



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
ESCUELA DE DERECHO.  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO.

LA INFLUENCIA DE LA COMPRAVENTA  
ROMANA EN LOS CONVENIOS  
INTERNACIONALES COMERCIALES  
RATIFICADOS POR CHILE.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Profesor Guía: Sr. FIDEL REYES CASTILLO.  
Alumno: ROBERTO ENRIQUE HERRERA OLIVOS.

Santiago, Chile.  
2006

*“A mi padre y a su sabiduría;  
a mi madre y su humildad;  
a mi hermano y su precisa complicidad;  
y a mi Paloma y su infinito amor...”*

## **AGRADECIMIENTOS**

A la fundamental guía de mi profesor, Sr. Fidel Reyes Castillo, el que con sus consejos, directrices y paciencia marcó el camino para que este trabajo naciera.

A Alicia Castillo Saldías, incansable en el apoyo y en la exigencia, generosa en el sacrificio y en el desinterés.

## RESUMEN

*“El trabajo pretende entregar una idea panorámica del derecho romano y de cómo este ha pervivido con el transcurso del tiempo en la legislación comercial internacional. Se estudia el ordenamiento jurídico romano, la compraventa romana a la luz de los textos clásicos, las obligaciones de las partes y, hecho esto, se intenta demostrar que el régimen de la compraventa romana se recoge en la actualidad en el régimen del contrato internacional de mercaderías”.*

## Tabla de contenidos

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>7</b>
<u>El sistema jurídico romano</u> .....	7
I. <u>Generalidades</u> .....	7
II. <u>El derecho romano. Breve reseña del sistema</u> .....	9
1. <u>Introducción</u> .....	9
2. <u>Evolución Histórica</u> .....	12
2.1. <u>Etapas De La Historia Del Derecho Romano</u> .....	12
2.2. <u>Breve resumen acerca de la estructura política romana</u> .....	17
2.3. <u>Nacimiento Del <i>Ius</i></u> .....	20
2.4. <u>Fuentes Del Derecho (<i>Ius</i>)</u> .....	22
2.5. <u>El pretor en el derecho romano clásico</u> .....	28
2.6. <u>El procedimiento jurisdiccional en Roma</u> .....	29
2.6.1. <u>Las acciones de la ley</u> .....	29
2.6.2. <u>El procedimiento formulario o de <i>agere per formulas</i></u> .....	31
2.6.2.1. <u>La fórmula</u> .....	33
2.6.3. <u>Etapas de la <i>cognitio extra ordinem</i></u> .....	35
III. <u>Los contratos en el derecho romano</u> .....	37
1. <u>Introducción</u> .....	37
2. <u>Concepto de Contrato</u> .....	40
3. <u>Clasificación de los contratos</u> .....	42
3.1 <u>Clasificación de los contratos según la manera de perfeccionarse</u> .....	43
3.2 <u>Clasificación de los contratos según su origen</u> .....	44
3.3 <u>Clasificación de los contratos según sus efectos</u> .....	45
3.4 <u>Clasificación de los contratos según su naturaleza</u> .....	45
3.5 <u>Clasificación de los contratos según su dependencia con otro contrato</u> .....	46
3.6 <u>Clasificación de los contratos según si tienen o no reconocimiento normativo</u> .....	46
3.7 <u>Clasificación de los contratos según las acciones que los amparan</u> .....	47
4. <u>Desarrollo histórico de los contratos</u> .....	48
5. <u>La buena fe o <i>bona fides</i></u> .....	54
5.1. <u>El concepto de <i>fides</i> y la importancia en las relaciones jurídicas</u> .....	54
5.2. <u>Nacimiento del concepto <i>bona fides</i></u> .....	56
5.3 <u>Los contratos de buena fe y de derecho estricto</u> .....	60
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>71</b>
<u>La compraventa romana, en especial la obligación de entrega, el precio y los pactos accesorios</u> .....	71

I.	<u>Generalidades</u> .....	71
1.	<u>Aproximación al tema en estudio</u> .....	71
2.	<u>Las <i>res mancipi</i> y las <i>res nec mancipi</i></u> .....	74
3.	<u>El concepto de lucro</u> .....	77
II.	<u>El contrato de compraventa o <i>emptio venditio</i>, en especial la obligación de entrega, el precio y los pactos accesorios</u> .....	78
1.	<u>La compraventa romana o <i>emptio venditio</i></u> .....	78
2.	<u>El precio o <i>pretium</i></u> .....	86
3.	<u>La <i>actio empti</i> o <i>actio ex empto</i> y la <i>actio venditi</i> o <i>actio ex vendito</i></u> .....	89
4.	<u>Las obligaciones del vendedor, especialmente la de entregar</u> .....	89
5.	<u>Obligaciones del comprador</u> .....	92
6.	<u>Dependencia de las obligaciones nacidas para las partes en virtud del contrato de compraventa</u> .....	92
7.	<u>Responsabilidad por evicción</u> .....	96
8.	<u>La responsabilidad del vendedor por la menor cabida del predio vendido</u> .....	98
9.	<u>Responsabilidad por vicios no declarados o por ausencia de cualidades declaradas</u> .....	99
10.	<u>La <i>actio redhibitoria</i> y la <i>actio quanti minoris</i></u> .....	100
11.	<u>Pactos accesorios al contrato de compraventa</u> .....	103

### **CAPÍTULO III..... 107**

	<u>La compraventa internacional dentro los convenios internacionales comerciales ratificados por Chile</u> .....	107
I.	<u>Introducción</u> .....	107
II.	<u>La <i>Lex Mercatoria</i>. Síntesis Histórica Del Desarrollo Del Comercio Internacional y del derecho aplicable a este</u> .....	108
1.	<u>Breve síntesis histórica del desarrollo del comercio internacional</u> .....	108
2.	<u>La <i>lex mercatoria</i></u> .....	114
III.	<u>Breve síntesis del desarrollo de la legislación comercial en Chile</u> .....	119
1.	<u>El comercio exterior en Chile</u> .....	121
IV.	<u>La compraventa mercantil internacional</u> .....	124
1.	<u>La compraventa mercantil en el derecho chileno</u> .....	124
1.1	<u>Caracterización de la compraventa mercantil</u> .....	125
V.	<u>La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías(Viena 1980)</u> .....	126
1.	<u>Evolución histórica de la compraventa mercantil internacional hasta la creación del Convenio de Viena de 1980</u> .....	127
2.	<u>La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías</u> .....	128
2.1.	<u>Estructura y sistematización</u> .....	129
2.2.	<u>Ámbito de aplicación</u> .....	131

<u>VI. Estudio particular de la convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en especial la obligación de entrega, aplicando el derecho romano.</u> .....	132
1. <u>Aproximación al tema en estudio.</u> .....	132
2. <u>La obligación de entrega en la Convención de Viena.</u> .....	133
3. <u>La responsabilidad del vendedor por incumplimiento de su obligación de entregar, en la convención de Viena.</u> .....	140
4. <u>La obligación de entregar, en el derecho romano clásico</u> .....	143
5. <u>Responsabilidad del vendedor por la no entrega de mercancías en el derecho romano clásico</u> .....	146
6. <u>La obligación del vendedor de entregar en la compraventa internacional desde la perspectiva del derecho romano clásico.</u> .....	148
7. <u>La responsabilidad del vendedor por incumplimiento en la compraventa internacional, desde un enfoque de derecho romano</u> .....	150
<u>VII. El Libro XVIII del Digesto.</u> .....	156
<u>Algunos casos del libro XVIII del Digesto y la aplicación práctica de los mismo a la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.</u> .....	159
<u>Título I. Sobre la contratación de compra, sobre los pactos concertados entre comprador y vendedor, y sobre las cosas que no pueden ser vendidas.</u> .....	159
<u>Título III. Sobre la cláusula comisoría.</u> .....	169
<u>Título VI. Sobre los riesgos y ventajas de la cosa vendida.</u> .....	170

**CONCLUSIONES. .... 176**

**FUENTES JURÍDICAS Y BIBLIOGRAFÍA..... 179**

**ÍNDICE DE FUENTES..... 182**

## INTRODUCCIÓN

Pretender entregar una teoría final acerca de la influencia del Derecho Romano en la legislación comercial internacional es algo que, ni remotamente, intenta dar este trabajo.

