno en el ámbito del derecho privado, por lo que el peculio, en realidad, no dejaba de pertenecer a quien lo otorgaba), consistente en mercancías para ser administradas libremente y éste era destinado al comercio con conocimiento del amo o *pater*⁴⁴², los acreedores podían pedir el reparto de los bienes que constituían el peculio en concurso con el *pater* o amo, quien acudía a este reparto en virtud de los créditos naturales que tenían (*vocare tributum*). El amo o *pater* debía realizar este reparto proporcional. Para el caso que hiciera un reparto doloso (contemplara créditos inexistentes), los otros acreedores podían en virtud de esta acción tributaria solicitar la entrega de aquella parte de sus créditos que, a consecuencia del dolo, no había sido pagada.⁴⁴³

El texto de Ulpiano, que trata sobre una cosa dejada en consignación al hijo o esclavo comerciante, distingue con claridad dos casos; el caso de que la cosa haya sido dada para su venta, dejando el precio a crédito, hipótesis en que la cosa entra al peculio y el *pater* o amo deben cobrar su crédito en conjunto con los demás acreedores; y el caso en que el precio de la venta no haya sido dejado a crédito, en el cual ésta no deja de ser del *pater* o amo hasta que se pague el precio o se otorgue una *satisfactio*.

Para Arangio-Ruiz⁴⁴⁴, la segunda de estas hipótesis se encontraría interpolada, o al menos glosada por algún post-clásico. Sin embargo, para nosotros, más bien parecen ambas hipótesis interpoladas. Es bastante inverosímil que Ulpiano haya confundido el *aestimatum* (actual consignación) con la compraventa y esto parece ocurrir en el fragmento.

La *datio in aestimatum*, fue incluida en la categoría de los contratos innominados por Justiniano. Pero, a diferencia de la permuta, el estimatorio parece que ya era en época clásica un contrato en el Derecho pretorio y no sólo una dación crediticia, en virtud de la posible acción *in factum* que le habría concedido el pretor en el Edicto XIX, incluyendo

⁴⁴⁰ *Sed si dedi mercem meam vendendam, et extat, videamus, ne iniquum sit, in tributum me vocari. Et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit; enim vero si non abiit. quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto, vel fideiussore dato, vel alias satisfacto, dicendum erit, vindicare me posse.*

⁴⁴¹ Aunque autores como Emilio Valiño niegan que esta acción *in factum* pertenezca al concierto de las *adiectitia qualitatis*. Ver: d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 259, nota 8.

⁴⁴² Si no se daban estos supuestos el *pater* o amo podía cobrar aquella parte que le correspondía del peculio sin necesidad de concurrir proporcionalmente con todos los acreedores, sino que con preferencia a ellos.

⁴⁴³ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 259; Iglesias, Juan: Derecho Romano, Historia e Instituciones, Edit. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 348.

⁴⁴⁴ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 2, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pág. 290 y ss.

esta acción entre los juicios de buena fe, según conjeturó Lenel al reconstruir el orden edictal.⁴⁴⁵

Ella consistía en la dación de una o más mercancías para que fueran vendidas por el *accipiens* a cambio de la dación de un precio fijo por parte de éste, pudiendo dejar para sí el sobre precio, quien, a su vez tenía la facultad de pagar el precio acordado o restituir la o las mercancías que no lograra vender⁴⁴⁶. Quien daba la mercancía realizaba *una datio ob rem* y el *accipiens*, al pagar el precio, verificaba una *datio ob causam*. Al igual que en la permuta, la herramienta jurídica por la cual se podía recuperar lo dado era la *condictio* (acción de carácter personal) y no la acción reivindicatoria, puesto que de otra forma no se habría verificado la datio.⁴⁴⁷

Por tanto, en el estimatorio no hay uno, sino dos créditos alternativos; uno sobre la cosa (exigible por la *condictio*) y otro sobre el precio exigible por la acción *in factum*).

Desde ya la segunda hipótesis que plantea el texto no es coherente con la *datio in aestimatum*, pues se refiere más bien a una compraventa. En efecto, en el estimatorio, si se considera que el precio no está a crédito, entonces al menos la cosa si lo está. Por lo demás, en época justiniana, el ahora contrato innominado contaba con la *condictio causa data causa non secuta* para la restitución de la cosa, es decir con una acción personal, y con la *actio praescriptis verbis* para exigir el precio, por lo tanto, la situación no es tan distinta a lo que ocurría en época clásica. Por ello es que pareciera, por los términos utilizados, que el compilador está pensando en una compraventa.

Como en esta segunda hipótesis, el precio no está a crédito, se trata, para toda época, de un problema de *condictio* y no de *reivindicatio* sobre la cosa. Pero a decir verdad, la compraventa en tiempos de Justmiano se ha acercado mucho a ser un negocio sobre la propiedad, donde se paga un precio y por la tradición se transfiere la propiedad en un mismo acto que queda registrado en un documento. Por ello la confusión es explicable y esta sería la razón por la que se aplican a este caso las nuevas normas sobre la compraventa.

Pero más aún, la primera hipótesis también parece estar interpolada, ya que en la *datio in aestimatum* a que se refiere el pasaje de Ulpiano (e incluso en la compraventa), el precio jamás podría no haber sido dejado a crédito.

Tal como hemos dicho recién, la *actio in factum* del estimatorio, y luego la *praescriptis verbis*, y la *actio empti* en el caso de la compraventa (todas ellas acciones personales), sirven para exigir el precio. Así entonces la respuesta de Ulpiano debió ser algo así como: "Ciertamente tendrá lugar el reparto", sin interrumpir abruptamente la afirmación para establecer la distinción relativa a que el precio había sido dejado a crédito. Esto y todo lo demás se le añadió después porque las alternativas son

⁴⁴⁵ Fuenteseca, Pablo: Los Sistemas Expositivos de las Obligaciones Contractuales en la Jurisprudencia Romana y la Idea de Contractus, Anuario de Historia del Derecho Español, XXIII, 1953, págs. 542 y 543.

⁴⁴⁶ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 498 y 499.

⁴⁴⁷ Sobre esto nos remitimos a lo que ya hemos dicho sobre la permuta durante el período clásico.

inexistentes, incluso para Justiniano.

Así entonces, concluimos esta parte de nuestro trabajo. Pensamos que aunque no se hayan agotado los textos relativos a la compraventa en relación al no pago del precio y la transferencia del dominio, ya está suficiente mente probado que en la época clásica el no pago del precio no era obstáculo para que se transfiriera la propiedad del objeto comprado, incluso, entrada ya la época post-clásica, tampoco existió esta norma.

Ya Arangio-Ruiz, siguiendo a Pringsheim⁴⁴⁸, ha puesto de manifiesto que la regla contenida en las Instituciones de Justiniano 2,1,41, y repetida en diversos lugares del Digesto, no es fácil de acomodar en los principios clásicos que contraponen tan claramente los derechos reales y las obligaciones, y los negocios que operan, respectivamente, en el campo de cada uno de ellos.

Por otra parte, la condición que se podía agregar a la compraventa (y con frecuencia se hacía), denominada *lex commissoria*, en virtud de la cual la cosa debía retornar al vendedor si el precio no era pagado en un determinado tiempo, tampoco tendría fácil explicación. Si consideráramos clásica, dice Arangio-Ruiz, la norma contenida en las Instituciones de Justiniano 2,1,41, la razón de esta cláusula, minuciosamente estudiada por los jurisconsultos, carecería de sustento si ya se encontrara garantizada por el derecho objetivo.

Además de lo anterior, si tenemos en cuenta lo que ocurría con la permuta (*datio ob rem - datio ob causam*) en época clásica, e incluso en el contrato justiniano, nos damos cuenta que no podía ser de otra forma la solución clásica sobre la compraventa, dado que, ni aún en este caso en que nos encontramos frente a un negocio de transferencia de propiedad (y no un negocio obligatorio), no fue necesario el cumplimiento de la segunda dación para que la primera operara, sino tan sólo para justificar su retención en dominio, por esta razón frente al incumplimiento de la parte que debía dar *ob causam*, no procedía la acción reivindicatoria, sino la acción personal denominada *condictio*.

En conclusión, ya sea por el análisis de las fuentes, ya sea por el contraste con las instituciones jurídicas clásicas, o bien por el análisis dogmático de la propia compraventa, no podemos tener sino por inexistente la norma Justiniana, en este período.

XI.- La norma del no pago del precio en una provincia de Oriente durante el período clásico.

Existe en el Digesto un caso de especial interés, pues, si bien a primera vista parece simplemente interpolado, una segunda lectura nos puede conducir a considerarlo legítimo, pese a encontrarse establecida la norma justiniana del pago del precio. El pasaje corresponde a Scaevola (4 *dig.*), y se encuentra ubicado en Digesto 18,5,9:

⁴⁴⁸ Arangio-Ruiz, Vincenzo: La Compravendita in Diritto Romano, vol. 2, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pag. 278, 280 y 281.

“Un fundo que pertenecía a Lucio Ticio se vendió para pagar un canon a la ciudad, pero, habiendo declarado el deudor Lucio Ticio que se hallaba dispuesto a pagar íntegramente el canon, como hubiera sido vendido el fundo en menor cantidad que la suma debida, el gobernador de la provincia rescindió la venta y ordenó que fuese restituído a Lucio Ticio. Se preguntó si, después de la sentencia del gobernador, antes de ser restituído, estaría acaso el fundo comprado en propiedad bonitaria de Lucio Ticio. Respondió que no antes de que se hubiera dado el precio al comprador, o si el precio no hubiese sido todavía pagado por el comprador, se hubiese satisfecho el canon.”⁴⁴⁹

Es sabido que Q. Cervidio Escévola, jurista del siglo II d.C., es uno de los primeros en interesarse por el estudio del derecho de las provincias⁴⁵⁰. Este Derecho es distinto del civil, que estaba reservado para la ciudad (*civitas*) de Roma, como también diverso en cada provincia⁴⁵¹; en él se fundían la costumbre local y la práctica del *ius civile*. En las provincias orientales el influjo jurídico romano tendía a diluirse, en cambio en Occidente, donde no existían costumbres jurídicas locales tan arraigadas, el Derecho se asimilaba más al de la *urbe*. Por su parte, los gobernadores, máxima autoridad jurisdiccional, tenían gran libertad para conducir y resolver los pleitos que se le presentaran, lo que se confabulaba para la creación de un derecho local.⁴⁵²

Justamente en el caso que nos presenta Escévola aparece un gobernador y un vectigal, por lo que nos pone fuera del ámbito del *ius civile*.

En este caso parece que se hablara de propiedad bonitaria, pero esto no es así. Al estar lejos de Roma, el fundo objeto de la compraventa no es una cosa *mancipi*, por lo que no requiere de la *mancipatio* para su adquisición sino la sola *traditio*⁴⁵³ y, en consecuencia, no se reúnen los presupuestos que dan origen a la propiedad bonitaria (tradición de una cosa *mancipi*).

Por lo demás, la tradición operaba como modo de transferir sólo la posesión, pues el territorio de las provincias pertenecía, en primer orden, al pueblo romano, y en segundo, al Príncipe. Por ello sus poseedores debían pagar un tributo si las tierras pertenecían al Príncipe, o un estipendio si pertenecían al Senado (*tributum, stipendium*), salvo los casos en que excepcionalmente se liberaba a alguna provincia de esta obligación.⁴⁵⁴

Sin embargo, la referencia a la propiedad bonitaria no se debe a un error de

⁴⁴⁹ *Fundus, qui Lucii Titii erat, ob vectigale Reipublicae venit; sed quum Lucius Titius debitor professus esset, paratum se esse vectigal exsolvere solidum, quum minore venisset fundus, quam debita summa esset, Praeses provinciae rescidit venditionem, eumque restitui iussit Lucio Titio; quaesitum est, an post sententiam Praesidis, antequam restitueretur, in bonis Lucii Titii fundus emptus esset? Respondit, non prius, quam emtori pretium esset illatum, vel si pretium nondum esset ab emtore solutum, in vectigal satisfactum esset.*

⁴⁵⁰ d'Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 57.

⁴⁵¹ Lewald, Hans: *Conflits De Lois Dans Le Monde Grec Et Romain*, *Labeo* 5(1959)3, pág. 351.

⁴⁵² Samper Polo, Francisco: Derecho Romano, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1982, pág. 36.

⁴⁵³ Schultz, Fritz: *Classical Roman Law*, Oxford University Press, London, 1961, pág. 351.

Escévola (ni mucho menos a los compiladores justinianos pues este tipo de propiedad había desaparecido). La mención se encuentra dentro de la pregunta que "alguien" hizo a raíz del caso; y ese "alguien" no pudo sino ser el interesado, o sea. Lucio Ticio, cuyo nombre lo delata como romano. Así entonces, es Lucio Ticio quien duda acerca de si, a falta de *mancipatio*, tendría al menos la propiedad bonitaria del fundo. Pero ello no era así, pues el fundo ni siquiera le pertenecía, sino que sólo lo poseía (aquí puede haber una mano (compilatoria en la primera parte del texto que le atribuye la propiedad).⁴⁵⁵

En concreto, el caso es el de un deudor de la ciudad que hace cesión de un fundo para pagar los cánones que debía, presumiblemente por concepto de la misma posesión del fundo en venta (tributo). En este caso, el gobernador ha puesto en venta el fundo, lo cual es posible si pensamos en que la venta versa sobre la posesión (hay aquí una influencia jurídica romana), licitándolo al mejor postor; en otras palabras, es una venta unida a una *in diem addictio* o adjudicación a término (aquí se aprecia una segunda influencia romana).

Como apareciera un comprador, se le adjudicó la posesión del fundo, en todo caso, a un precio inferior a la deuda que se pretendía cubrir. Es ahora cuando vuelve a aparecer en escena Lucio Ticio, quien hace una mejor oferta que la del primer comprador, pues ofrece pagar un precio equivalente a la deuda a saldar. Opera entonces la cláusula de adjudicación a término y, resolviéndose la primera compraventa, queda el fundo comprado para el romano. Acto seguido, el gobernador ordena que se le restituya el fundo.

En este momento surgen las dudas de Lucio Ticio -nótese que se había dado la orden de restituir el fundo, pero esto aún no ocurría- quien ante la falta de la *mancipatio* usual de los fundos itálicos, se pregunta si tiene al menos la propiedad bonitaria.

Hasta este punto las cosas no se ven diferentes de lo que ocurriría en Roma, pero la respuesta que se da a Lucio Ticio parece sorprendente.

En la urbe, de acuerdo con el *ius civile*, el comprador no tendría propiedad de civil mientras no operara el modo de adquirir, pero, como se trataba de una cesión de bienes (*bonorum cessio*) la decisión del gobernador equivale al decreto de la *missio in bona* (entrada en posesión) de un juez en Roma, por lo que en este caso sí se produciría la propiedad bonitaria del *bonorum emptor* (comprador de los bienes del proceso concursal), por lo que en este caso se justifica la consulta.

⁴⁵⁴ Di Pietro, Alfredo: Gayo. Instituciones, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 57, nota 7.

⁴⁵⁵ d'Ors cree que Lenel se equivoca en la interpretación de "fundus qui L. Tii erat" al creer que es un ager vectigal (así se llama a los fundos provinciales sobre los que se otorgaba la posesión de la manera explicada). Para el romanista español este sería un caso de un fundo hipotecado (y vendido) en garantía de un vectigal, seducido, principalmente, por otro texto del mismo jurista (Dig. 19,1,52. pr.) en que aparece un caso de hipoteca de un fundo tributario que luego vende el acreedor. Pero nuestra explicación del texto nos parece más acorde a los datos que ahí se contienen, que en todo caso no nos parece que se refieran a una venta de un fundo hipotecado, pues a diferencia del otro texto, aquí no hay mención a una garantía. Si su conjetura fuera correcta, tampoco varía el fondo de la cuestión relativa al pago del precio y la adquisición. Ver: d'Ors, Alvaro: Sobre las Pretendidas Acciones Reales "In Factum", IVRA, XX, 1969, pág. 65.

En cambio, en la provincia, según el texto, esto no dependerá del decreto del magistrado ni de la entrega, sino del pago del precio. Este pago del aprecio se verificará de dos formas: restituyéndole el dinero pagado al comprador, o, si el primer comprador aún no pagaba el precio, pagando el canon adeudado lo que equivalía a pagar el precio (este es un requisito típicamente heleno-oriental de la compraventa).

Desde la perspectiva oriental, en que por el pago del precio se perfecciona la venta generándose inmediatamente un derecho real sobre la cosa, se podrían explicar ambas posibilidades. En la primera, si el primer comprador ya había pagado el precio se había perfeccionado la compraventa y de aquí había surgido una suerte de derecho real en su favor, por lo que, por más que el gobernador ya la había rescindido, debía restituírsele el precio para adjudicar el fundo definitivamente a otra persona. En la segunda, en cambio, para que se le dé un derecho real a Lucio Ticio sobre el fundo (aquí queda en evidencia la fusión de corrientes jurídicas del que resulta el derecho local, pues no se podía tener un derecho real de dominio sobre estos fundos), éste debía pagar el precio ofrecido, es decir, pagar la deuda.

Por lo demás, la posibilidad de tener la posesión pero no la propiedad de los fundos provinciales debe haber sido muy poco comprendida por el mundo oriental, ya que la línea divisoria entre ambas siempre fue muy tenue e incluso, muchas veces imprecisa para los griegos⁴⁵⁶.

Tal vez Escévola, antes de enumerar las soluciones que se le concedieron a Lucio Ticio, debió aclarar que en este caso no existía propiedad bonitaria como pensaba el consultante, porque tal como está el pasaje pareciera que eso es lo que se condiciona con el pago del precio. Aquí seguramente hay una supresión de los compiladores para adecuar aún más el texto al Derecho de tiempos de Justiniano.

En conclusión, nos atrevemos a afirmar que este texto es verdadero, salvo la pequeña modificación en el principio donde aparece que el fundo "perteneía" a Lucio Ticio y la posible supresión de alguna aclaración de Escévola sobre la imposibilidad de establecer la propiedad bonitaria. Este caso correspondería a la práctica de las provincias orientales y, evidentemente, pasó al Digesto por haber visto en ella los compiladores quizá el único caso en que verdaderamente podían fundar, en la época del Derecho clásico, su requisito también oriental, y de ahí la coincidencia, del pago del precio en la compraventa. Claro que, eso sí, sacando el caso de su contexto jurídico, geográfico e histórico.

En una nota el pie hemos señalado que para d'Ors, en este caso no habría una cesión de bienes sino una venta producto de una hipoteca. Su explicación, por cierto más ingeniosa que la nuestra, obliga a suponer más relaciones jurídicas, por lo que considerando los datos con que se cuentan, justamente por su mayor simplicidad, mantenemos nuestra interpretación. Pero existe un elemento más. Si Lucio Ticio fuera un deudor que garantizó su deuda con hipoteca, al aparecer frente al acreedor ofreciéndole el pago del total de la deuda como precio ¿cuál sería la mejor oferta respecto del primer

⁴⁵⁶ Biscardi, Arnaldo: Temas de Derecho Romano. El Régimen de la Pluralidad Hipotecaria desde la Jurisprudencia Clásica hasta Justiniano, Edit. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 65.

comprador?. Por cierto que el gobernador podría haber preservado la primera venta y cobrarle la parte insoluta a este deudor; en cambio si consideramos que hubo cesión de bienes, el beneficio de competencia con que contaría Lucio Ticio, haría más difícil el cobro de la parte impaga, por lo que su ofrecimiento claramente es una oferta en mejores condiciones que la del primer comprador.

Este es un pequeño adelanto cronológico de la mezcla entre dos corrientes jurídicas, la heleno-oriental y la romano-occidental, que se producirá en materia de compraventa en tiempos de Justiniano.

XII.- ¿Por qué Justiniano habría introducido principios orientales en la compraventa?.

Como se ha visto, Justiniano ha introducido una nueva norma en la compraventa; la propiedad de la cosa no se adquiere mientras no se pague el precio, o se lo garantice, o, simplemente, el vendedor no se fíe del comprador.⁴⁵⁷

Al estudiar la compraventa griega veíamos que estaba presente la norma sobre el pago del precio que, más que una norma sobre la compraventa, era la compraventa misma, pues ella consistía en dar un precio y de ahí surgía inmediatamente una especie de derecho de dominio sobre la cosa en favor del comprador.

El análisis del caso presentado por Escévola nos muestra que la fusión de las ideas romanas con las griegas, que se daba en las provincias durante la época clásica del Derecho Romano, arroja un resultado muy semejante a lo que ocurrió en el Derecho justiniano.

Nuestra tesis al respecto es clara, la costumbre oriental ha influido en Justiniano para implantar esta norma⁴⁵⁸, interpolándola sistemáticamente en las fuentes e incluyéndola en el Derecho de su propia producción. Ahora corresponde explicar por qué ocurrió esto y cuáles fueron las condiciones necesarias para permitir la fusión de dos corrientes jurídicas tan diversas.

Justiniano gobernó en la parte oriental del antiguo Imperio Romano, en el denominado Imperio Romano-Bizantino, pero toda su obra sistematizadora del Derecho fue un esfuerzo por revivir la ciencia jurídica que se había desarrollado en Occidente durante la época clásica. Sin embargo, sus esfuerzos debieron aceptar los matices propios de la costumbre arraigada, desde muchos siglos, en quienes serían los destinatarios de las diversas instituciones jurídicas de este sistema extranjero.

Ya habíamos señalado al estudiar la compraventa griega que se encuentra probado que después de la constitución de Caracalla del año 212 d.C., las provincias orientales no

⁴⁵⁷ Instituciones de Justiniano 2,1,41.

⁴⁵⁸ Zulueta, Francis de: *The Roman Law of Sale*, Oxford University Press, London, 1966, pag. 38.

abandonaron sus costumbres en esta materia.⁴⁵⁹

A esto se debe sumar el desarrollo propio del Derecho en Oriente, sobre todo en las escuelas de Berito (Beirut) y Constantinopla, el cual había dado nuevo significado a muchas de las instituciones clásicas (si bien su clasicismo fue un freno a la total vulgarización del Derecho), ya fuera porque estaban en desuso o porque simplemente había variado la perspectiva dogmática con que se las concebía; todo esto en contraste con el aletargamiento que en casi todo sentido vivía Occidente.⁴⁶⁰

Aunque aquellas Universidades trataron bienamente de revivir el Derecho clásico, nutriendo a las Cancillerías imperiales, sus estudiantes no siempre podían oponerse al ambiente vulgarizante del Derecho que imperaba en su época. Así, por ejemplo, durante los gobiernos próximos a Justiniano, de los emperadores León I (457-474), Anastasio I (491-518) y Justino (518-527), en que la escuela de Berito era muy floreciente como asimismo gozaba de gran prestigio la de Constantinopla, los elementos utilizados en la legislación todavía estaban profundamente inmersos en concepciones del Derecho vulgar.⁴⁶¹

En este escenario, por fin los principios Orientales se dejaron sentir en la estructura de la compraventa dentro de la obra del emperador⁴⁶², insertándose a la compraventa el elemento del pago del precio como factor decisivo en la transferencia de la propiedad de la cosa comprada.

Si bien es cierto, Justiniano habría introducido la norma al Derecho civil, este es un proceso que se ha venido desarrollando desde las concesiones jurídicas que hacía Diocleciano para "romanizar" las pretensiones de los habitantes de Oriente, pasando por Constantino, quien ya da señas de confusión en la distinción entre compraventa y sus efectos posesorios y la adquisición del dominio, al instaurar un régimen fiscal en que se dispuso que en las ventas *sine censu* (que se refiere a una inspección pública), la cosa vendida sea confiscada, según aparece en Fragmenta Vaticana 35.⁴⁶³ De ahí en adelante, el Derecho romano, durante los siglos anteriores a Justiniano⁴⁶⁴, se pierde para dar paso a la diversidad de derechos locales conocidos bajo el nombre de Derecho vulgar⁴⁶⁵, de los que ya hemos dado un ejemplo respecto de su situación en esta materia.

⁴⁵⁹ Samper Polo, Francisco: Las Arras Contractuales, aún en prensa.

⁴⁶⁰ Pujal, Carmen: La Práctica Forense y las Alteraciones Postclásicas, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, no 16, 1990, Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet, págs. 235 y ss.

⁴⁶¹ Burillo, Jesús: Derecho Romano Vulgar. Estado de la cuestión a 1964, Revista de Estudios Histórico Jurídicos, 4, 1979, págs. 26 y 27; Dan, Yaron: The Legal Profession in Palestine During The Byzantine Period", Israel Law Review, vol. 17, nº3, July, 1982.

⁴⁶² Arangio-Ruiz, Vincenzo: "La Compravendita in Diritto Romano", vol. I, Ed. Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pág. 17.

⁴⁶³ Biondi, Biondo: Contratto e Stipulatio, Dott, Antonino Giuffré – Editore, Milano, 1953, pág. 223.

⁴⁶⁴ Honoré, A. M.: The Background To Justinian's Codification, Tulane Law Review, vol. 48, nº 4, 1978, págs. 859 y ss.

Ahora en el plano dogmático, existen dos factores principales de conexión entre la concepción griega de la compraventa que, como negocio de enajenación recíproca y simultánea (en ese sentido real), tiene como norma central que no se transfiera el dominio de la cosa hasta que no se pague el precio, y la compraventa romana, negocio meramente obligatorio, donde la obligación de pagar el precio era accionable y, por lo tanto, la enajenación de la cosa, cuya causa estaba en el contrato y no en la contraprestación, operaba con total independencia del pago del precio.

Uno de estos factores de conexión, que le permitió a Justiniano establecer en materia de compraventa el punto medio entre las dos corrientes tan diversas, fue la transformación de la tradición durante el desarrollo del propio Derecho romano. El proceso que experimentó la tradición se ha denominado la "espiritualización" de la tradición, debido a que ésta pasa de ser una entrega real hecha con la intención de enajenar, a ser, cada vez más, una declaración de voluntad de las partes sobre la intención de transferir el dominio.

Pero a este singular matrimonio, tan desigual en teoría, pero tan bien complementado en la práctica, no sólo aportó el desarrollo propio del derecho occidental. Por el otro lado. Oriente proporcionó la costumbre de la escritura y, así entonces, gracias a este segundo factor, el documento vino a ser el continente donde se recibieron las dos corrientes jurídicas.

Es así como la compraventa, luego de nacer en la época más arcaica del Derecho romano como un acto material de entrega, donde el contrato se confundía, por tanto, con su ejecución, tal como ocurría en el mundo griego, pasa luego a escindirse de su ejecución material transformándose, en época clásica, en un negocio obligacional independiente del negocio traslativo de dominio a que podía servir de causa, para terminar, por último, confundándose nuevamente contrato y ejecución pero en un sentido inverso al arcaico, es decir, ya no se confunden en la materialidad de un acto, sino en la idealización o consensualización de ambos que se expresa en el documento que los registra.

Por más que permanezca viva la doctrina que distingue entre título y modo de adquirir, existe, en la práctica, poca diferencia entre un documento donde se deja constancia del consentimiento en el contrato y en el mismo lugar, además, se consiente en la tradición y la dación del precio, transformando ambas cosas en una misma operación de la que nacerán derechos reales, con una compraventa como la griega que consiste en un mero intercambio.

En fin, vueltos a confundir contrato y ejecución, las normas griegas pueden introducirse con facilidad, e incluso, como una necesaria protección para el vendedor.

Digamos, por último, que Justiniano tuvo una real admiración por los clásicos y,

⁴⁶⁵ Kunkel, Wolfgang: Historia del Derecho Romano (trad. Juan Miquel), Edit. Ariel, Barcelona, 1991, pág.156: "El Dcreclio vulgar no sólo perdió totalmente las ideas procesales básicas del Derecho clásico; desaparecieron también, por ejemplo, las distinciones conceptuales del sistema contractual romano, se difuminó la contraposición entre posesión, propiedad y derechos reales en cosa ajena, la compraventa había perdido su carácter de negocio obligatorio y se convirtió de nuevo, como en la época arcaica, en un simple modo de adquirir la propiedad".

como lo ha señalado Schultz, esto queda demostrado en el inmenso trabajo que demandó la confección de sus Pandectas, las que constituyen un verdadero monumento al conservadurismo tan propio de los romanos. Su obra en ningún caso constituye la continuación de las tendencias post-clásicas de los siglos IV y V, sino una sincera búsqueda de la claridad jurídica de los clásicos. Sin embargo, en esta búsqueda Justiniano escogió transitar por una vía media que equilibra la romanidad de Diocleciano y el helenismo de Constantino. Bien señala Schultz, que en esto reside la debilidad, pero también la fuerza de su obra.⁴⁶⁶

XIII.- La "espiritualización" de la tradición y el aporte oriental de la escritura.