El objetivo del mismo es mucho más modesto pero, aún así, se reconoce que abarcar en integridad la inmensa influencia del Derecho Romano en algún área del quehacer normativo, sea nacional o internacional, es una tarea ardua y que precisa de un conocimiento omnicomprendivo de las particularidades de las instituciones que se encontraban vigentes en la antigua Roma.

Así entonces, el tema de esta memoria, que es el saber de qué manera la compraventa romana -con sus rasgos propios, exquisitos matices y detalles- ha influido en los convenios comerciales de carácter internacional que son parte del ordenamiento jurídico nacional por haber sido ratificados por Chile, en especial en lo relativo a intentar descubrir de qué manera el ánimo de lucro se manifiesta en la obligación de entrega del vendedor, en los pactos accesorios al contrato de compraventa y en el precio de la misma, es una labor que enfrento con optimismo y, a la vez, con una inmensa humildad, puesto que sé que han

escrito sobre el particular destacadísimos juristas de las más distintas latitudes y no puedo osar siquiera igualarme en la científicidad que éstos han colocado en sus obras.

La razón de abordar este tema se encuentra en la importancia que tiene para nuestro país el régimen jurídico de la compraventa internacional de mercaderías, debido a los sostenidos índices de crecimiento económico que ha presentado la nación desde los últimos 25 años. Esto porque es a través de la compraventa internacional de mercaderías, que se efectúa la gran mayoría de las transacciones que tienen por objeto la importación o exportación de bienes.

Para intentar justificar cómo se encuentran aún vigentes los principales rasgos romanos en los convenios comerciales internacionales que son ley en la república, se ha recurrido a la investigación de variados libros de la ciencia romanista y se ha procedido a comparar sus soluciones con la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías que es el texto normativo que por antonomasia regula el intercambio internacional de mercaderías en Chile.

Esta memoria se divide en tres capítulos. El primero de ellos, tiene por objeto adentrarnos en el derecho romano y conocer los conceptos, clasificaciones y desarrollo de las diferentes instituciones de este derecho que interesan a la hora de abordar el tema de esta investigación. Luego, en

el capítulo segundo se estudiará en detalle a la compraventa romana, con especial referencia a la obligación de entrega del vendedor, del precio en este contrato y de los pactos accesorios al mismo, analizando los casos del Digesto en los que se refieren a estos tópicos y de cómo el ánimo de lucro se contempla en los mismos. Para finalizar, en el capítulo tercero y luego de un acercamiento general al tema, se hablará de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y de cómo esta recoge los mismos principios y soluciones romanas vistas en el capítulo anterior, con especial referencia a los temas ya dichos, esto es, la obligación de entrega del vendedor, del precio en este contrato y de los pactos accesorios al mismo.

## **CAPÍTULO I.**

### **El sistema jurídico romano.**

#### **I. Generalidades.**

Dos son, mayoritariamente, en el ámbito de los sistemas legales imperantes en occidente los referentes obligados de cada ordenamiento jurídico nacional y del internacional.

El primero de ellos, del que es tributario casi la totalidad del Derecho imperante en Chile, es el Sistema de Derecho Civil, o también conocido como Sistema de Derecho Continental o de Derecho Romano Germánico y el otro, es el sistema llamado de “*Common Law*”. Estos sistemas descendieron del antiguo Derecho Romano y del antiguo Derecho tribal germánico, siendo modificado por costumbres eclesiásticas, feudales, comerciales y por modernas influencias sociopolíticas.

El “*Common Law*” es, esencialmente, el Derecho de Inglaterra y el Derecho de aquellos países en los que el Derecho de esta nación ha sido recibido voluntariamente o bien implantado por la fuerza en los procesos de Colonización que desarrolló desde el siglo XVI este país. Además de Inglaterra, los países que en estricto sentido se rigen por el *Common Law* son: Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, y las antiguas posesiones

británicas en el orbe. En los Estados Unidos, si bien se rigen por el *Common Law*, su ordenamiento difiere del tipo inglés en muchos aspectos.

Hay países, como los escandinavos (Islandia, Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega), que también tienen su sistema legal propio, que presenta cercanías con el *Common Law* y también con el sistema de Derecho Civil. También hay lugares, como en Escocia, Québec, Puerto Rico, las Islas Filipinas, Sudáfrica, Zimbabwe, Sri Lanka y las Islas Mauricio, en los que se instaló el *Common Law*, pero una tendencia opuesta se generó después del año 1920 y, en definitiva, en la mayoría de estas áreas el Derecho privado puede considerarse como cercano al patrón del sistema de Derecho Civil.

Como el objeto de este estudio es ver de qué manera la compraventa desarrollada por el Derecho Romano pervive en la actualidad en los convenios comerciales vigentes ratificados por Chile, el estudiar el sistema de Derecho del *Common Law* no forma parte de este trabajo, por lo que nos concentraremos en el sistema de Derecho Civil o Romano Germánico para entregar, primeramente, una aproximación general a este Derecho en particular.

Conviene iniciar esta exposición diciendo que la expresión “Derecho Romano” denotó, primeramente, la ley de la ciudad de Roma y la del Imperio Romano, más hoy, el término no se refiere meramente al Derecho de aquellas sociedades políticas a las que podía adjetivarse de

Romanas, sino que también a las instituciones legales desarrolladas por los romanos que han tenido influencia o se han recibido derechamente en el Derecho de otros pueblos en tiempos incluso posteriores a la desaparición del Imperio Romano en el siglo V d.C.; por ejemplo, en una gran parte de Alemania, hasta la adopción de un código común para todo el imperio en el año 1900, el Derecho Romano era, de hecho, el derecho que, en subsidio, debía aplicarse. Pero este Derecho, no era el Derecho Romano en su forma original, su base era el “*Corpus Iuris Civilis*” promulgado por el Emperador Justiniano, al que desde el siglo XI se le interpretó, desarrolló y adaptó a las nuevas realidades existentes en la sociedad medieval.

## **II. El derecho romano. Breve reseña del sistema.**

### **1. Introducción.**

Sin duda alguna, el Derecho Romano es uno de los factores principales de la cultura de occidente. Sobrevivió este Derecho, durante el transcurso de los siglos, como la forma elemental para la educación legal de los que han crecido en el sistema de Derecho Continental y, esto mismo, hace de garantía de tener una cultura jurídica seria; por esto es que se explica que el título que se concedió al Derecho Romano, como derecho “civil”, denote el carácter culto o “civilizado” de este derecho; luego, en la etapa del racionalismo europeo, se le reconocerá como la razón jurídica por excelencia o “*ratio scripta*”.

Producto obvio de la perfección de este sistema legal fue la suficiencia y jactancia de los expertos en el mismo, originándose en consecuencia una reacción de resistencia en el pueblo iletrado, por lo que determinados pueblos optaron por obviar totalmente al Derecho Romano; así por ejemplo en las Partidas Castellanas, en el BGB alemán, las Leyes Estatutarias y el *Code Civil* Napoleónico e inclusive el mismo *Common law* se intentó desconocer la influencia del Derecho Romano, pero es claro que estas legislaciones nacionales no habrían podido surgir sin tener como base la cultura jurídica romana.

Durante la edad media, el adjetivo “civil” se contrapone al Derecho de la Iglesia Católica o Derecho “Canónico”, que se combina con el Derecho Romano (*utrumque ius*), por lo que la compilación promulgada por el emperador Justiniano del Imperio Romano de Oriente, quiso reservar la categoría de Ley para las de carácter civil y los dictámenes de la Iglesia tomaron sólo un carácter de principios o reglas (cánones) cuya fuerza legal sólo podía derivar de una refrendación imperial. Esta obra de Justiniano se titula *Corpus Iuris “Civilis”* desde el siglo XV o XVI, después que también naciese una compilación para el derecho canónico llamada *Corpus Iuris Canonici*<sup>1</sup>.