La tradición originalmente en Roma debía ser real, es decir debía existir un desplazamiento efectivo de la cosa de manos del *tradens* al *accipiens*⁴⁶⁷ Esta expresión material de la tradición se traducía en que si la cosa era mueble debía pasar de una mano a la otra, y si era un fundo, debía el *accipiens* entrar en él.⁴⁶⁸

Esta entrega era una forma de renuncia, hecha por el *tradens*, de la cosa en manos del *accipiens*. Así puede entenderse con la lectura de un fragmento atribuido a Labeón (4 post.), en Digesto 18,1,78,1:

*“Compraste un fundo de aquél cuyo hijo es ahora tutor tuyo, y no has recibido la posesión del fundo. Dije que puedes entregarte a ti mismo la posesión, haciendo que el pupilo y los esclavos salgan del fundo y tú entonces entres en la posesión.”*⁴⁶⁹

Labeón es muy ilustrativo en cuanto a remarcar la materialidad de la tradición. Si bien existe en esta época un elemento anímico que debe estar presente en el *tradens* y en el *accipiens* (el primero, además de tener la facultad, debe tener la "intención" de transferir el dominio y, el segundo, la capacidad e "intención" de adquirirlo⁴⁷⁰) y que es necesario para que se produzca el efecto traslativo, el elemento material: el efectivo traspaso de la cosa, aparece como el componente primordial de la tradición.

Este traspaso de la cosa debe ser tan evidente que no basta que el *accipiens* esté en

⁴⁶⁶ Schultz, Fritz: Principios del Derecho Romano, edit. Civilas, Madrid, 1990, págs. 110, 161-162.

⁴⁶⁷ Gaete Rojas, Sergio: La Tradición En El Derecho Romano Y En El Derecho Civil Chileno, Revista Chilena de Derecho, vol. 19, nº 1, 1992, pág. 71.

⁴⁶⁸ Iglesias, Juan: Derecho Privado Romano, Historia e Instituciones, Edit. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 259.

⁴⁶⁹ *Fundum ab eo emisti, cuius filii postea tutelam admistrans nequaquam accepisti possessionem; dixi, tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia eius decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem.* (La traducción de Alvaro d'Ors se equivoca en este pasaje del Digesto. En realidad, en vez de "tutor tuyo" debiera decir "pupilo tuyo", porque el caso se trata de la compra de un fundo no entregado por el padre (ya muerto) de un actual pupilo).

posesión de la cosa, sino que el *tradens*, además, no puede continuar con el menor signo de detentación respecto de la cosa entregada- Alvaro d’Ors⁴⁷¹ ha aclarado que la entrega del *tradens* consiste propiamente en dejar que el accipiente tome posesión de la cosa, y puede ser, por lo tanto, puramente pasiva; en este sentido se señala que también la *traditio* consiste en una apropiación posesoria. Agrega el romanista español que en *tra-dere* lo que importa es el resultado del *dare*, y no la actividad del que entrega. También "traición" (*traditio*) puede consistir en un dejar hacer; p. ej., dejar que entre el enemigo en la ciudad y tome posesión de ella.⁴⁷²

Aparte de los elementos materiales y anímicos que deben estar presentes en la tradición, para que ella opere dentro del ámbito del Derecho civil, se requería que la cosa no se tratara de aquellas que sólo se pueden transferir por un modo del Derecho civil romano (cosas *mancipi*), las que por contraposición se denominaban “*nec mancipi*”. En todo caso, la tradición de una cosa *mancipi* ya en época clásica, daba lugar a lo que se denominó más tarde como propiedad bonitaria o pretoriana, debido a que el pretor por la vía procesal llegó a darle una protección casi tan férrea como la del Derecho civil. Una importante limitación recaía sobre las cosas gravadas con una prohibición de enajenar, por ello es que el marido, aún siendo propietario, no podía enajenar el fundo dotal, ni el colono sus bienes, ni se pueden enajenar las cosas litigiosas, ni los materiales incorporados a un edificio, ni las cosas interdictas temporáneamente por el Magistrado en el interés de los acreedores.⁴⁷³

Por último, debe existir una causa, antecedente jurídico o título, que permita establecer que la entrega constituye una verdadera tradición, lo cual es lógico si se piensa por ejemplo en una entrega realizada en cumplimiento de un contrato de arrendamiento, ya que ella evidentemente no persigue la transferencia del dominio; lo contrario ocurre con una donación o una compraventa, donde la entrega que se sigue a ellas claramente lleva envuelto el efecto traslativo (cumpliendo con los demás requisitos).

⁴⁷⁰ Topasio Ferretti, Aldo: Los Bienes en el Derecho Romano, Edeval, Valparaíso, 1981, pág. 52. "Tradens puede ser: el propietario de la cosa (Gayo 2,20; Dig. 41,1,20. pr.), el acreedor pignoraticio no pagado, cuando media pacto -ex pactione- (Gayo 2.64), el tutor del impúber, el curador del loco y el procurator- administrador o representante estable del propietario -procurator oninium bonorum- (Gayo 2,64: Inst. 2,8,1), el Fisco, el emperador y la emperatriz respecto de cosas pertenecientes a otro (Inst. 2,6,14; Cód. 7,37,2,3), el mandatario asistido de poder especial (Dig. 2,2,3,1; 3,3,27, pr.; 3,3,48; 20,6,7,1; 3,3,63; 4,4,26; 46,3,12,pr.; 47,10,17,16), el filius o el servus a quien se le ha concedido la administración del peculio. Aunque sean propietarios, no pueden enajenar: los infantes, los locos y los pródigos; los pupilos, si no cuentan con el concurso del tutor -auctoritas tutoris-. El adquirente -accipiens- debe tener el commercium. Cabe adquirir por personas sometidas, o por medio de persona libre". Iglesias, Juan: Derecho Romano Privado. Historia e Instituciones., Edit. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 258, 259.

⁴⁷¹ d’Ors, Alvaro: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 190 y nota 2.

⁴⁷² Un caso evidente de tradición con pasividad del tradens es el constituido por el dueño del predio que permite a otro extraer rocas de un yacimiento ubicado en su predio, criterio que se extendió también a la tala de árboles. Dig. 39,5,6. Ver: Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 573.

⁴⁷³ Bonfante, Pietro: Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, pág.74.

El requisito de la causa se encuentra en Paulo (31 *ed.*). Digesto 41,1,31, pr.;

*“La simple entrega no transfiere sin más la propiedad, sino tan sólo cuando haya precedido una venta u otra causa que justifique la tradición.”*⁴⁷⁴

Ahora bien, durante la época clásica comienza a adquirir mayor relevancia el elemento anímico (intencional, o espiritual) que compone la tradición, por sobre el elemento material (la entrega misma).

En el Derecho clásico y justiniano, la transmisión de la posesión se puede efectuar en formas disimuladas y casi espirituales, de tal modo que para declarar la transferencia de la propiedad por mutuo consenso, no hay más que un paso. Tales son los casos de la tradición simbólica, *longa manu*, *brevi manu* y del constituto posesorio: todos resumidos en la categoría general de la *traditio ficta*.⁴⁷⁵

El Derecho clásico conoció varias formas de tradición en las que el requisito de la entrega de la cosa mano a mano fue sutilmente abandonado, sin que, pese a ello, se pueda decir que la apropiación posesoria del *accipiens* no se encuentre presente. Así por ejemplo, dejar el *accipiens* la cosa bajo la vigilancia de un custodio cuando el *tradens* había permitido que fuera retirada⁴⁷⁶, o, en opinión de Trebacio, la imposición de una marca sobre la cosa, como por ejemplo un árbol, con autorización del tradente (aunque para Labeón esto no tiene más efecto que impedir que el tradens cambie la cosa a entregar)⁴⁷⁷, etc.

Ya Ulpiano (31 Sab.), habla de un caso en que la entrega de la cosa es reemplazada por otro acto material equivalente, relativo a la deposición del bien en casa del adquirente (*deposito in domo*)⁴⁷⁸. El jurista se pregunta; ¿qué más da que se lleven a su casa con su consentimiento o que se las entreguen?⁴⁷⁹

Es mérito de los juristas medievales haber sistematizado y etiquetado las *traditioes fictas*.⁴⁸⁰

La tradición simbólica es representada en el medioevo por la entrega de las llaves del almacén en que se encuentra la mercancía (*traditio clavium*). En el derecho clásico la entrega se debía verificar frente al almacén (*apud horrea*)⁴⁸¹, pero ya en tiempos de

⁴⁷⁴ *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

⁴⁷⁵ Bonfante, Pietro: Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, pág. 275.

⁴⁷⁶ Dig. 41,2,51.

⁴⁷⁷ Dig. 18,6,15,1, Labeón, Dig. 18,6,1,2.

⁴⁷⁸ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 572.

⁴⁷⁹ Digesto 23,3,9,3; también 41,2,18,2.

⁴⁸¹ Dig. 18,1,74; 41,2,1,21. Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 572.

Justiniano esto último no era necesario ⁴⁸². Este es el antecedente directo de las modernas tradiciones operadas por la entrega de títulos representativos ⁴⁸³. En opinión de Alvaro d'Ors, nunca el Derecho romano llegó a aceptar la sustitución de la entrega de la cosa por la del documento (*traditio per cartam*) ni siquiera en el Derecho Vulgar ⁴⁸⁴. Sin embargo existen en las fuentes antecedentes para sostener lo contrario al menos en la época de Justiniano. ⁴⁸⁵

La *traditio longa manu* consistía en que el *tradens* señalara la cosa al *accipiens*, si bien ella estaba presente no había verdadera aprehensión de la cosa, por lo que era el mero acuerdo de las partes en darla por entregada lo que se consideraba verdadera entrega. ⁴⁸⁶ En el caso de los muebles bastaba con que el *tradens*, en presencia del *accipiens* la mostrara ⁴⁸⁷; si se trataba de un fundo en el Derecho justinianeo ⁴⁸⁸, el *tradens* debía señalarlo al adquirente desde un lugar vecino prominente (como una colina o una torre) ⁴⁸⁹. En el Derecho arcaico existía la costumbre de caminar alrededor del fundo (*circumambulatio glebarum*) pero ella ya había caído en desuso en la época clásica. ⁴⁹⁰

⁴⁸⁰ "Los nombres son obra de los interpretes; y si algunos tienen alguna iniciación en las fuentes, otros (tradicón simbólica, tradición fingida) manifiestan el atraso psicológico-social de la Edad Media, en la cual la realidad del traspaso de la posesión en semejantes hipótesis era desconocida. La práctica de los almacenes de depósito y de los títulos representativos (pólizas de cargo, fes de depósito, notas de prenda), han aumentado en el comercio actual los modos de ejecutar tradiciones reales sin modificación alguna. Riccobono, en un profundo estudio sobre la traditio ficta..., entendió demostrar que ya en el Derecho Justiniano la necesidad de la tradición material está suprimida, habiendo introducido como principio general el traspaso de la propiedad por mutuo consenso. La tesis es excesivamente atrevida: lo cierto es que las tradiciones más espirituales han aumentado: la constituto posesorio es reconocida, y alguna otra excepción ha sido introducida, pero las excepciones son siempre excepciones, no representan aplicaciones de un nuevo principio general". Bonfante, Pietro: Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, pág. 275.

⁴⁸² Dig. 41,1,9,6, Inst. 2,1,45.

⁴⁸³ Bonfante, Pietro: Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, pág. 275.

⁴⁸⁴ d'Ors, Alvaro: Derecho Romano Privado, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 192.

⁴⁸⁵ Código 8,53,1 interpolado. Ver: Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 576.

⁴⁸⁶ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 574.

⁴⁸⁷ Dig. 46,3,79, perteneciente a Javoleno quien metafóricamente habla de la mano larga queriendo representar que en estos casos es como si la mano del tradens se alargara para entregar la cosa al adquirente.

⁴⁸⁸ Bonfante, Pietro: Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, pág. 275.

⁴⁸⁹ Dig. 41,2,18,2. En el caso de cosas pesadas: Dig. 41,2,1,21, se dice que en estos casos la cosa se adquiere con la vista y la afección (*oculis et affectu*), en contraposición a con el cuerpo y el tocamiento (*corpore el tactu*).

La *traditio brevi manu*⁴⁹¹ se verifica en el caso que el adquirente ya retuviera previamente la cosa, pero por una causa distinta (estando en posesión ya natural ya civil)⁴⁹², como puede ser el título de arrendatario, comodatario, etc., limitándose a conservar la cosa pero bajo el amparo de un nuevo título que respalde su naciente ánimo de señor y dueño (ej. La compraventa)⁴⁹³. En este caso la cosa se tiene por entregada (*pro tradita*), debido a razones de orden práctico. Ulpiano (Dig. 23,3,43,1), utiliza este término, y aunque el pasaje se encuentra interpolado y debe atribuirse la expresión a los post-clásicos, los juristas medievales igualmente adoptaron este término para referirse a los casos en que la cosa se tiene *pro tradita*.⁴⁹⁴

Por último, el constituto posesorio es la situación inversa a lo que ocurre en la *traditio brevi manu*, consiste en la retención de la cosa por parte del *tradens* pero a título de poseedor natural (mero tenedor), como arrendatario, comodatario, depositario, usufructuario, etc.⁴⁹⁵, quedando el *accipiens* como poseedor civil o dueño, dependiendo de la época.

En cuanto negocio relativo a la posesión, el *constituto posesorio* fue aceptado en época clásica⁴⁹⁶, pero no lograba reemplazar a la tradición en cuanto modo de adquirir el dominio, por lo que se podía dar lugar a la adquisición del dominio por usucapión, pero no por tradición⁴⁹⁷. En todo caso, esta forma de tradición fue aceptada por los post-clásicos y por el Derecho justinianeo⁴⁹⁸. La denominación de esta forma de tradición también tiene su origen en la Edad Media, y se inspira en un pasaje de Ulpiano, ubicado en Digesto 41,2,17,1, donde se señala que "la posesión desaparece cuando uno decide no querer poseer (*constituit nolle possidere*)."⁴⁹⁹

La *traditio instromentorum* (entrega de documentos), como forma de adquirir los bienes que ahí se contemplan por la mera entrega del documento, parece haber sido

⁴⁹⁰ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano. Tomo I. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1996. pág. 573.