Durante el periodo de la República (753 al 31 a.C.) estuvo el primer desarrollo del *ius civile*, que era el derecho que se aplicaba exclusivamente a los ciudadanos romanos o *cives*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Guzmán Brito, A. “Derecho Privado Romano”, Tomo I, p.59.

<sup>2</sup> “El *ius* suele ser calificado de *civile*. En el derecho arcaico se usó decir *ius quiritum*”.Guzmán Brito, A. “Derecho Privado Romano”, Tomo I, p.84 .

Un magistrado no podía simplemente aplicar el Derecho Romano a todas las personas, porque este era privilegio de los ciudadanos y, aún cuando no hubiese tenido esta dificultad, los extranjeros probablemente habrían tenido problemas para salvar el excesivo formalismo que caracterizaba al más temprano Derecho Romano. Por esto es que en la mitad del tercer siglo a.C., cuando Roma comenzó a tener provincias y los gobernadores provinciales administraban la justicia a los *peregrini* o extranjeros, se desarrolló otro tipo de Derecho desarrollado por los magistrados y gobernadores, los que eran responsables por la administración de justicia en los casos en que un extranjero estuviese involucrado y que se denominó *ius gentium*. Este *ius gentium* que los magistrados probablemente aplicaron, constaba de tres elementos: un ya existente derecho mercantil usado por los comerciantes del mar mediterráneo; aquellas instituciones del Derecho Romano que, después de haberse depurado de sus elementos formalísticos, podían ser universalmente aplicadas a cualquier litigante en un tribunal Romano independiente de su ciudadanía y; como último recurso, el propio sentido del magistrado de lo que era justo y equitativo. En el siglo III d.C. se extendió la ciudadanía a todo el imperio y las diferencias prácticas entre el *ius civile* y el *ius gentium* desaparecieron.

El Derecho Romano, como otros sistemas legales antiguos, adoptó originalmente el principio de la personalidad, en el que el Derecho del país se aplica sólo a los ciudadanos. El extranjero no tenía derechos y, a

menos que estuviera protegido por un tratado entre su Estado y Roma, podía ser considerado como si fuese una simple cosa.

En la auténtica concepción romana no hay individuos, sino personas, entendiendo por tales los representantes de un *gens* familiar: los Padres de Familia o *Pater Familias*. Conviene precisar que el Derecho Romano es un Derecho personalista más que individualista, entendiéndose esta última expresión como garantista de derechos inalienables a las personas por el hecho de ser tales; esto debido a que no puede hablarse de individualismo respecto de un ordenamiento jurídico que presupone seres humanos incapaces de ser sujetos de derecho, como los esclavos, o que tienen, aunque sea temporalmente, inhibido tal atributo, como el caso de los hijos no emancipados; por esta razón, la idea de un derecho individualista o protector de la persona humana queda negada dentro del sistema de Derecho Romano, puesto que el jurista romano no se empeñaba en cambiar los presupuestos sociales con los que operaba este Derecho, sino sólo buscaba encontrar la solución más ajustada a los conflictos reales que se presentaban en su medio social. Lo anterior, que parece en pugna con una idea omnicomprendensiva de lo justo, se mantiene hasta nuestros días y permite diferenciar, con claridad, al estudioso del Derecho, del político.

## **2. Evolución Histórica.**

### **2.1. Etapas De La Historia Del Derecho Romano.**

En esta historia del Derecho Romano se distinguen los siguientes periodos:

I) Época de Derecho Arcaico: Corre esta etapa desde la fundación de la ciudad de Roma en el año 753 a.C. y hasta mediados del siglo IV a.C. Este periodo se caracteriza por la rusticidad y limitaciones del Derecho, siendo el hecho más importante la fijación del derecho, hasta ese punto sólo basado en la costumbre no escrita, en la Ley de las Doce Tablas o Ley Decenviral, promulgada por una comisión legisladora en la mitad del siglo IV a.C.

II) Periodo de transición, en el que la labor jurisprudencial, por vía de la *interpretatio*, otorga una mayor capacidad de adecuación a la realidad de las normas contenidas en las Doce Tablas, iniciándose de esta manera la ciencia jurídica.

III) Desde mediados del siglo II a.C. y hasta la mitad del siglo III d.C. nos encontramos con la Época Clásica. Esta denominación encuentra su origen en la perfección y estilo de las construcciones jurídicas, coincidiendo con el auge del poderío romano, entre los años 130 a.C. y 230 d.C.. Estas fechas corresponden a la de la introducción, hacia el año 130 a.C., del procedimiento por fórmulas escritas típicas (*agere per formulas*) que posibilita el desarrollo del Derecho, y concluye en el año 230 d.C., teniendo como principal característica el florecimiento de la jurisprudencia y la importancia que cobra el Edicto del Pretor.

IV) Etapa del derecho Posclásico, que va desde mediados del siglo III d.C. y hasta el siglo V d.C., donde se vive un proceso de decadencia del Derecho y que coincide también con la división del Imperio Romano en Oriente y Occidente.

V) Posteriormente, y con el emperador Bizantino Justiniano en el siglo VI d.C. comienza la etapa del derecho Bizantino.

Si bien el Derecho Romano existe tanto en Oriente como en Occidente durante los primeros siglos de la edad media - en oriente a través de Basílicas en el siglo IX y en occidente por las legislaciones romano-bárbaras como la *Lex Romana Visigothorum* de Alarico II en el año 506 d.C.- el hecho de no haber desaparecido fue producto de un fenómeno de recepción de este Derecho que se produjo desde finales del siglo IX en la escuela jurídica de Bolonia donde empezó a estudiarse el *Corpus Iuris Civilis* con una fuerza nueva formándose una escuela, llamada de los “Glosadores”, cuyos representantes máximos son Imerio<sup>3</sup> y Acursio, en la que, a través de comentarios puestos a los márgenes de los textos se consignan las observaciones de los estudiosos. Más adelante y gracias a la escolástica, se inicia una corriente de escuelas jurídicas en el siglo XIV, llamadas de los “Comentaristas” o “Postglosadores”, entre los que destacan Baldo y Bártolo de Sassoferrato, en las que se comentan las glosas efectuadas por los juristas de los siglos XII y XIII, lo que permitió el nacimiento de una ciencia jurídica europea.

---

<sup>3</sup> Imerio nació el año 1050, en Bologna, Italia y murió en la misma ciudad el año 1125 o después.

Posteriormente, en el Renacimiento, los textos romanos comenzaron a ser estudiados como antecedentes para la reconstrucción de una realidad pasada y, al mismo tiempo, en Alemania se recibió este Derecho Romano a través del estudio y aplicación práctica del llamado *modernus usus pandectarum*.

En el siglo XVIII, con el iusnaturalismo racionalista, el estudio del Derecho Romano se vio fuertemente afectado e incluso en España se interrumpió totalmente su análisis dogmático, pero la aplicación de este Derecho en Alemania imposibilitó su olvido.

Gracias a Savigny, en los principios del siglo XIX, surge la Escuela Histórica del Derecho<sup>4</sup>, resultando un renacimiento del estudio del Derecho Romano, estudiándose éste ahora desde una perspectiva científica y, a al mismo tiempo, histórica.

Como en 1900 el Derecho Romano pierde su vigencia en Alemania por haberse publicado un Código Civil, la dogmática jurídica se abocó al estudio del nuevo Derecho Civil y el estudio del Derecho Romano sólo tuvo un carácter histórico, iniciándose una reconstrucción lo más fidedigna posible del Derecho Romano clásico, a través de la depuración de los textos de la jurisprudencia romana en los que habían

---

<sup>4</sup> La Escuela histórica propugnaba que todo el derecho se ha formado fuera de la autoridad legislativa; por ejemplo en la costumbre.

interpolaciones, que eran elementos ajenos al texto original debido a que los compiladores del *Corpus Iuris Civilis* recibieron la orden imperial de modificar los documentos antiguos para evitar las naturales disconformidades con la realidad jurídica vigente al momento de efectuarse su redacción y también debido a la escasa preparación de los compiladores y maestros de la época post-clásica, que reeditaron, muchas veces resumiendo, los libros de la vieja jurisprudencia. Como dice el profesor Guzmán Brito, en su “Derecho Privado Romano”, que *“ha sido un fructuoso resultado del moderno planteamiento de la ciencia romanística, liberada de la necesidad de estudiar las fuentes romanas en cuanto vigentes, después de su sustitución por los Códigos Civiles, descubrir cada vez más los principios, conceptos, métodos y sistemas desenvueltos por los juristas romanos en un arco de tiempo que comprende aproximadamente tres siglos y que llamamos clásico, [...], el esfuerzo de la moderna romanística crítica ha estado dirigido, [...], a buscar entender el derecho clásico en sí mismo a través del pensamiento de cada jurista y de acuerdo con sus propias categorías, porque ahora ya no se trata de aplicar y desarrollar un derecho vigente, como era el romano hasta el siglo XIX (en distintos momentos según los países), sino de recrear y comprender un derecho que no rige en cuanto tal, y su evolución”*<sup>5</sup>.

Conviene decir que los juristas romanos carecían de la sistemática que hoy posee el estudio del Derecho y que ésta ordenación se produce

---

<sup>5</sup> Guzmán Brito, A. “Derecho Privado Romano”, Tomo I, p 12.

con la escuela de los pandectistas alemanes, los que crearon la llamada Teoría General del Acto Jurídico (o negocio jurídico como se le conoce en la gran mayoría de los países con sistema de Derecho Continental<sup>6</sup>), en la que agruparon y estudiaron los elementos comunes del derecho objetivo, imponiéndose una clasificación y división de la materia conocidas hoy por todos y que trata de una parte general, el estudio de los derechos reales, una parte general de las obligaciones, el estudio particular de los contratos, el derecho de familia, el derecho sucesorio, y el estudio de las “acciones” que finalmente terminó por separarse del derecho civil, abordándose hoy en el derecho procesal.

## **2.2. Breve resumen acerca de la estructura política romana.**

Acostumbra hablarse de varios periodos en la historia de la configuración política romana; así, se habla de una Monarquía desde el año 753 y hasta el 509 a.C.; de una República desde este año y hasta el 27 a.C.; de un Principado hasta fines del siglo III d.C. y de una Monarquía Absoluta hasta el siglo V d.C..

La constitución republicana, que es el ordenamiento vigente en la época que más interesa a los fines de este estudio, opera con tres instituciones fundamentales, que son: la Magistratura, el Senado y el Pueblo.

---

<sup>6</sup> Sobre el distingo entre acto jurídico y negocio Jurídico ver Vial del Río, Víctor. “Teoría General del Acto Jurídico”, 5ª Ed. P.24.

a) Los Magistrados son los poseedores del *imperium* que en otro tiempo tuvieron los reyes y que es un poder absoluto al que los ciudadanos no pueden oponerse y que está limitado por tres factores: la temporalidad, la pluralidad y la colegialidad en el desempeño del mismo. En lo que a la temporalidad se refiere, las magistraturas normalmente duran un año. Sumada a esta circunstancia, se encuentra el hecho que aunque sea absoluto el *imperium*, sus detentadores son varios, por lo que habían varias magistraturas en Roma, como Cónsules, Censores y Pretores y también los Tribunos de la Plebe, que empezaron siendo los cabecillas de los plebeyos en sus secesiones, pero acabaron por ser considerados como magistrados naturales de la constitución republicana. Junto con estas dos características, se halla el hecho que las magistraturas no sólo eran varias, sino que cada categoría de ellas era ejercida por dos o más personas, repartiéndose de esta manera los poderes, y pudiendo los otros limitar las actuaciones de uno en especial a través del veto o *intercessio*.

Además, y junto a las magistraturas civiles, estaban las que ejercían las autoridades religiosas, ya que sin los auspicios o consultas de la voluntad divina, los actos políticos parecían quedar desprovistos de legalidad.

Los magistrados los elegía el pueblo y los que terminaban su periodo por causas ordinarias, entraban ahora a formar parte del Senado.

b) El Senado sólo tenía competencia en asuntos referentes a las relaciones internacionales y a la Hacienda, pero al ser la única institución de carácter permanente, se convirtió en el eje de la vida política republicana y sus dictámenes, aunque fuesen simples consejos, eran en la práctica mandatos para todos los ciudadanos.

c) El Pueblo, que se reunía en “asambleas comiciales” o en los “concilios de la plebe”, no podía juntarse ni tomar decisiones sino a través de una convocatoria de los magistrados de rango superior, limitándose a aprobar o no las candidaturas y propuestas de ley que se les formularan a través de los llamados plebiscitos.

Más adelante, en el inicio del Principado en el año 27 a.C., Augusto altera la tradicional forma constitucional, y creó una figura especial cuya autoridad provenía sólo de la reunión de unos cuantos títulos, cada uno de ellos legítimo, en una sola persona que era además el vencedor de una lucha y, por ende, el primero (*Princeps*) entre todos los ciudadanos. Esta concentración de poderes produjo, al poco tiempo, una abismante diferencia respecto a todos los demás poderes del Estado lo que fue el germen de la decadencia política romana. En el año 212 d.C., a través del Edicto de Caracala se incorporó, como ciudadanos romanos, a todos los súbditos del imperio, influyendo esta circunstancia de manera decisiva en la crisis del Principado.

Posteriormente, en los siglos IV y V d.C. se impone la idea de la monarquía absoluta al modo de oriente, creándose una inmensa

estructura estatal, sufriendo además el imperio crisis económicas e inflación lo que desembocó en la separación del mismo <sup>7</sup> y la posterior caída del de occidente <sup>8</sup>. Coetáneamente, las expediciones de los pueblos bárbaros desde el siglo III se hicieron insostenibles para Roma y terminaron en invasiones, creándose un regionalismo por este proceso de barbarización. Un último elemento, el Cristianismo, aunque no el decisivo por sí mismo, vino a debilitar la estructura política imperante, ya que si bien no implicaba un desprecio absoluto de todo lo estatal, sí lo desvalorizó al acabar con la idea de la divinidad del emperador, introduciéndose además una rivalidad entre este y el jefe de la iglesia.

### **2.3. Nacimiento Del *Ius***<sup>9</sup>.

En la primigenia idea romana, el Derecho, el *Ius*, es propiamente un conjunto de disposiciones que resguardan a los ciudadanos –*cives*- de las infracciones a la sana y antigua moralidad de los antepasados, los *mores maiorum*. Por ello es que los actos de los ciudadanos, tanto públicos como privados, se verificaban según esa norma antigua y las violaciones a estos *mores maiorum* constituían un pecado. Las autoridades religiosas, a través de los sacerdotes que constituían el colegio pontifical, eran las encargadas de corregir esas infracciones y con sus decisiones posibilitaban la consolidación y, a la vez, aclaraban el

---

<sup>7</sup> En el año 395 d.C. a la muerte de Teodosio el imperio romano fue definitivamente dividido entre el imperio de occidente cuya capital fue Roma y el imperio de oriente cuya capital fue Constantinopla.

<sup>8</sup> En el año 476 d.C. el rey bárbaro Odoacro depuso al último emperador romano de occidente, Rómulo Augústulo, lo que provocó el fin del imperio de occidente

<sup>9</sup> Para una noción del término “*ius*”, Guzmán Brito, A. “Derecho Privado Romano”, Tomo I, p.83 y ss. y Petit, Eugene. “Tratado Elemental de Derecho Romano”. P 26 y ss.

sentido y el alcance de los *mores maiorum*; de esto, se sigue que el derecho, la religión y la moral constituían un todo.

Estas decisiones sacerdotales que hacían cierto el contenido de las normas morales de conducta imperantes, dotaban a éstas de una fuerza obligatoria, sirviendo al mismo tiempo como precedente judicial de gran autoridad. Nace de esta manera el concepto de *ius*, que es lo que está mandado y, aunque su fuente sean los *mores*, se caracteriza por la fuerza obligatoria de la que los *mores maiorum* carecen.