⁴⁹¹ Dig. 6,2,9,1,2; 12,1,9,9; 15,1,8; 21,2,62, pr.; Inst. 2,1,44; Dig. 41,1,21,1; 41,3,32. pr.; 41,3,33,1.

⁴⁹² Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 574.

⁴⁹³ Bonfante, Pietro: Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, pág. 275.

⁴⁹⁴ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 574.

⁴⁹⁵ Bonfante, Pietro: Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, pág. 276.

⁴⁹⁶ Dig. 41,2,19; 41,2,18, pr., 41,2,21,3.

⁴⁹⁷ Tal vez los casos de *abire in creditum* puedan considerarse como un antecedente clásico del constituto posesorio. Ver: d'Ors, Alvaro, Derecho Romano Privado, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, pág. 400.

⁴⁹⁸ Dig. 6,1,77.

⁴⁹⁹ Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 576.

aceptada por Justiniano⁵⁰⁰. Existe en Código 8,53,1, una decisión imperial, por cierto interpolada, atribuida a Severo y Antonino (año 210 d.C.), que sirve de apoyo a este punto debatido por los romanistas, tal como lo señalamos en otro lugar:

“Donados y entregados los instrumentos de la compra de esclavos, debes entender hechas la donación y la entrega también de los mismos esclavos; y puedes, por lo tanto, ejercitar contra el donador la acción real.”⁵⁰¹

Finalmente, los estudios de Riccobono demuestran que (excepcionalmente para nosotros, aunque para el autor se trate de un principio general), la necesidad de la efectiva transmisión de la posesión fue abolida en favor de las iglesias y de los lugares píos, probablemente gracias a la obra de Justiniano, quien reconoce también por primera vez una *tacita traditio* en la *societas omnium bonorum*.⁵⁰²

Así es entonces como la tradición, que había surgido como un acto material entre partes, cada vez más va quedando entregada al consenso de ellas⁵⁰³, y es en este sentido que se dice que ella se va espiritualizando. Este proceso la lleva a identificarse cada vez más con un modo de transferir el dominio que con un modo de transferir la posesión.⁵⁰⁴

"El Derecho romano llamó al título que acompañaba a la tradición, es decir, a la relación entre las partes apta para transferir el dominio *iusta causa traditionis*. Esta es simultánea del acto de tradición, aunque ideológicamente, como momento causal y justificativo, pueda considerarse anterior".⁵⁰⁵ Estas justas causas daban sentido a la tradición, por lo que se puede decir que de alguna forma son el reflejo objetivo de la intención de las partes.

Ahora bien, si la compraventa es un contrato consensual, y la tradición es también, ahora, casi un puro consenso, es fácil darse cuenta que pronto comenzarán a confundirse, si bien no dogmáticamente, esto ocurrirá en la práctica.

Si a lo anterior, agregamos la costumbre oriental de la escritura tendremos muy seguramente un documento donde conste tanto la voluntad de las partes respecto de la compraventa como respecto de la tradición y el pago del precio (ej. "Fulano de tal vende y entrega... y declara por este mismo acto que ha recibido el precio..."). Esto resultará muy cómodo para quienes conciben la compraventa en el sentido griego, pues de este documento (en que consta el pago del precio), al hacerse constar la tradición o

⁵⁰⁰ Guzman Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 576.

⁵⁰¹ *Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.*

⁵⁰² Bonfante, Pietro: Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, pág. 276.

⁵⁰³ Aunque el elemento material no se pierde por completo. Siempre vemos que en las traditios fictas existe un sustrato material.

⁵⁰⁴ Schultz, Fritz: Classical Roman Law, Oxford University Press, London, 1961, pág. 351.

⁵⁰⁵ Bonfante, Pietro: Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, pág. 276.

simplemente al recibir el documento el comprador (que es una forma de tradición), nacen derechos reales. Claro que aquí están presentes los principios romanos porque hay título y modo; pero también están presentes los orientales pues de la compraventa (pago del precio) nace un derecho real en favor del comprador.

Luego de la constitución de Caracalla, el año 212, la tradición fue una de las instituciones que de mejor forma representa la lucha entre el Derecho imperial y el local. Ya sabemos que en el mundo helenístico las compraventas solían ponerse por escrito y en ellas el vendedor aceptaba el traspaso de la propiedad como efecto inmediato de la recepción del precio. Por lo tanto, se produce la curiosa situación de no existir, prácticamente, obligaciones surgidas del contrato como ocurre en la perspectiva romana, ni tampoco una entrega material de ella, como ocurría en la compraventa al contado griega.⁵⁰⁶

La introducción del documento en el Derecho romano es producto de la influencia oriental, pero ha sido fundamental la espiritualización de la tradición como factor articulador de ambas corrientes jurídicas.

Tampoco se debe pensar que en la Roma clásica no se hiciera testimonio escrito de ningún acto. En este mismo trabajo hemos puesto dos ejemplos de ellos, justamente para argumentar sobre la compraventa en este período. La diferencia radica en que para los romanos esto no era más que una

mera prueba, en cambio para los griegos el documento es un elemento constitutivo de derechos.

Durante la época de la cognición oficial (siglo II d.C. en adelante), la prueba documental distinguía entre los documentos confeccionados por los funcionarios públicos con *ius actorum conficiendorum*, que hacen plena y perpetua prueba; los redactados en la plaza pública o el foro por *tabelliones* (semejantes a los actuales notarios), que eran privados que operaban bajo la vigilancia del Magistrado, hacían plena fe cuando el *tabellion* prestaba juramento ante el Magistrado; los documentos cuasi-públicos, que eran suscritos por las partes y, al menos tres testigos, hacían plena fe en el caso que también se prestara juramento ante el Magistrado por parte de sus suscriptores; y, por último, los documentos privados, hacen prueba cuando se cuenta con el juramento de las partes y de testigos, o por el cotejo con otros documentos realizado por peritos.⁵⁰⁷

Al ver la compraventa griega analizábamos como el Derecho romano rechazaba estos documentos cuando su contenido era simulado, como solían ser entre los orientales (no por mala fe sino que como desarrollo de su costumbre jurídica), siendo un buen ejemplo la *querela* y la *exceptio non numeratae pecuniae*. Diocleciano, sin ceder ante los principios orientales, trataba no sin pocas dificultades de acomodarlos al Derecho romano, pero sus esfuerzos no siempre podían lograr la conciliación de ambas corrientes jurídicas.

⁵⁰⁶ Arangio- Ruiz, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 227.

⁵⁰⁷ Alvarez Suarez, Ursicino: Curso de Derecho Romano, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 573 y ss.

Para comprender mejor los cambios en la tradición y la incorporación de la escritura, de una manera oriental, al Derecho Romano, nos detendremos a explicar la evolución de la posesión, por ser ésta la base del negocio traslativo de la propiedad.

Dado que la tradición se estructura en torno a la posesión, debemos referirnos a ésta para caer en cuenta del contexto en que la tradición pudo evolucionar hasta ser un acto casi puramente anímico.

En la posesión, como es bien sabido, confluyen dos elementos: *corpore* y *animus*. El primero se refiere a la disposición material de la cosa (*corpore possidere*), el segundo, a la intención de tenerla como dueño (*animus possidendi*).⁵⁰⁸

Ambos elementos son necesarios para adquirir la posesión, pese a ello y, durante largo tiempo, ambos también eran necesarios para conservarla. De todas formas, la posesión no se perdía mientras una persona se encontraba durmiendo ni tampoco si enloquecía. Pero ante la *deiectio* (desposesión) o la ausencia, de nada servía que el pretendido poseedor mantuviera el *animus*, o si se comenzaba a detentar la cosa a nombre de otro tampoco servía conservar el *corpore*.⁵⁰⁹

Sobre la adquisición de la posesión nos habla Paulo (54 ed.), en Digesto 41,2,3,3:

*“Neracio y Próculo dicen que no podemos adquirir la posesión sólo con la intención, si no precede la posesión natural...”*⁵¹⁰

La mención a la posesión natural, hoy en día llamada mera tenencia, hace alusión al *corpore*, la regla por tanto es que para adquirir la posesión debo contar copulativamente con el *corpore* y con el *animus*, sólo con la unión de ambos comenzará la posesión⁵¹¹, aunque ambos elementos no necesariamente deben confluir al mismo tiempo en la persona. Este principio comienza a admitir matices en la medida que la tradición, paralelamente, comienza a presentar su aspecto material de manera más discreta.

Respecto de la conservación de la posesión ella también se conservaba *corpore et animo*, pero como esto choca con el sentido común, pues tendríamos que estar en todo momento asidos a las cosas en posesión, los juristas admiten ciertos casos que rompen con la norma general, en que la posesión se mantiene con el sólo *animus*.⁵¹²

En el caso de los inmuebles es fácil apreciar cómo la norma general sobre conservación de la posesión comienza a ser modificada, terminando el caso excepcional por transformarse, dentro de la época clásica, casi en una nueva norma general.

⁵⁰⁸ Arangio- Ruiz, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 308.

⁵⁰⁹ Arangio- Ruiz, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pag., 308.

⁵¹⁰ *Neratius et Proculus, et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio...*

⁵¹¹ Gayo 4,153; Sentencias de Paulo 5,2,1; Dig. 41,2,3,6; 41,2,30,5; Código 7,32,4.

⁵¹² Guzmán Brito, Alejandro: Derecho Privado Romano, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pág. 498, por ej. la echazón de mercaderías al mar para evitar el hundimiento de una nave en peligro, la posesión por medio de un tercero mero tenedor o de un esclavo.

Nos referimos al caso de los campos que son utilizados para el pastoreo durante determinada estación quedando abandonados durante el resto del año: los *saltus hiberni et aestivi*.

Paulo (54 ed.\ en Digesto 41,2,3,11, trata este caso de manera excepcional:

*“Poseemos con la intención los montes invernales o estivales, aunque dejemos de estar en ellos por temporadas.”*⁵¹³

Este caso excepcional comienza a hacerse norma ya con Papiniano⁵¹⁴ (23 *quaest.*), quedando, en opinión de Ulpiano (69 ed.), como norma general, según aparece en Digesto 43,16,1,25:

*“Lo que se dice corrientemente de que retenemos con la intención la posesión de las fincas estivales o invernales, yo aprendí que lo dice Próculo tan sólo como ejemplo, pues vale lo mismo para todos los inmuebles de los que nos ausentamos sin intención de abandonar su posesión.”*⁵¹⁵

Lo que había comenzado como un caso excepcional que la jurisprudencia clásica había aceptado *utilitatis causa*, llega a ser la norma general en el Derecho post-clásico y justiniano, para quienes los casos de los *saltus hiberni et aestivi* no son más que uno entre los varios ejemplos, aunque la tendencia a la generalización ya es clara en Ulpiano.

516

Luego de abierto este camino, la conservación de la posesión *animo solo* se extiende hacia otros casos en que la jurisprudencia consideraba terminada la posesión.

Lo anterior ocurrió con el esclavo fugitivo⁵¹⁷, respecto del cual antes se perdía la protección otorgada por el pretor a través de los interdictos posesorios, desde ahora la posesión continúa mientras otro no entre en posesión de él, (aunque ya desde antes se consideraba que la posesión continuaba para efectos de la usucapión), incluso se entraba en posesión por intermedio del esclavo⁵¹⁸; también en el caso de la posesión sobre un predio en que, durante su ausencia, otro ha entrado clandestinamente en posesión, mientras el poseedor no tome conciencia de que al tratar de reingresar será repelido⁵¹⁹, contrariamente a lo que antes había señalado Labeón⁵²⁰. Ya en tiempos de

⁵¹³ *Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.*

⁵¹⁴ Dig. 41,2,44,2.

⁵¹⁵ *Quod vulgo dicitur, aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere; nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est.*

⁵¹⁶ Topasio Ferretti, Aldo: La Posesión Inscrita En El Derecho Romano, Edeval, Valparaíso, 1978, pág. 50, nota 25.

⁵¹⁷ Sentencias de Paulo: 2,31,37: 4,14,3; Dig. 41,2,1,14; 47,2,17,3.

⁵¹⁸ Arangio- Ruiz, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 309.

⁵¹⁹ Dig. 41,2,25,2; 41,2,44,2; 41,2,46. Para algún autor ésta es una innovación de Justiniano; ver: Arangio- Ruiz, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 309.

Justiniano la posesión no se perdía ni aún cuando la imposibilidad de disponer de la cosa sea evidente⁵²¹. Directamente al Derecho justiniano se le atribuye el que se considere que la posesión que se tiene por intermediarios, como el esclavo o el arrendatario, no se pierda en caso que éstos, dolosamente, la transfieran a otro⁵²²; como asimismo el caso del prisionero de guerra (quien por esta circunstancia se hace esclavo), conserve *animo solo* su posesión.⁵²³

Como corolario de esta evolución se puede citar una *lege* atribuida en Código 7,32,4, a Diocleciano y Maximiano, fechada el año 290 d.C., la que no puede sino estar interpolada dado que de otra forma se adelantaría a tiempos de Diocleciano una doctrina que, como analizamos en el párrafo anterior, no se consolidó hasta Justiniano:

*“Aunque con la nuda intención no se pueda adquirir la posesión, se la puede retener, sin embargo, con sólo el ánimo.”*⁵²⁴

Aunque la evolución concluya recién con Justiniano, ya en época post-clásica el elemento anímico ha pasado a ser preeminente en materia de conservación de la posesión, transformándose en principio general lo que para los clásicos era excepcional. Esta nueva concepción de la posesión se dejó sentir también en materia de adquisición de la posesión y, lógicamente, también en la tradición.