El *ius* puede estar referido a los vínculos con una divinidad, hablándose entonces de “*ius sacrum*”, o las relaciones entre los hombres, y entonces de habla de “*ius civile*”, que es el *ius* de los *cives*”.

Según la concepción romana, todo lo que no está prohibido es *fas*. Lo que debe hacer el ciudadano es *Ius* y *fas* es lo no prohibido, pero el devenir del tiempo hizo que estos dos términos denotaran, respectivamente, la normatividad civil y la religiosa. Lo que contradice el *fas* es *nefastum* y constituye pecado y lo que pugna con el *ius* es *iniustum*. Siempre el *fas* opera, en una aplicación absoluta y permanente, pero el *ius*, puede suspenderse en su aplicación - como en los casos de legítima defensa o de calamidades públicas- a través de lo que llamaban los romanos *iustitium*, que es la interrupción del ordenamiento civil.

Con la escisión del derecho y de la religión, cuando los términos *ius* y *fas* cobran significados propios a fines del siglo IV y principios del

III a.C., la jurisprudencia se seculariza y las autoridades religiosas pierden el monopolio de la interpretación, administración y tutela del *ius*, haciéndose una función libre y pública que ejercen los “prudentes” que son aquellos que conocen lo que puede y no puede hacerse y que, además, aconsejan a los ciudadanos; estos “prudentes”, que conocen el *ius*, son los llamados *iuris prudentes*.

#### **2.4. Fuentes Del Derecho (Ius).**

La *iurisprudentia* es la primera fuente del *ius* siendo, además, una costumbre técnica cimentada en la efectividad del precedente, el que innovaba y llegaba a crear una nueva costumbre, lo que hizo superior al Derecho Romano, ya que creó una ciencia rigurosa, pero íntimamente ligada a la práctica, adaptable a la siempre cambiante realidad en que el Derecho se desenvuelve.

También, pero con una categoría más modesta y limitada, son fuente del *ius* las *leges publicae*. La *lex* era una declaración normativa, que puede provenir de los particulares, siendo sólo por ellos conocida y solamente entre ellos podía surtir efecto, por lo que toma el nombre de *lex privata*, o provenir de la aceptación del pueblo reunido en asamblea (comicios), llamándose entonces *lex publica*. Este distingo en la legislación que hacían los romanos, es el elemento que nos permite saber cómo los romanos diferenciaban el *ius publicum* y el *ius privatum*. Para los romanos, en consecuencia, todo el Derecho es *ius publicum* ya que

desde el momento en que las normas en que se funda, sea que procedan de la jurisprudencia o de la *lex publica*, son o pueden ser conocidas por todo el pueblo, porque son normas que, normalmente, se publicitan para todos los ciudadanos en inscripciones o que se proclaman por los jurisconsultos; además la *lex* es pública porque se trata tan sólo de la materialización de la antigua moralidad, y la moralidad es siempre pública y conocida.

Es en esta contradicción entre el espíritu conservador y tradicionalista romano, el que también se presenta receptivo a las innovaciones, donde se encuentra el secreto del Derecho Romano; este contrasentido se explica por la coexistencia del *ius civile* con el derecho de los magistrados, que se llama *ius honorarium* y principalmente el *ius praetorium*, lo que permitió la renovación constante del Derecho Romano.

El Pretor no creaba *ius*; sólo podía dar o no paso al litigio –*dare* o *denegare actionem*- y como directriz al público de lo que iba a ser su gestión, fijaba un *Edictum* en el que señalaba en qué ocasiones iba a admitir reclamaciones judiciales y, por este edicto, el Pretor confirmaba, suplía o corregía incluso el *ius civile*, convirtiéndose así en otra fuente del *ius* este edicto.

El derecho contenido en el edicto obedecía a la inspiración de la jurisprudencia y, a su vez, al ser objeto este edicto de nuevos comentarios

jurisprudenciales, acababa por convertirse en *ius civile*, ya que la jurisprudencia sí era capaz de crear *ius civile*. Por esto es que los límites entre el derecho civil y el derecho pretorio eran algo imprecisos y gracias a esto, el Derecho Romano pudo llegar a ser un derecho universal ya que a través del derecho pretorio se recogieron en el derecho civil instituciones imperantes en la práctica internacional del denominado *ius gentium* como, por ejemplo, las prácticas comerciales marítimas. En ello está la razón de por qué la época de esplendor del Derecho Romano coincide con la época del desarrollo imperial de Roma, desde el siglo II a.C. al siglo III d.C.

Este *ius gentium*, o derecho de gentes, era percibido como un verdadero régimen jurídico positivo, pero que por ser común a las naciones civilizadas se consideraba como *ius naturale*.

Más tardíamente, la aparición del *Princeps* aumentó el número de fuentes del *ius* y en ésta figura nueva estaba el germen de la reducción de las fuentes por el poder que éste paulatinamente empezó a adquirir en desmedro del resto de las fuentes.

Además de las fuentes del *ius* ya referidas, en ese momento histórico existían también como fuente los senadosconsultos que eran acuerdos de los senadores que se reunían en su asamblea, llamada *senatus*. Esta no tenía una función legislativa, pero la autoridad de sus integrantes, que se conformaba con ex magistrados, era inmensa y sus

simples consejos no podían ser desoídos por los magistrados en funciones, cuya responsabilidad podría ser investigada algún día ante este mismo cuerpo. Sin embargo, y según pasa el tiempo, más importancia cobra el *Princeps* y, a partir del siglo II d.C., los senadosconsultos se convierten en *orationes principis*, ya que la misma *oratio* o propuesta imperial del *Princeps* era ley desde la simple aprobación por los senadores, la que se convirtió en sólo una solemnidad. Como resultado de esto, los senadosconsultos no tardaron en desaparecer como fuente del derecho al igual que ocurrió, a los pocos años del principado, con las leyes y los plebiscitos, adquiriendo cada vez mayor importancia las *constitutiones principum*.

El poder del Príncipe comienza a desarrollarse con la facultad que éste tenía para dictar edictos como los otros magistrados, en la posibilidad de dictar sentencias (*decreta*) como cualquier juez particular y, también en que, como cualquier perito en derecho, pudiese responder las cuestiones jurídicas que se le formularan (*rescripta*). Sumada a ésta circunstancia, el hecho de haber empezado a acumular, paulatinamente, atribuciones en la creación del derecho, nació lo que se conoció como *ius respondendi*, que es el derecho de actuar públicamente como jurisconsulto. Los jurisprudentes particulares dejaron, poco a poco, de tener autoridad propia y sólo los autorizados por el Príncipe, que lo hacían en su nombre -“*ex auctoritate principis*”- podían responder las inquietudes de quienes les consultaban.

Cuando finalmente el *Príncipeps* acapara la totalidad de la fuerza creadora del *ius*, se creyó oportuno, bajo el imperio de Adriano<sup>10</sup>, fijar definitivamente el texto del Edicto del Pretor que se conoce como *Edictum Perpetuum*<sup>11</sup>, producto de la ausencia de modificaciones que éste presentaba, hecho derivado de la imposibilidad de los pretores de poder crear *ius*. Entonces, los juristas sólo trabajaron, mayoritariamente, en comentar este documento.

A mediados del siglo III d.C., la jurisprudencia, como se conocía hasta ese entonces, desapareció, ya que el *Princeps*, ahora Emperador, concentra toda la creación del derecho. De esta manera se contraponen a las *leges* o Derecho Imperial, el *ius vetus*, conformado por los antecedentes del antiguo Derecho Romano.

Existe además otro hecho de la mayor importancia, que hizo decaer definitivamente al Derecho Romano, derivado de la configuración sociopolítica del Imperio Romano. La gran expansión territorial del Imperio hizo que la aplicación práctica del derecho, en cada parte del Imperio desnaturalizara la pureza del Derecho legislado, haciendo surgir Derechos de carácter local, lo que se combatió hasta principios del siglo IV d.C., pero esta resistencia cesa a mediados del mismo siglo, ante la fuerza irrefrenable de las costumbres.

---

<sup>10</sup> Adriano gobernó entre el 117 y el 138 d.C.

<sup>11</sup> año 131 d.C.

Como consecuencia inevitable de las influencias del cristianismo, de la filosofía y de la retórica griegas, las invasiones bárbaras y las nuevas circunstancias económicas y sociales del Imperio, se modifican de manera notable los caracteres del Derecho Romano durante los siglos IV y V, transformándolo en una legislación antigua que no se condice con la realidad vivida y que hubiese desaparecido totalmente si no hubiese sido por la labor del Emperador del Imperio Bizantino del siglo VI, Justiniano.

Este Emperador, ayudándose de las escuelas jurídicas de oriente, como la de Berito ubicada en Siria, y con la asesoría de grandes maestros conocedores del derecho antiguo como Triboniano<sup>12</sup>, Teófilo y Doroteo, quiso reinstaurar la tradición jurídica de los romanos. El esfuerzo legislativo y restaurador de Justiniano, gracias al que el Derecho Romano se transmitió a la Edad Media, tuvo como resultado una codificación que se componía de 4 partes: unas “*Instituciones*” también conocidas como “*Institutas*” que sirven de introducción; una colección de fragmentos de obras de la antigua jurisprudencia que contienen la indicación del autor y libro de que fueron tomados, llamada “*Digestos*” o “*Digesto*” o “*Pandectas*”; el *Codex Justinianus*, que es una compilación de constituciones imperiales y una recopilación de las nuevas constituciones o “*Novelas*”, promulgadas con posterioridad al *Codex*. Son todas estas

---

<sup>12</sup> Triboniano muere, presumiblemente, el año 542 d.C.

partes las que, en definitiva, constituyen el “*Corpus Iuris*” o, como más tarde se le llamó, el “*Corpus Iuris Civilis*”<sup>13</sup>.

De muchísima importancia es esta obra para la inmortalidad del Derecho Romano ya que a través de su posterior estudio en la Edad Media fue posible hacer renacer al Derecho Romano.

### **2.5. El pretor en el derecho romano clásico.**

Si bien la figura del Pretor <sup>14</sup> se presenta importantísima dentro del Derecho Romano Clásico, la ingerencia de este en el proceso es, aparentemente, modesta. Este magistrado, a través de su potestad jurisdiccional (*iurisdictio*), sólo interviene para abrir un proceso, pero no lo decide.

En la época clásica, el proceso presenta dos momentos bien diferenciados; el primero, es una instancia de instrucción ante el Pretor, que se llama etapa *in iure* o de *iurisdictio*, y el segundo de ellos es el que tiene lugar ante un juez privado, quien es el encargado de sentenciar, que es la etapa *apud iudicem o iudicatio*.

Dentro de la primera etapa *in iure*, el momento decisivo de todo el proceso es el de la *litis contestatio*, que se realiza ante el Pretor, y que es

---

<sup>13</sup> Para informarse acerca del proceso de creación del Corpus Iuris Civilis, vid. Guzmán Brito, A. “Derecho Privado Romano”, Tomo I, p.50 y ss.

<sup>14</sup> La figura del Pretor se creó en el año 387 a.C.

un contrato en el que los litigantes fijan el objeto del pleito y manifiestan su voluntad de someterse al fallo de un juez elegido libremente; de no existir este contrato, no hay proceso.

## **2.6. El procedimiento jurisdiccional en Roma.**

### **2.6.1. Las acciones de la ley.**

Como el proceso jurisdiccional no es otra cosa que la renuncia a la autotutela, la violencia que ésta por definición encierra se manifiesta en este proceso, más palmariamente, en el sistema procesal primitivo de las *legis acciones* contenidas en la *Ley de Las XII Tablas o Ley de los Decenviros*, como también se le llamó. El que la venganza se eliminara por un acuerdo entre el ofensor y el ofendido, supone un gran adelanto en la construcción del derecho penal y tal acuerdo no sólo evitaba la venganza extrajurídica, sino también la que el mismo derecho aceptaba.

Esta etapa de las *Legis actionis* comprende desde el año 754 hasta mediados del siglo II a.C.; como ya se dijo, en esta etapa son los Pontífices los que interpretan el derecho y el proceso y la celebración de los actos jurídicos presentan todos un rígido formalismo jurídico. Históricamente este periodo comprende desde la Monarquía hasta la República; fue en aquella época en que “*la ley de las XII Tablas fijó un límite al ius, en cuanto a partir de ella no pudo considerarse con valor de tal más que a lo previsto en sus disposiciones. Esto se entiende porque*

*dicha ley estuvo presidida por una idea política: establecer un derecho mínimo igualmente aplicable a patricios y plebeyos (aequatio iuris)”<sup>15</sup> .*

Dentro de este tipo de procedimiento, la forma más antigua de *legis actio* era la llamada *per sacramentum* o *sacramento*. Tratábase esta instancia de un proceso doble, en el que ambas partes tienen posiciones iguales, y en la que se hacía depender de la sentencia del juez la pérdida de una cantidad apostada, que constituía el *sacramentum*. Existieron también otras acciones, más modernas, como la *legis actio per iudicis postulationem* y la *legis actio per conductionem*, en el que la *condictio* era un reclamo formal que hacía una parte a la otra, para obtener el pago de deudas de dinero o de otro objeto.

Existieron además otras acciones para la etapa ejecutiva de las sentencias; así, encontramos la *pignoris capio*, cuyo fin era el apoderamiento de bienes del vencido en el pleito, y la *manus iniectio* que no era más que una aprehensión material de la persona del deudor, haciéndose dueño de éste el vencedor del pleito, pudiendo incluso darle muerte, venderlo como esclavo o también encarcelarlo hasta que con su trabajo hiciera pago de lo que debía en la sentencia.

Presentaba este estadio procesal múltiples imperfecciones y una excesiva rigidez, “*mas por grandes que fuesen las imperfecciones de la ley de las XII tablas, realizó un verdadero progreso. En lo sucesivo,*

---

<sup>15</sup> Guzmán Brito, “Derecho Privado Romano”, Tomo I, p. 27.

*había una ley pública, aplicable a todos y, si es cierto que una nación está constituida cuando tiene una legislación que rige a todos los ciudadanos, puede decirse que la ley de las XII tablas muestra realmente la fundación de la ciudad romana”*<sup>16</sup>.

### **2.6.2. El procedimiento formulario o de *agere per formulas*.**

Es claro que el sistema de las acciones de la ley, tan parco y básico, no servía para una sociedad dinámica y en constante cambio como la romana y, hacia la época de los Gracos, una *Lex Aebutia*, probablemente posterior al 150 a.C. y la *Lex iulia iudiciorum privatorum* no anterior a Augusto, terminaron con el sistema de las *legis actionis* introduciendo en el procedimiento civil la práctica de fórmulas. Este procedimiento formulario tiene su origen en el *ius honorarium* y en el *ius gentium*, y se desarrolló desde mediados del siglo II a.C. y hasta la mitad del siglo III d.C.. Comprende este periodo, desde el punto de vista histórico, desde la República hasta la muerte de Papiniano en el año 212 d.C., condenado a muerte por orden de Caracalla y Alejandro Severo.

En este procedimiento formulario o de *agere per formulas*, la *litis contestatio* se reduce a la aceptación del demandado y del Pretor de una fórmula escrita. El demandado era citado a la presencia del Pretor a través de un trámite privado conocido como *in ius vocati*, en este momento el demandante solía indicar el motivo de su reclamación, el que

---

<sup>16</sup> Petit, Eugene. “Tratado Elemental de Derecho Romano”. P.50.

repetía nuevamente ante el Pretor en la *edictio actionis*, actuando éste como amigable componedor con el propósito de evitar el litigio. Por regla general, era preciso presentarse nuevamente ante el Pretor, obligando éste al demandado a prometer al demandante su presentación en la fecha señalada, mediante un contrato verbal llamado *vadimonium*, normalmente reforzado por fiadores, y que en la época clásica solía ser el primer trámite del proceso, bajo el apercibimiento de poner al demandante en posesión de los bienes del rebelde.