El principio clásico relativo a la distinción entre causa (título) y modo de adquirir el dominio, se mantuvo en época post-clásica. Así lo demuestra Código 2,3,20, donde aparece una constitución de Diocleciano, Maximiano y Constancio, del año 293 d.C.⁵²⁵:

*“El dominio de las cosas se transfiere por la tradición y la usucapión, y no por nudos pactos.”*⁵²⁶

Pese a esto, la tradición sufrió durante este período modificaciones de importancia. Analicemos el contenido de una constitución de Teodosio, Arcadio y Honorio, del año 394 d.C., contenida en Código 4,3,1, en sus parágrafos 1 y 2:

1.- Mas si por tal motivo se hubiere dado algo en oro, o plata, o en otras cosas muebles, bastará la sola entrega, y el contrato tendrá perpetua validez, porque la entrega hecha de una cosa mueble está colmada de entera buena fe y de razón.

⁵²⁰ Dig. 41,2,6,1.

⁵²¹ Cód. 8,4,11.

⁵²² Cód. 7,32,12.

⁵²³ Dig. 41,2,23,1 interpolado. Arangio- Ruiz, Vincenzo: Instituciones de Derecho Romano, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 309.

⁵²⁴ *Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retinen potest.*

⁵²⁵ Topasio Ferretti, Aldo: La Posesión Inscrita En El Derecho Romano, Edeval, Valparaíso, 1978, pag. 25.

⁵²⁶ *Traditionibus et usucapionibus domina rerum, non nudis pactis transferuntur.*

2.- Pero si el pacto contuviere predios rústicos o urbanos, extiéndase escritura que los transfiera a otro, sígase la entrega material y den actas testimonio de que el asunto quedó terminado; porque de otro modo no pueden pasar al nuevo dueño, ni separarse del antiguo dominio.⁵²⁷

Si bien en cuanto a la enajenación de muebles se mantienen vigentes los principios clásicos, en cuanto a los inmuebles se introduce la *scriptura*, el documento, consolidando dentro del Derecho romano esta práctica oriental, tomando la forma de "*instrumenta publica*"⁵²⁸. Desde ya se advierte la variación en el criterio con que se clasifican las cosas; en época clásica la *summa divissio* de las cosas (como la denominó Gayo), radicaba en la clasificación de las cosas entre *mancipi* y *nec mancipi*; ahora, la distinción principal es la de muebles e inmuebles. Sin embargo, aquí el documento tiene una función meramente probatoria; la entrega material sigue siendo el factor fundamental para la transferencia de la cosa.

El empleo de la *scriptura* en esta época queda plenamente justificado por la continua y creciente espiritualización que ha sufrido la tradición, sobre todo si se considera que la tradición de inmuebles jamás ha podido ser una verdadera entrega mano a mano. Es lógico que a la entrega material se siga una prueba del *animus* que va envuelto en esa entrega, función publicitaria que anteriormente pudo cumplir la ahora arcaica *mancipatio*. La entrega por sí sola no quiere decir nada, máxime, cuando hace ya tiempo que el derecho imperial ha aceptado que la posesión se puede retener por el sólo ánimo. El registro inmobiliario ya era conocido en el Egipto romano aproximadamente desde el año 60 d.C., pero, aunque podrían haber sido de utilidad como medio probatorio para los dueños en él registrados, su finalidad era simplemente la del control de la tributación.⁵²⁹

A nuestro juicio, la última parte del texto de Código 4,3,1,2, no corresponde al original. Claramente en el fragmento el documento es sólo una prueba, por lo que la última parte del texto no calza con lo ya dicho y más bien parece, por sus términos en cierta forma redundantes, una explicación de la decisión imperial. Que no exista traspaso alguno de posesión sin el documento, hace de éste el negocio mismo y no sólo su prueba, y esto ocurrirá sólo en tiempos de Justiniano, o al menos, muy próximos. Bien para nosotros esta puede ser una glosa escolar post-clásica.

La visión justiniana sobre la adquisición de inmuebles se encuentra fijada en la Novela 167,2:

"Y también en cuanto a los que por virtud de algunos contratos han de recibir cosas (inmuebles), y han de hacer de su propio derecho tal posesión o dominio, juzgamos que son necesarios en las provincias los testimonios de los defensores, para que en actas

⁵²⁷ 1.- Sed si quid eo nomine in aurum vel argento vel ceteris rebus mobilis datum fuerit, traditio sola sufficet, et contractus habebit perpetuam firmitatem, quoniam collatio rei mobilis inita integra fide ac ratione cumulatur. 2.- Quod si praedia rustica vel urbana placitum continebit, scriptura, quae ea in alium transferat, emittatur, sequatur traditio corporalis, et rem fuisse completam, gesta tententur; aliter enim ad novum dominium transire non possunt, neque de vetere iure discedere.

⁵²⁸ Topasio Ferretti, Aldo: La Posesión Inscrita En El Derecho Romano, Edeval, Valparaíso, 1978, pág. 38.

⁵²⁹ Iglesias, Juan: Derecho Privado Romano. Historia e Instituciones, Edit. Ariel, Barcelona, 1993, pág. 261.

compraventa no es en realidad ni un acto real de intercambio, ni un negocio obligatorio, sino que casi un mero instrumento escrito, un contrato que nace cumplido, sin perjuicio de otras obligaciones que prevalecerán gracias a que, pese a todo, la distinción doctrinaria entre título y modo persiste, como será por ejemplo la de sanear la evicción.

Para apreciar el estado en que finalmente queda la compraventa en tiempos de Justiniano, recurriremos al concepto que en esta época existió respecto de la institución de las arras, tan olvidadas e inútiles en nuestros tiempos, pero que han sido de gran ayuda en muchos lugares de nuestro estudio. Si bien esta es una forma indirecta de abordar el tema, creemos que las fuentes son lo bastante elocuentes como para apoyar todo cuanto hemos sostenido en esta parte del trabajo.

En primer lugar, nos remitiremos a una constitución del mismo Justiniano, del año 528 d.C., ubicada en Código 4,21,17:

*“Mandamos, que los contratos de ventas, o permutas, o donaciones, que no es necesario que sean insinuadas, y también de entrega de arras, o de cualquier otra causa, pero aquellos que plugo se hicieron por escrito, y también los de transacciones que convino fueran consignadas en instrumento, no tengan validez de otra suerte, sino si los instrumentos hayan sido puestos en limpio, y confirmados con las firmas de las partes, y, si se escribieran por notario, hasta que también hayan sido completados por el mismo, y al fin hayan sido aprobados por las partes, de manera que a nadie le sea lícito, antes que así se haya hecho esto, vindicar para sí en virtud del mismo contrato o de la transacción ningún derecho, apoyándose o en un borrador escrito aunque tenga letra de una de las partes o de ambas, o en la misma copia en limpio, que aún no esté cerrada o aprobada; de tal suerte, que ni aún sea lícito decir en semejantes ventas que se le imponga al vendedor la necesidad o de perfeccionar por el precio establecido en el contrato de venta, o de entregarle al comprador lo que interesa...Añadiendo además esto, que también en lo sucesivo, si para hacer la compra de cualquier cosa se dieron algunas arras o por escrito o sin escritura, aunque no se haya añadido especialmente qué deba hacerse respecto a las mismas arras no verificándose el contrato, sea, sin embargo, obligado el que prometió vender, rehusando la venta, a devolverlas en el duplo, y el que pactó comprar, apartándose de la compra, pierda las arras dadas por él, habiéndosele de denegar su repetición.”*⁵³²

El texto se refiere a la venta escrita (*cum scriptura*). Veamos los tres objetivos

⁵³² *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrharum vel alterius cuiuscunque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, et postremo partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet literas unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare; adeo ut nec ilud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur vel contractus venditionis perficere, vel id, quod emtoris interest, ei persolvere... Illud etiam adiicientes, ut et in posterum, si quae arrhae super facienda emtione cuiuscunque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emtione recedens, datis a se arrhis cadat, repetitione earum deneganda.*

fundamentales que persigue esta ley⁵³³ :

1.- No se perfecciona la venta en que la escritura no sea definitiva (no esté en limpio). Es decir, mientras no se encuentre firmada por las partes y, de haber sido realizada ante notario, mientras éste no la haya firmado y, a su vez, haya sido consignada por las partes.

2- El mero acuerdo de las partes no sirve para perfeccionar el contrato cuando se ha pactado que éste sea por escrito. Ni siquiera sirve para ello la entrega de la cosa o la dación del precio.

3.- Las arras (dadas o no por escrito) sirven, tal como siempre ocurría en el mundo helénico, para dotar de obligatoriedad un acuerdo jurídicamente irrelevante, ya no como una prueba de haberse consentido en una compraventa, como ocurría en época clásica, pues aún no nace la compraventa de acuerdo con esta disposición, por lo tanto, lo único que obliga a las partes a cumplir con lo acordado es la evasión de los efectos que podrían producir las propias arras en su contra. El futuro vendedor que no vende debe restituirlas dobladas; el futuro comprador que se rehusa luego a comprar pierde su derecho a que le sean restituídas.

Ahora apreciemos lo que dicen las Institutas de Justiniano 3, 23, pr., respecto de las arras:

*“Hay contrato de venta desde que las partes han convenido en el precio, aunque este precio no haya sido pagado todavía y no se hayan dado aún arras; porque lo que se ha dado a título de arras sólo sirve para acreditar la conclusión del contrato. Sin embargo, es preciso entender esto de las ventas hechas sin escrito, respecto de las cuales nada hemos innovado. Pero en cuanto a las que se hacen por escrito, ha decidido nuestra constitución que la venta no es perfecta sino en cuanto el acto ha sido extendido o redactado ya de la mano misma de los contratantes, ya escrito por un tercero y suscrito por las partes; y si se hacen por el ministerio de un tabelión o escribano, en cuanto el acto ha recibido todo su complemento y la adhesión final de las partes. En efecto, mientras que le falte una de estas cosas, puede haber retractación, y el comprador o el vendedor pueden, sin incurrir en pena alguna, separarse de la venta. Sin embargo, no les permitimos impunemente, sino cuando nada se haya dado todavía a título de arras; porque si éstas se han dado, ya la venta haya sido hecha por escrito o no, e1 que se niega a cumplir su obligación, si es el comprador, pierde lo que se ha dado; y si es el vendedor, está obligado a dar el doble, aunque nada se haya tratado acerca de las arras.”*⁵³⁴

Así como en Código se trató a la compraventa escrita desde el punto de vista de las formalidades con que ésta debía cumplir, ahora en Instituta se la trata, al inicio del texto, en su calidad de contrato consensual.

En la primera parte se trata la compraventa no escrita. En ella rige el principio del Derecho romano clásico, según el cual el sólo consentimiento perfecciona al contrato. Consecuencialmente, las arras conservan su función clásica, es decir son la prueba de haberse perfeccionado el contrato que por sí mismo es obligatorio desde que las partes

⁵³³ Samper Polo, Francisco: Las Arras Contractuales, aún en prensa.

consienten. El mismo Justiniano señala que en esto no hay innovación alguna.

En la segunda parte, siguiendo lo que se había dispuesto algunos años antes en Código, se indica que la compraventa escrita no se perfecciona sino hasta que se cumplan los requisitos establecidos para confeccionar la escritura, por lo que las partes pueden retractarse antes de que ello ocurra. A diferencia de lo que ocurre en la compraventa oral, en esta modalidad el simple acuerdo no es vinculante.

Ya los romanistas se han dado cuenta de los problemas que presenta la relación entre los dos pasajes citados en relación a las arras y la posibilidad que ellas dan de desistirse unilateralmente del contrato, cuando se ha dicho que en caso de ser la venta oral el contrato se perfecciona con el sólo consentimiento, por lo que esto aparece como inconsecuente ya que es propio de las arras griegas de carácter obligacional (respecto de un acuerdo jurídicamente irrelevante) y no de las arras romanas de carácter confirmatorio (prueba de un contrato ya existente y, por lo mismo, obligatorio).

Ni siquiera cuando en Roma se mezclaban con la *lex commissoria* (en cuyo caso la *lex* operaba en la resolución del contrato, y no las arras, las que aquí aparecían como indemnizatorias o satisfactorias).⁵³⁵

Deliberadamente dejamos este tema de lado, pues escapa a los fines de nuestro trabajo, sin embargo, hacemos notar que esta misma confusión de doctrinas jurídicas orientales y romano-clásicas, que aquí hacen evidente su incompatibilidad dogmática, influyeron para que el legado que Justiniano dejó en relación a las arras, sea un factor importantísimo en el aspecto anárquicamente polifuncional y amorfo con que se nos presentan las olvidadas (y tal vez hasta inútiles) arras en el Derecho moderno.

De todas formas, los textos en que se tratan las arras han sido fundamentales para apreciar como Justiniano ha debido, o no ha podido más que aceptar la cultura jurídica oriental tan arraigada en su imperio. Su sincero deseo de revivir el Derecho romano, más científico y elaborado que el que había precedido al emperador, confeccionado en el ya caído Occidente, se ha visto enturbiado por elementos extraños que, sin ser este un juicio de valor, vienen a oscurecer las instituciones clásicas, consecuencia necesaria de la unión de dos corrientes dogmáticamente inarticulables, al menos en materia de compraventa.

⁵³⁴ *Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac arrha quidem data fuerit; nam quod arrhae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae. Se haec quidem de emptionibus et venditionibus quae sine scriptura consistunt, obtinere oportet; nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatus est. In his autem quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta; et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hos etenim subsecuto sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit; si vero venditor, duplum restituere compellitur: licet super arrhis nihil expressum est..*

⁵³⁵ Samper Polo, Francisco: Las Arras Contractuales, aún en prensa.

Apréciese ahora, en plenitud, cómo el contrato, si así lo deciden las partes, no existe mientras no sea puesto por escrito, y cómo el testimonio escrito de la transferencia del dominio de la cosa puede reunir título y modo en un solo instrumento. Con esta circunstancia fácilmente se entiende como otro elemento griego, el pago del precio, con un criterio práctico no tiene problemas en enquistarse en la legislación bizantina, pues también se funda en una falta de distinción entre título y modo.

Si bien lo ocurrido resulta deplorable en el plano dogmático jurídico, revela una gran y encomiable esfuerzo por fijar dentro de la medida de lo posible un régimen jurídico más perfecto, en el que teóricamente se distinguen título y modo, pero sin quebrar con las costumbres tan arraigadas en los destinatarios de este Derecho que no ven en la compraventa más que su ejecución. Y esto es un aporte notable.

XIV.- El no pago del precio en el Derecho justineano.

La falta de pago del precio en la compraventa produce, como ya se ha dicho, la ineficacia de la tradición que la sigue en cuanto modo de adquirir el dominio. Esta norma era indispensable en el Derecho bizantino pues la compraventa de alguna forma incluía la tradición de la cosa, ya fuera porque ello se establecía en el documento (para su posterior inscripción en el caso de los inmuebles o para que operara inmediatamente en el caso de los muebles) o, sin ocurrir lo anterior, porque la entrega del instrumento en que se había hecho constar el contrato servía como tradición, por lo que se hizo necesaria la inclusión de este precepto heredado de la compraventa griega.

Pese a que se sigue mirando la compraventa como consensual, ésta se ha vuelto, en la práctica y con la complicidad de las costumbres jurídicas inmemoriales de oriente, en un contrato real.

El caso en que más claramente se produce la situación antes descrita es el de las compraventas celebradas con escritura (en términos prácticos, toda compraventa), donde el solo consenso ha dejado de perfeccionar el contrato, para pasar a ser un acuerdo jurídicamente irrelevante. El consenso escrito dará lugar al contrato, pero al mismo tiempo a la tradición de las formas ya señaladas. Entonces el resultado será claro, el contrato no se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, sino por la entrega de la cosa.

Sin embargo, Justiniano permitió que a falta de pago del precio, se diera alguna garantía y, por último, que el vendedor se confiara del comprador con lo que, en consecuencia, se producía la tradición, tal como en época clásica, sin necesidad de que se encuentre pagado el precio. Aunque, eso sí, esta posibilidad es excepcional, como ya lo advirtiera Pothier⁵³⁶; en ningún caso la entrega de la cosa sin exigir ni el pago ni su garantía era suficiente para presumir que el vendedor se fiaba del comprador. En otras palabras, el traspaso de la propiedad ha quedado enteramente a merced de un acuerdo

⁵³⁶ Zulueta, Francis de: *The Roman Law of Sale*, Oxford University Press, London, 1966, págs. 37 y 38.

de las partes.

Esta última posibilidad, es un tenue destello de los principios clásicos dentro de las nuevas normas que rigen a la compraventa. Es un toque clasicista que el emperador logra introducir casi subrepticamente ante una realidad jurídica adversa, pero que tiene gran importancia, si bien no en la práctica, en el plano dogmático.

La facultad del vendedor de confiarse en el comprador, dejando que la tradición transfiera el dominio, es la prueba de la confusión de dos corrientes jurídicas diversas, la romano-occidental y la greco-oriental.

Si las partes podían celebrar una compraventa perfeccionándola por el consentimiento, con más o menos requisitos según fuera escrita o no, y luego hacer operar la transferencia del dominio con independencia de si se había pagado el precio o no, esto quería decir que el pago del precio no es un elemento esencial de la tradición.

Con esta constatación podemos observar que todos los requisitos sobre el pago del precio son agregados que no se justifican doctrinariamente más que como medidas de la autoridad, que malamente calzan con la naturaleza de las instituciones jurídicas que ella misma ha reconocido, destinadas a resguardar el interés del vendedor. En consecuencia, las normas a las cuales la práctica ha dado mayor relevancia pasan a ser las más intrascendentes e inadecuadas en el plano teórico y viceversa.

Aunque en varias oportunidades hemos dicho que persiste en el plano dogmático la distinción entre causa de la tradición y la tradición misma, haremos un breve comentario sobre la mutación de esta relación en el Derecho romano y en el Derecho bizantino, que nos será de utilidad para el análisis del Derecho moderno.

A continuación citaremos 4 textos que servirán de base a nuestra exposición, donde cada uno de ellos tiene el mérito de sintetizar la doctrina correspondiente a los diversos períodos que abarca la historia del Derecho romano. 1) El primero de ellos, en representación del período clásico, es el ya transcrito pasaje de la Institutas de Gayo 2,20; 2) luego, las *Res Cottidianae* (Digesto 41,1,9,3), para el período post-clásico; 3) las Institutas de Justiniano 2,1,40, para informarnos de lo que ocurre durante la época que corresponde a este emperador; 4) finalmente, la obra post-justiniana escrita por Teófilo denominada Paráfrasis (de las Instituciones justinianas) 11,1,40:

1) "Así, si yo te entregara un vestido o una cantidad de oro o de plata, a causa de venta, de donación o de cualquiera otra causa, la cosa se hace tuya inmediatamente, siempre que yo sea dueño de ella".⁵³⁷

2) "También adquirimos por derecho de gentes lo que adquirimos por medio de la tradición <o entrega>, pues nada hay tan propio de la justicia natural como el que valga la voluntad de un propietario que quiera transferir una cosa que le pertenece a favor de otra persona".⁵³⁸

⁵³⁷ "Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fia ea res, si modo ego eius dominus sim".

⁵³⁸ "Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conueniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi".

3) "Según el derecho natural adquirimos las cosas por tradición. En efecto, que la voluntad del propietario que quiere transferir su cosa a otro reciba su ejecución, nada es más conforme a la equidad natural".⁵³⁹

4) Paráfrasis 11,1,40

Ha llamado la atención al romanista Juan Miquel⁵⁴⁰ que, mientras las palabras de las Instituciones de Gayo se enmarcan en la distinción entre modos de adquirir del Derecho civil y del Derecho de gentes, ya las *Res Cottidianae*, aún en el mismo sentido discriminatorio, pasan rápidamente de la noción del Derecho de gentes a la del Derecho natural, para terminar con Justiniano refiriéndola a una institución propiamente del Derecho natural, para venir a insertar la tradición definitivamente en el Derecho civil. Ahora, este es el sentido histórico que tienen estas palabras; la referencia a la voluntad del dueño no dice relación con que la tradición se haya independizado de su *iusta causa*, sino tan sólo justifican la naturalidad de este acto para fundamentar su inclusión al *ius civile*, permitiendo, de esta forma, que se aplique para la adquisición de toda clase de cosas.⁵⁴¹

Debemos advertir que la evolución histórico jurídica no termina aquí. Continuando con el argumento del romanista español, la Paráfrasis de Teófilo da señas de un cambio importante. Mientras Gayo exige tres requisitos fundamentales para que opere la *traditio* (que la cosa sea corporal, propiedad del tradente y *iusta causa*), en la Paráfrasis el requisito de la *iusta causa*⁵⁴² es sustituido por el de la intención del dueño de transferir el dominio.

Este pensamiento es totalmente distinto a las etapas anteriores del Derecho Romano. Las referencias a la voluntad han pasado de meras justificaciones abstractas a un requisito independiente de la tradición. Nace entonces el principio "*voluntas rem transferendi*" (la voluntad transfiere la cosa).

Este es el resultado de la hipertrofia de la doctrina del contrato en época bizantina⁵⁴³. Con todos los antecedentes que hemos reunido en nuestro trabajo, se comprende suficientemente bien el destino de la tradición. Sólo precisaríamos que más que la

⁵³⁹ "Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi".

⁵⁴⁰ Miquel, Juan: La Doctrina de la Causa de la Tradición en los Juristas Bizantinos, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXI, 1961, pág. 518.

⁵⁴¹ En este mismo artículo, el autor señala que no hay que desorbitar el alcance del texto que fue, precisamente, uno de los que sirvió de base a Savigny, basándose en los escolios de Niceo para elaborar su doctrina del contrato real abstracto.

⁵⁴² d'Ors, Alvaro: Titulus, Anuario de Historia del Derecho Español, XXIII, 1953, págs. 495 y ss. Aunque no tenga importancia fundamental para nuestro estudio, el autor señala que título como sinónimo de fundamento jurídico o causa (ej. justo título), es una acepción que sólo viene a aparecer en la época de Diocleciano.

⁵⁴³ Miquel, Juan: La Doctrina de la Causa de la Tradición en los Juristas Bizantinos, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXI, 1961, pág. 520.

independencia de la tradición, lo que se produce aquí es su fusión con la *iusta causa*. Hace ya mucho tiempo que el dogma de la distinción entre causa y *traditio* no tiene reflejo alguno en la práctica. Con todo, ahora se ha consagrado este modo de adquirir como un acto puramente voluntario e independiente.

El camino posterior de la tradición la aparta cada vez más de sus orígenes romanos, llegando al punto cúlmine de su degeneración (basada en las fuentes romanas) en el esolio B. 23,1,18 (= Dig. 12,1,18)⁵⁴⁴, perteneciente a Constantino Niceo, escoliasta del siglo XI, para quien es suficiente con la voluntad concorde de las partes de transferir y adquirir la propiedad, quedando el negocio causal relegado a la categoría de mero indicio de la voluntad de transferir.

⁵⁴⁴ Miquel, Juan: La Doctrina de la Causa de la Tradición en los Juristas Bizantinos, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXI, 1961, pág. 526 y ss.

CONCLUSIONES

Desde que se instauró en el Derecho Romano la compraventa como contrato consensual, hacia fines de la época republicana, probablemente gracias a la obra del gran jurista Servio Sulpicio Rufo (quien vivió durante el siglo I a.C.), se mantuvo bajo esta misma concepción doctrinaria hasta el cierre formal de la historia jurídica romana, marcado por la muerte del emperador Justiniano el año 565.

No sin transformaciones, la compraventa logró preservar esta característica relativa a la consensualidad, además de otra no menos importante: su estructura giró siempre en torno a la posesión (al menos, sin lugar a dudas, a partir de Juliano el siglo II d.C.).

La compraventa por sí sola no transfería el dominio, simplemente creaba obligaciones entre las partes. Más aún, en rigor tampoco obligaba a transferir el dominio, sino que a entregar la posesión.

Ocurrió también que junto a la compraventa se desarrolló otra institución que sí transfiere el dominio de las cosas *nec mancipi* y, más tarde, de cualquier clase, gracias a Justiniano: la tradición. Ella fundamentalmente consiste en una entrega de posesión de la cosa en virtud de la cual se transfiere el dominio. Aquí entonces, reuniéndose los demás requisitos pertinentes, se combinan la compraventa y la tradición unidas por su vinculación con el elemento común de la posesión.

Así entonces, a pesar de ser un error, se puede decir de manera sintética y sin ánimo de gran precisión, que en el caso de la compraventa hecha por el dueño de la cosa, éste se obliga, en virtud de este acuerdo, a transferir el dominio. Sin olvidar, de todos modos,

que se trata de dos instituciones jurídicas diversas.

La tradición por su parte, que necesitaba de una causa para operar sus efectos, pues la simple entrega de posesión no es más que un hecho que puede tener múltiples significados (comodato, arrendamiento, etc.), cuando queda precedida por el contrato celebrado por el dueño de la cosa viene a llenar los requisitos necesarios para que funcione como modo de transferir el dominio, así como la llave correcta que es capaz de hacer operar a la cerradura que le corresponde.

De esta forma el círculo en torno a la adquisición del dominio se cierra y el dominio se transfiere. Pero a este complemento perfecto, Justiniano, sin renunciar a la noción de compraventa consensual, le agrega otro requisito: el pago del precio.

A partir de este momento, el emperador quiebra la llave en dos y la cerradura no podrá abrirse sino hasta que se reúnan las dos partes que la componen. La compraventa ya no será suficiente causa para que actúe la tradición, sino que además se deberá pagar el precio, de otra forma la entrega no llegará a significar traslación de propiedad.

Sin embargo, la compraventa y la tradición dogmáticamente son lo mismo que antes. Entonces ¿cómo explicar que existiendo todavía, por un lado la obligación de entregar la posesión fundada en el acuerdo de las partes y, por el otro, una entrega de posesión hecha por el dueño de la cosa, no se transfiera el dominio tal como había ocurrido siempre?

Ciertamente esto se podría explicar, pero no desde la perspectiva de la compraventa como contrato consensual. Si el contrato obliga a entregar por el acuerdo de las partes, no se ve como esto no puede ser suficiente causa para hacer operar la tradición.

La única posibilidad sería que la intención del tradente (la que se plasma justamente en la causa, o sea en la compraventa en este caso), no sea la de transferir el dominio, lo cual constituye un requisito para que exista tradición. Pero una compraventa en la cual el vendedor no quiera enajenar, utilizando las palabras de Labeón,⁵⁴⁵ podrá ser un arrendamiento o cualquier cosa menos una compraventa, por lo tanto, una compraventa que pretenda nacer a la vida del Derecho sin que genere sus obligaciones propias en relación a la tradición, impidiendo que ésta opere en circunstancias que se reúnen todos los requisitos menos el deseo del vendedor, no existe. A lo más podrá considerarse que se encuentra bajo condición suspensiva, pero en este caso se confirma que no hay compraventa, ni obligación de entregar, pues el contrato aún no nace.

No se confunda esto con la *lex commissoria*, pues en ella la compraventa nace, la cosa se entrega, el dominio se transfiere y luego, si no se paga el precio, la compraventa se resuelve y el vendedor tendrá una acción personal para exigir la restitución de la cosa (*actio venditi*).

Por otra parte, si aceptamos que la compraventa se perfecciona por el consentimiento, pero para que opere la tradición la causa debe además depender del pago del precio, tendríamos que aceptar que este consentimiento alcanza su total perfección por la dación del precio. Con esto la compraventa deja de ser un contrato

⁵⁴⁵ Dig. 18,1,80,3.

consensual y pasa a ser uno real, pues se perfecciona por el cumplimiento de una de sus prestaciones.

Las incoherencias son evidentes, más aún si consideramos que el mismo Justiniano dejó a criterio del vendedor el permitir que sin el pago del precio u otra garantía, se pueda transferir el dominio de la cosa, es decir la causa aquí volvería a estar en el consenso del contrato.