Habían varias maneras de no llegar al proceso; así, a través de la transacción (*transactio*), a través del allanamiento del demandado, o cuando no presentaba el demandado una cualidad imprescindible para la legitimación, lo que podía ser remediado previamente mediante una *interrogatio in iure*. Sin embargo, la circunstancia más frecuente por la que el proceso no tenía lugar era por la falta de aceptación de parte del Pretor de la pretensión del demandante, a través de lo que se conoce como *denegatio actionis*, ya al momento del demandante intentar su acción, el Pretor hacía un somero examen de viabilidad de la causa a través de la *causae cognitio*, decidiendo si daba o no lugar a la fórmula.

Si daba curso a la fórmula, debía fallar un juez elegido por los litigantes, es decir, un *iudex privatus*, un simple ciudadano, el que podía, al igual que el Pretor, pedir consejo a los jurisconsultos; si no había acuerdo en la persona del juez, las partes elegían a uno de los comprendidos en una lista de jueces, llamada *Album iudicium*,

confeccionada oficialmente y compuesta de personas de distintas clases sociales y, en último caso, se sorteaba un juez de esa lista, sin que el Pretor pudiera, bajo circunstancia alguna, designar uno.

El juez debía dar su opinión o *sententia* sobre el caso, habiendo previamente recibido las pruebas. Al momento de sentenciar, el juez tenía que sujetarse a la fórmula fijada en la *litis contestatio* y la comprobación del derecho también debía referirse a este momento procesal, pudiendo sólo condenar o absolver, puesto que la etapa de conciliación o acuerdo ya había terminado en la primera fase del litigio, ante el Pretor. Existía sí una morigeración a esta rigidez, a través de la posibilidad que el demandado tenía de cumplir voluntariamente, al conocer la opinión del juez en su *pronuntiatio*, y siempre antes de que fallase definitivamente en la *iudicatio*, y así evitar la condena.

#### **2.6.2.1. La fórmula.**

Según lo recién señalado, la fórmula fijaba la litis, por lo que era muy aconsejable redactarla en términos rigurosos, mediante la asesoría de un jurisprudente.

Constaba la fórmula de dos partes muy importantes. La primera de ellas era la *intentio* en la que se comprendía la hipótesis que afirmaba el demandante; y la segunda era la *condemnatio*, donde se ponía al juez en la única disyuntiva de condenar o absolver, según lo referido en la *intentio*.

Siempre la sentencia consistía en una cantidad de dinero, por esto es que todas las reclamaciones debían tener un interés estimable en dinero o *pecunia numerata*. Si bien esto puede parecer, prima facie, injusto al momento de reclamar el dominio de una cosa, no debe olvidarse que debido a la elevada suma jurada por el propietario, el poseedor vencido prefería siempre acudir a la restitución de la cosa reclamada. Si, aparte de la condena monetaria, el juez podía adjudicar derechos sobre la cosa litigiosa a las partes litigantes, era necesariamente porque se le había facultado a ello en la fórmula en términos especiales, que reciben el nombre de *adiudicatio*.

Como la fórmula entera no podía contener sólo las pretensiones del demandante, el Pretor, siempre que así lo quisiese, podía exigir al demandante que incluyera en la fórmula una posibilidad para que el demandado pudiese confrontar la *intentio*, a través de la *exceptio*; así el Pretor no sólo ayudaba al demandante mediante la *datio actionis*, sino también al demandado por el expediente de la *datio exceptionis*. Pero, recordemos, si el Pretor veía que la pretensión del demandante era injusta, sencillamente no daba curso al proceso mediante la *denegatio actionis*, contando el demandante con la ventaja de obviar uno de los efectos de la *litis contestatio* que era la preclusión o consunción procesal, ya que una acción contestada pero fracasada por la introducción de una *exceptio* se agotaba para siempre. Con el tiempo, el Pretor creó un medio

para evitar el efecto preclusivo de la *litis contestatio*, no ocupando la *denegatio actionis*, a través de una advertencia previa o *praescripto*.

Por las diversas partes de la fórmula y, consecuentemente, por todos los matices que ella admitía, nació una gran cantidad de acciones distintas destinadas a proteger las más variadas relaciones jurídicas, creando así el Pretor un nuevo y más flexible ordenamiento jurídico.

La falta de instancias superiores en el procedimiento romano para poder enmendar lo ordenado por el *iudex*, era subsanada por el Pretor por la facultad que tenía de dar o no paso a la ejecución de la sentencia, ya que para dicha ejecución era necesario intentar una nueva acción llamada *actio iudicati*. La apelación se introdujo recién cuando el *Princeps* empezó a fungir de juez, ya que su especial *auctoritas* le colocaba por encima de todos los demás ciudadanos, pudiendo revisar las sentencias dictadas por otros.

Consistía la ejecución en una aprehensión física de la persona del deudor hasta solucionar la deuda con su trabajo, puesto que la ejecución sobre los bienes era excepcional, lo que sólo se recogió posteriormente a través de la venta total del patrimonio del deudor al mejor postor y, más adelante aún, con el embargo especial de bienes.

### **2.6.3. Etapa de la *cognitio extra ordinem*.**

La concesión de la ciudadanía a todos los súbditos del imperio, en el año 212 d.C., hizo que careciera de razón de ser el sistema procesal típico de los ciudadanos romanos que en las provincias nunca había tenido aplicación, desapareciendo así el *ordo iudiciorum privatorum*, imponiéndose la *cognitio extra ordinem*, que era un procedimiento de carácter estatal.

En esta nueva etapa del procedimiento romano, desaparecen las etapas de *iurisdictio* y *iudicatio*.

La citación al demandado se hace ahora o por traslado oficial de la demanda, o bien por llamamiento que hace el magistrado a requerimiento del demandante. Ahora el procedimiento puede comenzar aún en rebeldía del demandado, ya que la relación procesal no surge de la *litis contestatio*, sino que de la obligación de acudir a la citación oficial, desapareciendo así los efectos de aquella, pero manteniendo su nombre.

Como desaparecen las etapas de *iurisdictio* y *iudicatio*, ahora el juez es el mismo magistrado su delegado, contando con una mayor amplitud para fallar el asunto, no encontrándose sujeto a la redacción de la fórmula. La condena no ha de ser precisamente una cantidad pecuniaria, pudiendo además la ejecución ser en especie por la coacción directa o *manu militari*. Ahora las acciones han dejado de ser particulares y diferenciadas, acabándose las diferencias formales entre unas y otras,

no habiendo más que una acción que se hace así genérica y que es la de reclamar la justicia del Estado.

### **III. Los contratos en el derecho romano.**

#### **1. Introducción.**

Antes de cualquier cosa, se precisa aclarar el exacto significado que los romanos atribuyeron a los términos convención (*conventio*), pacto (*pactum*) y contrato (*contractus*) que, a primera vista, pudiesen parecer sinónimos.

En el Digesto, Ulpiano<sup>17</sup> emplea las tres expresiones a que acabamos de referirnos; así dice que “*Pactum autem a pactione dicitur; inde etiam pacis nomen appellatum est et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*”.<sup>18</sup>

Los términos convención y pacto, tal como lo señala Ulpiano, eran para el Derecho Romano equivalentes y genéricos, designando el simple acuerdo de voluntades entre dos o más personas sobre una cuestión cualquiera. De esto, se sigue que la idea de acuerdo de voluntades los juristas romanos la denotaban con los términos *conventio* y *pactum*, indistintamente, y no usaban la expresión *contractus*.

---

<sup>17</sup> Ulpiano nació en Tiro en fecha desconocida y murió en Roma el año 228.