Las influencias orientales, donde la compraventa sí era un contrato real, por lo que se justificaban estas normas como ya hemos explicado, nos han dejado un legado jurídico-histórico confuso que ha influido en los Códigos modernos como el nuestro, que han caído en la tentación de tomar estas normas provenientes del Derecho romano, cualquiera que sean las razones o las fuentes inmediatas de inspiración, sin tomar las precauciones necesarias para no caer en los errores dogmáticos, no digamos de Justiniano lo que podría ser injusto, pero sí del Derecho romano bizantino.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS EN NOTAS

DIGESTO

- 2,2,3,1: n.470
- 2,14,1,3: n.219
- 2,14,7,5: n.319 ; n.323
- 2,14,43: n.313
- 3,3,27,pr.: n.470
- 3,3,48: n.510
- 3,3,63: n.510
- 4,3,1,6: n.40
- 4,4,1: n.42
- 4,4,16,4: n.274
- 4,4,26: n.470
- 4,4,38: n.359
- 4,4,38,pr.: n.343
- 4,5,2,1: n.43
- 4,5,7,2: n.43
- 4,6,11: n.45
- 6,I,50,pr.: n.425
- 6,1,77: n.498

6,2,I,pr.: n.408
6,2,1,1: n.408
6,2,3,1: n.410
6,2,7: n.410
6,2,7,6: n.409
6,2,7,11: n.411
6,2,7,14: n.412
6,2,7,15: n.412
6,2,7,16: n.412
6,2,7,17: n.412
6,2,8: n.413
6,2,9,1: n.491
6,2,9,2: n.491
7,1,12,2: n.248
7,1,25,1: n.430
9,2,I,pr.: n.114
11,1,18: n.40
11,17,1: n.224
12,1,9,9: n.491
12,4,16: n.28
12,5,1,1: n.21
12,6,14: n.19
12,6,37: n.61
12,6,52: n.25
14,4,5,18: n.440
15,1,8: n.491
16,6,1,2: n.477
18,1,1: n.17 ; n.79 ; n.149
18,1, 1 ,2: n.238
18,1,2,1: n.406
18,1,4: n.266
18,1,5: n.266
18,1,6: n.264 ; n.266
18,1,6,1:n.343 ;n.344 ; n.356

18,1,8,pr.: n.256
18,1,8,1: n.255
18,1,9,pr.: n.241 ; n.242
18,1,9,2:n.242 ;n.244 ; n.245
18,1,11: n.245
18,1,14: n.244 ; n.245
18,1,16: n.251
18,1,19: n.435
18,1,27: n.84
18,1,28: n.55 ; n.250
18,1,34,1: n.261
18,1,34,4: n.252
18,1,35,1: n.272
18,1,41,1: n.245
18,1,52: n.267
18,1,53: n.399 ; n.402
18,1,57: n.258
18,1,58: n.258
18,1,59: n.187 ; n.189 ; n.291
18,1,61: n.253
18,1,66,pr.:n.291
18,1,66,2: n.187
18,1,72,pr.:n.319
18,1,74: n.481
18,1,78,1: n.469
18,1,78,2: n.304
18,1,79: n.270
18,1,80,2: n.184
18,1,80,3: n.54
18,2,2: n.317
18,2,13: n.186 ; n.187
18,3,1: n.318 ; n.339
18,3,2: n.342 ; n.343 ; n.346
18,3,3: n.346

18,3,4,pr.: n.343 ; n.344 ; n.345 ; n.355

18,3,4,1: n.353

18,3,4,2: n.346 ; n.350

18,3,4,4: n.348

18,3,5: n.335 ; n.341

18,3,6,pr.: n.346 ; n.361

18,3,6,1: n.344

18,3,6,2: n.351

18,3,7: n.351

18,3,8: n.359 ; n.361

18,4: n.249

18,4,17: n.247

18,5,1: n.85 ; n.307 ; n.363

18,5,3: n.321

18,5,5,pr.: n.293

18,5,5,1: n.239

18,5,9: n.449

18,5,10,pr.:n.343

18,5,10,1: n.340

18,6,8: n.279

18,6,15,l : n.477

18,6,18: n.174

19,1,11,2: n.58 ; n.59 ; n.65 ; n.437

19,1,11,13: n.284

19,1,11,15: n.284

19,1,13,8: n.297

19,l,13,17: n.58

19,1,13,20: n.352

19,1,13,21: n.337

19,1,13,22: n.175

19,1,17,6: n.188

19,1,25: n.303 ; n.423

19,1,38,1: n.172

19,1,40: n.187

19,1,50: n.306 ; n.405
19,1,52,pr.: n.455
19,2,22,3: n.274
19,3,2: n.246
19,4,l,pr.: n.63 ; n.209
19,4,1,2: n.51
19,4,1,3: n.31
19,4,2: n.81
19,5,5,1: n.66
19,5,5,2: n.35 ; n.38
19,5,16,1: n.83
20,6,7,1: n.470
21,1,23,7: n.47
21,1,43,10: n.429
21,2,10: n.246
21,2,17: n.288
21,2,29,1: n.236
21,2,62, pr.: n.491
21,2,75: n.291
22,6,9: n.336
22,6,9,2: n.336
22,6,9,3: n.336
23,3,9,3: n.479
27,6,1: n.44
27,9,1,4: n.426
39,2,15,22: n.45
39,2,48: n.267
39,5,6: n.472
40,7,29,l: n.68 ; n.87
40,12,38,2: n.415
41,1,9,3: n.538
41,1,9,6: n.482
41,l,20,pr.: n.470
41,1,20,1: n.291

41,1,21,1: n.491
41,1,31,pr.: n.404 ; n.474
41,1,43,2: n.427
41,2,1,14: n.517
41,2,1,21: n.481 ; n.489
41,2,3,3: n.510
41,2,3,6: n.511
41,2,3,11: n.513
41,2,6,1: n.520
41,2,18,pr.: n.496
41,2,18,2: n.479 ; n.489
41,2,19: n.496
41,2,21,3: n.496
41,2,23,1: n.523
41,2,25,2: n.519
41,2,30,5: n.511
41,2,44,2: n.514 ; n.519
41,2,46: n.519
41,2,51: n.476
41,3,10,pr.: n.420
41,3,19: n.422
41,3,32,pr.: n.491
41,3,33,1: n.491
41,3,44,1: n.421
41,3,48: n.419
41,4,2,pr.: n.418
41,4,2,3: n.334 ; n.343
41,4,2,4: n.318
41,4,2,5: n.318
42,1,33: n.40
42,4,3,pr.: n.224
43,16,1,25: n.515
43,19,1,9: n.45
44,3,6,1: n.343

44,4,4,16: n.392
44,4,5,4: n.298
44,7,44,2: n.314
44,7,57: n.241 ; n.242
46,3,12,pr.: n.470
46,3,79: n.487
47,2,17,3: n.517
47,10,13,7: n.263
47,10,17,16: n.470
50,16,19: n.80 ; n.213
50,16,96: n.263
50,16,195,1: n.91
50,17,19,pr.: n.224
50,17,45: n.61
CÓDIGO
1,1,2: n.336
2,3,20: n.526
2,21(20),4:n.34
3,32,12: n.432
4,2,6: n.387
4,3,1,1: n.527
4,3,1,2: n.527
4,21,17: n.532
4,30,3: n.393
4,30,4: n.391
4,32,22: n.388
4,38,8: n.434
4,38,15: n.273
4,44,2: n.278
4,44,8: n.278
4,44,10: n.40
4,49,1: n.431
4,54,3: n.343 ; n.358
4,54,4: n.358

4,54,7: n.343

4,64,1: n.13

4,64,7: n.64

7,32,4: n.511 ; n.524

7,32,12: n.522

7,37,2,3: n.470

8,4,11: n.521

8,10,2: n.267

8,38(37),12: n.349

8,45(44),5: n.300

8,53,1: n.501

NOVELAS

167,2: n.530

INSTITUCIONES

2,1,1: n.263

2,1,5: n.263

2,1,6: n.265

2,1,40: n.539

2,1,41: n.126 ; n.403 ; n.457

2,1,44: n.491

2,1,45: n.482

2,6,14: n.470

2,8,1: n.470

2,34: n.112)

3,15,1: n.177

3,23,pr.: n.534

3,23,1: n.273

3,23,2: n.9 ; n.18 ; n.79 ; n.269

3,27: n.226

4,5: n.227

FUENTES

PREJUSTINIANEAS

CORPUS INSCRIPTIONUM

LATINORUM

VI, 29,784: n.96

INSTITUCIONES DE

GAYO

1,113: n.70

1,119: n.71 ; n.99 ; n.119 ; n.145

1,122: n.72

1,192: n.91 ; n.116 ;

2,2: n.264

2,2-8: n.262

2,15: n.91

2,19: n.60

2,20: n.60 ; n.398 ; n.470

2,20,2: n.537

2,24: n.204

2,34: n.112

2,64: n.470

2,69: n.107

2,103: n.69

2,104: n.91

3,84: n.43

3,88: n.220

3,93: n.176

3,136: n.237

3,139: n.377

3,140: n.271 ; n.273

3,141: n.4 ; n.12 ; n.18 ; n.79

3,154b: n.203

4,11: n.202

4,16: n.118

4,17: n.111

4,26: n.205

4,29: n.206

4,38: n.43

4,126a: n.303

4,131a: n.56 ; n.294

4,153: n.511

CÓDIGO TEODOSIANO

2,15,1: n.40

4,20,4: n.40

15,14,9: n.40

SENTENCIAS DE PAULO

1,7,2: n.40

2,31,37: n.517

4,14,3: n.517

5,2,1: n.511

EPITOME DE

GAYO

2,9(17), 14: n.380

FUENTES

POST JUSTINIANEAS

EXTRAJURÍDICAS

CATÓN

AGRICULTURA:

138: n.134

CICERÓN

DE OFFICIIS.:

3,17,70: n.199 ; n.200

DE ORAT:

1,56,237: n.70

IN VERREM:

2,2,25,62: n.41

26,63: n.41

PRO ROSCIO:

4,13-15: n.217

TÓPICA:

4,23: n.154

PLINIO

NAT. HIST.:

33,6,11: n.164

SÉNECA

DE BENEFICIIS:

4,36: n.22

5,10: n.291

DE CONTROV.:

4,8: n.41

VARRÓN

DE RERUM RUST.:

2,1,15: n.191 ; n.192

2,2,5: n.194 ; n.195

2,10,5: n.289

DE LING. LAT.:

5,175: n.165

HOMERO

ILIADA:

6,234: n.17

7,472: n.17

7,472-475: n.7

ODISEA:

1,430: n.17

PLATÓN

NOMOI:

360,2: n.365

ARISTÓTELES

NIC.ETH.:

5,5: n.149

POLÍTICA:

1,4,5: n.166

BIBLIOGRAFIA DE FUENTES

- 1.- Instituciones de Gayo: Hernández-Tejero, Francisco (coordinador general y prólogo); Arias Bonet, Juan Antonio (a cargo del comentario primero); Iglesias-Redondo, Juan (a cargo del comentario segundo); Abellán Velasco, Manuel (a cargo del comentario tercero); y Roset Esteve, Jaime (a cargo del comentario cuarto), Edit. Civitas, Madrid, 1990, reimp.
- 2.- Código Teodosiano: Díaz Bialek, Agustín, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Córdoba, 1967 (sólo libros 1 ° y 2º).
- 3.- Epitome Gai: Coma Fort, José María; Rodríguez Martín, José-Domingo, Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Alvarez", Madrid, 1996.
- 4.- Instituciones de Justiniano: Ortolan, M., Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1976.
- 5.- Digesto: D'Ors, A.; Hernández-Tejero, F.; Fuenteseca, P.; García Garrido, M.; Burillo, J.: El Digesto de Justiniano, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1968, en tres tomos.

BIBLIOGRAFÍA POR ORDEN ALFABÉTICO DE AUTORES

- 1.- Adame Godard, Jorge : *Palingenesia de los Títulos Relativos a la Restitutio in Integrum por Causa de Dolo, Menor Edad o Ausencia* (1, 18-19A) *de las Sentencias de Paulo*, Revista de Estudios Histórico-jurídicos, 10,1985.
- 2.- Alonso Pérez, Mariano: *Periculum est Emptoris y Frag. Vat. 16*,

- Anuario de Historia del Derecho Español, XXXI, 1961.
- 3.- Alvarez Suarez, Ursicino: *Curso de Derecho Romano*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
 - 4.- Arangio-Ruiz, Vincenzo : *La Compravendita in Diritto Romano*, Edit. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1961, reimp. de 2a ed., 2 tomos.
 - 5.- Arangio- Ruiz, Vincenzo: *Instituciones de Derecho Romano*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 227.
 - 6.- Arias Bonet, Juan Antonio: *Sobre la Querela y la Exceptio Non Numeratae Pecuniae. Derecho Romano y Vicisitudes Medievales*. Anuario de Historia del Derecho Español, LIII, 1983.
 - 7.- Arias Ramos, José : *Precedentes Supletorios de la "Exceptio" en el Procedimiento de las "Legis Actiones"*, Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945, Miscelánea, V.
 - 8.- Bauman, R. A.: *The Interface of Greek and Roman Law, Contract, Delic and Crime*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XLIII, 1996.
 - 9.- Biondi, Biondo : *Contratto e Stipulatio*, Edit. Dott. Antonino Giuffrè, Milán, 1953.
 - 10.- Biscardi, Arnaldo: *Temas de Derecho Romano. El Proceso Civil Romano y las Piedras Angulares de su Historia*, Edit. Bosch, Barcelona, 1987.
 - 11.- Biscardi, Arnaldo: *Temas de Derecho Romano. Génesis y Desarrollo del Sistema Contractual Romano*, Edit. Bosch, Barcelona, 1987.
 - 12.- Biscardi, Arnaldo: *Temas de Derecho Romano. El Régimen de la Pluralidad Hipotecaria desde la Jurisprudencia Clásica hasta Justiniano*, Edit. Bosch, Barcelona, 1987.
 - 13.- Bonfante, Pietro: *Instituciones de Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus S.A, Madrid, 1979.
 - 14.- Boyer, G.: *Isidore de Séville et la Définition Des Arrhes*. Droits De L'Antiquité et Sociologie Juridique, Publications De L'Intitut De Droit Romain De L'Université De Paris, Paris, 1959.
 - 15.- Buckland, W.W.: *A Text-Boock of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, London, 1966.
 - 16.- Buigues Oliver, Gabriel: *La Rescisión de los Hechos y Actos Jurídicos en Derecho Romano (premisas para un estudio de la restitutio in integrum)*, Edit. Ediciones Nomos, Valencia, 1992.
 - 17.- Burillo, Jesús: *Derecho Romano Vulgar. Estado de la cuestión a*

-
- 1964, Revista de Estudios Histórico Jurídicos, 4, 1979.
- 18.- Casado, María Jesús: *"Roma est, Roma Intellegitur"*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 16, 1990, Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet.
- 19.- Casavola, Franco: *Scienza, Potere Imperiale, Ordinamento Giuridico Nei Giuristi del II Secolo*, IVRA, XXVII, 1976.
- 20.- Cerami, Pietro: *"Ignorantia Juris"*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano, IV, 1992, en el centenario de la muerte de Rudolf von Ihering.
- 21.- Cuenca Boy, Francisco: *La Idea de Rerum Natura Como Criterio Básico de la Imposibilidad Física de la Prestación*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Serie, Tome XL, 1993.
- 22.- Dajcsak, Wojciech: *La Funzione della Espressione "Ex Bona Fide" Nella Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Sèrie, Tome XLIII, 1996.
- 23.- Dan, Yaron: *The Legal Profession in Palestine During The Bizantine Period*, Israel Law Review, Vol. 17, nº 3, July, 1982.
- 24.- Declareuil, J.: *Roma y la Organización del Derecho*, Edit. Cervantes, Barcelona, 1928.
- 25.- d'Ors, Alvaro: *Derecho Romano Privado*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973.
- 26.- d'Ors, Alvaro: *Elementos de Derecho Privado Romano*, Edit. Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1975, segunda ed.
- 27.- d'Ors, Alvaro: *Titulus*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXIII, 1953.
- 28.- d'Ors, Alvaro: *La Formación del "Ius Novum" en la Época Tardo-Clásica*, Revista de Estudios Histórico Jurídicos, 4, 1979.
- 29.- d'Ors, Alvaro: *Rescriptos y Cognición Extraordinaria*, Anuario de Historia del Derecho Español, XLVII, 1977.
- 30.- d'Ors, Alvaro: *"Ius" Posición Jurídica*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXV, 1955.
- 31.- d'Ors, Alvaro: *"In Diem Addictio"*, *Contribución a la Crítica de la Teoría de las Condiciones en Derecho Romano*, Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945.
- 32.- d'Ors, Alvaro: *Generalizaciones Jurídicas Determinadas por una Concepción Capitalista*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXV, 1955, Miscelánea, V, Varia Romana.
- 33.- d'Ors, Alvaro: *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*,

IVRA, XX, 1969.

34.- d'Ors, Alvaro: *Replicas Panormitanas IV, Sobre la supuesta conditio "sin datio"*, IVRA, XXV, parte prima, 1974.

35.- d'Ors, Alvaro : *Réplicas Panormitanas II, El "contractus" según Labeón (A propósito de una crítica de Albanese)*, Revista de Estudios Histórico jurídicos, I, 1976.

36 - d'Ors, Alvaro : *Los Precedentes Clásicos de la Llamada "Conditio P ossessionis"*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXI, 1961.

37.- d'Ors, Alvaro: *Creditum*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXIII, 1963.

38 - Elefante, Agostino: *"Interpellatio" e "Mora"*, Labeo 6(1960) 1.

39.- Encuentra Ortega, Alfredo: *El Significado de Agere en el Primitivo Proceso Romano*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XLIII, 1996.

40.- Fabbrini, Fabrizio : *Per la Storia della "Restitutio in Integrum"*, Labeo, 13 (1967)2, Punti di Vista.

41.- Feenstra, Robert: *The Dutch Kantharos Case And the History o E rror in Substancia. From the Kantharos Case to the Roman Taxis*, Tulane Law Review, vol. 48, 1974.

42.- Fernández Hierro, José Manuel: *La "Exceptio Non Adimpleti C ontractus"*, Estudios de Deusto, vol. 43/2, Julio-Diciembre, 1995.

43.- Franciosi, Gennaro: *"Res Mancipi" e "res nec Mancipi"*, Labeo, (1959) 3, Letture.

44.- Francisci, Pietro De: *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

45.- Fuenteseca, Pablo: *¿Existió la Denominada "Legis Actio per Sacramentum in Personam"?*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXV, 1955.

46.-Fuenteseca, Pablo: *"Mancipium - Mancipatio - Dominium"*, Labeo, 4(1958) 2.

47.- Fuenteseca, Pablo: *Los Sistemas Expositivos de las Obligaciones Contractuales en la Jurisprudencia Romana y la Idea de Contractus*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXIII, 1953.

48.- Gaete Rojas, Sergio: *La Tradición en el Derecho Romano y en el Derecho Civil Chileno*, Revista Chilena de Derecho, vol. 19, nº1, 1992.

49.-Gandolfi, Giuseppe: *Studi Sull 'Interpretazione Degli Atti Negoziali in Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1966.

50.- García Garrido, Manuel Jesús: *Derecho Privado Romano, II. Casos y Decisiones Jurisprudenciales*, Madrid, 1980.

51.-Gomez Royo, Enrique: *El Mutuo en las Fuentes Postclásicas Bizantinas*,

-
- Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- 52.- Grieco y Bavio, Alfredo: *Servio Tulio, Rey Censor*, Prudentia Iuris, 32/33, Diciembre 1993.
- 53.- Guarino, Antonio: *L 'Editto Edilizio E Il Diritto Onorario*, Labeo, 1(1955)3.
- 54.- Guzmán Brito, Alejandro: *Derecho Privado Romano*, Edit. Jurídica e Chile, Santiago, 1996, 2 tomos.
- 55.- Guzmán Brito, Alejandro: *La Responsabilidad Objetiva por Custodia e n el Derecho Romano y en el Derecho Moderno, con una Referencia E special a la Regla Periculum Est Emptoris*, Revista Chilena de Derecho, vol. 24, n° 1, 1997.
- 56.- Guzmán Brito, Alejandro: *La Transferencia del Dominio en el " Código Civil " del Perú de 1984. Breves Observaciones a Diez Años de su v igencia*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N°I, 1996.
- 57.- Guzmán Brito, Alejandro: *Para la Historia de la Formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídicos y del Contrato (I), El Vocabulario de la Negocialidad Jurídica en el Derecho Romano*, Revista de Estudios Histórico -Jurídicos, XVII, 1995.
- 58.- Hanisch, Hugo: *El Patrimonio en Derecho Romano*, Revista Chilena de Derecho, vol. 4, n° 1-6, 1977.
- 59.- Hanisch, Hugo: *Contribución al Estudio de los Textos de Varrón Sobre la Venta*, Revista Chilena de Historia del Derecho, n° 7, 1978.
- 60.- Hanisch, Hugo: " *Obligatio ex lege* " Revista de Estudios Histórico Jurídicos, 4, 1979.
- 61.- Harrison, A. R. W.: *The Law of Athens*, Oxford University Press, London, 1968, en 2 tomos.
- 62.- Hernández Tejero, Francisco: *La propiedad primitiva de las "res nec mancipi "*, Anuario de Historia del Derecho Español, XVI, 1945.
- 63.- Hernández-Tejero, Francisco: *De nuevo sobre las dos masas de bienes*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 16, Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet, Madrid, 1990.
- 64.- Honoré, A. M.: *T he Background To Justinian 's Codi fication*, Tulane Law Review, vol. 48, n°4, 1978.
- 65.- Iglesias, Juan: *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Edit. Ariel, Barcelona, 1994, 11ªed., 1ª reimp.
- 66.- Jones, J. Walter: *The Law And Legal Theory Of The Greeks*, Oxford University Press, London, 1956.
- 67.- Kunkel, Wolfgang: *Historia del Derecho Romano*, trad. Juan Miquel, Edit. Ariel, Barcelona, 1991, 9ª ed., 2ª reimp.

- 68.- Lewald, Hans: *Conflicts De Lois Dans Le Monde Grec Et Romain*, Labeo 5(1959)3.
- 69.- Marlasca, Olga: *Aspectos Jurídicos en la Obra de Séneca*, Estudios de Deusto, vol. 43/2, Jul.-Dic. 1995.
- 70.- Mayer Martínez, Federico: *Los Pactos: Su Eficacia Jurídica en el Derecho Romano*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958.
- 71.- Meylan, Ph.: *Nouvelle explication de Celse D. 12, 4, 16, IVRA*, XX (1969).
- 72.- Miquel, Juan: *La doctrina de la Causa de la Tradición en los Juristas Bizantinos*, Anuario de Historia del Derecho Español, XXXI, 1961.
- 73.- Murga, José Luis : *Una Actio In Factum De Ulpiano Para la Venta De Sepulcros*, Revue Internationale des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XXI, 1974.
- 74.- Nardi, Enzo: *Studi Sulla Ritenzione in Diritto Romano*, tomo I, Fonti e Caso, Dott. A. Giuffrè Editore, 1947.
- 75.- Palermo, Antonio: *Studi Sulla "Exceptio " Nel Diritto Clásico*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1956.
- 76.- Paricio, Javier: *Apuntes Sobre el Pretendido Origen Arbitral del Proceso Privado Romano*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 16, 1990, Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet.
- 77.- Pastori, Franco: *Gaius e la Responsabilita' Contrattuale*, Labeo, 2(1956)3.
- 78.- Pietro, Alfredo Di: *Gayo, Institutas*, Edit. Abeledo-Perrot , Buenos Aires, 1993, 4ª ed.
- 79.- Pietro, Alfredo Di: *Los Iudicia Bonae Fidei y su Importancia en Materia Contractual*, Prudentia Iuris, 36, Noviembre 1994.
- 80.- Pringsheim, F.: *Diocletian In C. 4, 2, 6*, Tulane Law Review, vol. XXXIII, nº3, Abril 1959.
- 81.- Pugsley, David : *Gaius or Sextus Pomponius*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XLI, 1994.
- 82.- Pujal, Carmen: *La Práctica Forense y las Alteraciones Postclásicas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 16, 1990, Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet.
- 83.- Rasi, Piero: *Il Patto Di Riscatto Nella Compravendita, Pactum de retrovendendo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1959.
- 84.- Riccobono, Salvatore: *Stipulation and the Theory of Contract*, (trad. al inglés de J. Kerr Wylie), Amsterdam, 1957.

-
- 85.- Rodríguez Alvarez, Luis: *Notas en torno a D. XVIII, 1, 53*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XXVI, 1979.
- 86.- Rosa Díaz, Pelayo De La: *La Permuta (Desde Roma al Derecho E español actual)*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1976.
87. - Samper Polo, Francisco: *Derecho Romano*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1982, Valparaíso, segunda ed.
- 88.- Samper Polo, Francisco: *Tres Textos Sobre Possessio Ex Bona Fide*, Estudios de Derecho Romano en Honor de Alvaro D'Ors, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1987.
- 89.- Samper Polo, Francisco: *Las Arras Contractuales*. Aún en prensa.
- 90.- Samper Polo, Francisco: *Rescriptos preadrianeos*, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suarez, 1978.
- 91.- Scherillo, Gaetano: *La "legis actio per iudicis arbitrive p ostulationem " e le origine del processo formulare*, IVRA, XX, 1969.
- 92.- Scialoja, Vittorio: *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y Defensa d e los Derechos*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- 93.- Schultz, Fritz: *Clasical Roman Law*, Oxford University Press, London, 1961.
- 94.- Schultz, Fritz: *Roman Legal Science*, Oxford University Press, London, 1967.
- 95.- Schultz, Fritz : *Principios del Derecho Romano*, trad. Manuel Abellán Velasco, Edit. Civitas, Madrid, 1990.
- 96.- Simpson, A. W. B.: *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, The University of Chicago Law Review, vol.46, n°3, spring 1979.
- 97.- Smith, T.B.: *Exchange or Sale?*, Tulane Law Review, vol. 48, n°4, 1974.
- 98.- Sixto, Marié: *Algunas Dudas Sobre la Usucapión en las XII Tablas*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Derecho Romano, XVII, Valparaíso, Chile, 1995.
- 99.- Terrazas, Juan David: *El Fideicomiso en el Derecho Romano*, Memoria para optar al grado de licenciado en Derecho, Facultad de derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994.
- 100.- Théodoridès, Aristide: *L'Acte (?) De Vente D'Ancient Empire*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XXVI, 1979.
- 101.- Theriot, Robert L.: *An Examination Of The Rol Of Delivery In The T ransfer Of Ownership And Risk In Sales Under Lousiana Law. III.A. B efore the Code Napoleon: Roman and Early French Law*, Tulane Law Review, vol. 60, 1986.
- 102.- Thomas, J. A. C.: *Sale Actions and Other Actions*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XXVI, 1979.

- 103.- Thomas, J. A. C.: *Venditio Hereditatis and Emptio Spei*, Tulane Law Review, vol. XXXIII, n° 3, Abril 1959.
- 104.- Tomulescu, C. St.: *Paul, D. 18.1.1 pr. et la Mancipatio (C onsiderations économiques et juridiques)*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XVIII, 1971.
- 105.- Topasio Ferretti, Aldo: *Los Bienes en el Derecho Romano*, Edeval, Valparaíso, 1981.
- 106.- Topasio Ferretti, Aldo: *La Posesión Inscrita En El Derecho Romano*, Edeval, Valparaíso, 1978.
- 107.- Topasio Ferretti, Aldo: *Estudios de Derecho Romano. La Tradición e n el Ius Commune. Posición del Iusnaturalismo Racionalista y del Historicismo*, Edeval, Valparaíso, 1975.
- 108.- Torrent, Armando: *La Ordinatio Edicti en la Política Jurídica de Adriano*, Anuario de Historia del Derecho Español, LIII, 1983.
- 109.- Vamvoukos, Athanassios: *Fundamental Freedoms in Athens of the Fifth Century*, Revue Internationale Des Droits De L'Antiquité, 3 Série, Tome XXVI, 1979.
- 110.- Villey, Michel: *Estudios En Torno A La Noción De Derecho Subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976.
- 111.- Voci, Pasquale: *Le Obligazioni Romane (Corso di Pandette). Il Contenutto Dell 'Obligatio I,I*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1969.
- 112.- Volterra, Eduardo: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Edit. Civitas, Madrid, 1991.
- 113.- Von Mayr, Robert: *Historia del Derecho Romano*, Edit. Labor S.A., Barcelona, 1926, 2 tomos.
- 114.- Wacke, Andreas: *Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en Derecho Romano y en Derecho Comparado*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano, IV, 1992.
- 115.- Watson, Alan: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford University Press, London, 1965.
- 116.- Watson, Alan: *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford University Press, London, 1968.
- 117.- Withman, James Q.: *The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce: Some Dutch Evidence*, The Yale Law Journal, vol. 105, n° 7, Mayo 1996.
- 118.- Zulueta, F. De: *Roman Law of Sale*, Oxford University Press, London, 1966.