<sup>18</sup> “Mas dicese pacto, de pacción; de donde también se apellidó el nombre de paz. Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa”. D.2. 14. 1.1.2

A continuación, en el mismo párrafo del Digesto ya señalado, este jurista agrega que *“Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt ; nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locus colliguntur en veniunt ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiant decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat ; nam est stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.”*<sup>19</sup>

De aquí se desprende que el objetivo de la convención no se limitaba sólo a la creación de las obligaciones, ya que aquel no tenía otros límites que los que impone la naturaleza o la ley. Así, también es una convención el acuerdo de voluntades destinado a extinguir obligaciones y constituiría la base de todo acuerdo que tuviera por objeto crear, modificar, transferir o extinguir derechos<sup>20</sup>. A pesar de esto, el profesor Guzmán Brito dice que una convención no puede ser definida como un acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir obligaciones o derechos reales, porque tales efectos no dependen de la voluntad sino de la organización y estructura objetivas de cada acto, y

---

<sup>19</sup> “La palabra convención es genérica, perteneciendo a todo aquello sobre que para celebrar o transigir en un negocio consenten los que entre sí tratan; porque sí como se dice que convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos del ánimo consenten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer. Mas de tal modo es genérica la palabra convención, que, como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aún la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento”. D. 2. 14.1.3; Paulo, D. 2. 14.6

<sup>20</sup> Carames Ferro, “Curso de Derecho Romano”, p.146.

porque en la mayoría de los casos la sola convención no es suficiente para que objetivamente se produzcan dichos efectos<sup>21</sup>.

Ulpiano en consecuencia, hace equivalentes las expresiones “convención” y “pacto”, agregando que la “convención” es genérica en comparación al término contrato, señalando, desde el punto de vista de sus efectos jurídicos, una diferencia capital entre la convención (o pacto) y el contrato, al decir que *“Iuris gentium conventionem quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Sed et si in alium contractum res non, transeat, subset tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa debi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem”*, agregando que *“Sed quum nulla subest causa, propter conventionem hic constant non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem<sup>22</sup>”*.

De todos los textos recién transcritos se desprende que el término “contrato” lo aplicaban los romanos sólo a aquellas convenciones

---

<sup>21</sup> Guzmán Brito, A. “Derecho Privado Romano”, Tomo I, p.713.

<sup>22</sup> “Algunas convenciones de derecho de gentes producen acciones; otras excepciones. Las que producen acciones subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, sociedad, comodato, depósito, y los demás contratos semejantes. Pero si la cosa no pasare a otro contrato, y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso, que había obligación; por ejemplo, te di una cosa, para que me dieras otra; di para que hagas algo; esto es contrato, y de aquí nace una obligación civil. Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación, pero produce excepción”. D. 2. 14.7.1.2.4.

expresamente reconocidas como obligatorias, por estar dotadas de una causa civil y, al mismo tiempo, contar con una acción para poder reclamar su cumplimiento.

Conviene decir también, por otra parte, que el contrato en el Derecho Romano era la convención nominada que producía acción, y el pacto, aquella innominada que carecía de acción, otorgando sólo una excepción; pero con el transcurso del tiempo el pacto se asimiló al contrato, otorgándosele acciones para exigir civilmente su cumplimiento.

## **2. Concepto de Contrato.**

Como se acaba de consignar, en el Derecho Romano no todo acuerdo voluntario era un contrato, sino sólo las convenciones a las que la ley atribuía el efecto de originar obligaciones civilmente exigibles. Esta idea deriva del hecho que el antiguo *ius civile* no creó una teoría general del contrato sino sólo creó un catálogo de los mismos tomando en consideración a las convenciones sancionadas por la ley; es decir, aquellas que tenían causa civil y estaban protegidas con una acción para hacerlas valer, siendo sólo estos llamados, en la época clásica, *contractus*.

La *causa civilis*, que es la que configura a la convención como un contrato – y que no fue caracterizada por el antiguo derecho- se manifiesta en una forma particular de celebración del acto cuyo fin es el producir efectos jurídicos y donde se priorizan las solemnidades legales

respecto de cualquiera manifestación efectuada por las partes. De otra parte, la *actio*, era el expediente procesal que acompañaba a todo derecho para tutelarlos con eficacia jurídica ya que si no existiera, la relación jurídica carecería de un valor real por no contar con un mecanismo eficaz de hacerla efectiva.

A pesar del hecho que los jurisconsultos romanos no elaboraron una definición de contrato, Carames Ferro<sup>23</sup> aduce que podría extraerse de algunos pasajes de la jurisprudencia clásica, recogidos en el Digesto<sup>24</sup>, una definición romana de esta figura, diciendo que el contrato era “*una convención sancionada por el derecho civil (ius civile) por medio de acciones y que tenía un nombre*”. Pero esta definición no incluye a los llamados “*contratos innominados*” a los que la jurisprudencia clásica también dotó de acciones para su cumplimiento; por esto es que el mismo autor, completando su definición romana de contrato dice que “*es la convención que tiene una denominación especial (ej.: venta, locación, etc.) o en su defecto, una causa civil obligatoria (como sería la transmisión de la propiedad de una cosa: datio) y a la que el derecho sanciona como una acción*”. Esta definición, que sigue la antigua idea dominante en la época clásica del Derecho Romano, dice que el acuerdo de voluntades no es por sí solo suficiente para crear una obligación civil, sino que se requiere además que se cumpla con ciertas formalidades características y que dicho acuerdo esté provisto de acción.

---

<sup>23</sup> Carames Ferro, “Curso de Derecho Romano”, p.148.

<sup>24</sup> Ulpiano (D. 2. 14.7)

También Bonfante<sup>25</sup> define el contrato como “*el acuerdo de dos o más personas con el fin de constituir una relación obligatoria reconocida por la ley*”. *Contractus* sería entonces, para este autor y otros que le siguen en su doctrina, un *negotium* reconocido por el ordenamiento jurídico como fuente de obligación, que no implica necesariamente un acuerdo de voluntades o *conventio*. De la misma idea es Arangio Ruiz<sup>26</sup>, pero agregando que la palabra *contractus* se adapta sólo al negocio jurídico bilateral dirigido a crear un vínculo obligatorio<sup>27</sup>.

### **3. Clasificación de los contratos.**

El Derecho Romano creó varias categorías de convenciones civilmente obligatorias en su camino de reconocimiento a la validez de las distintas relaciones que formaban parte del campo contractual, agrupando estas categorías según sus elementos comunes. Así, tenemos las siguientes clasificaciones contractuales:

---

<sup>25</sup> Bonfante P., “Instituciones de Derecho Romano”, p.389.

<sup>26</sup> Arangio Ruiz, V., “Instituciones de derecho Romano”, p.325.

<sup>27</sup> Riccobono (“Corso di Diritto Romano”, p.254); Mayer (“Los Pactos: su eficacia jurídica en el Derecho Romano”, p.133 y ss.) y Pascual Voci (“Instituzioni di diritto romano, p.254) no concuerdan con la doctrina aquí señalada y propugnan la idea que ya la jurisprudencia clásica vio en la *conventio* el fundamento de la teoría general de los contratos y la estiman como el elemento esencial de los mismos, según ocurrió en el derecho justiniano, siendo bastante con el acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos. Pascual Voci dice que “*contrato es, en la rigurosa acepción romana clásica, la convención productora de obligación y garantizada por acción*”. Mayer incluso dice que “*contractus es todo acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear o extinguir derechos y obligaciones, no interesa que se trata de contratos solemnes o no solemnes, del derecho civil, del pretorio y del de gentes, den lugar a acciones o a excepciones*”.

### 3.1 Clasificación de los contratos según la manera de perfeccionarse.

Desde el punto de vista de la manera como se perfeccionaban o, lo que es igual, desde el punto de vista de la *causa civilis* a la que se reconocía la fuerza de convertir la convención en contrato, podían dividirse en cuatro grupos: *verbis, litteris, re y solo consensu*.

a) Los *verbis* (verbales) se perfeccionaban por el uso de las palabras solemnes o sacramentales, como es el caso de la *stipulatio* y de la *dotis dictio*. La fuerza vinculante de la *stipulatio* y su existencia dependía sólo de verificarse la formalidad de preguntar una parte y responder la otra, en términos solemnes, con lo que podían lograrse los más variados fines negociales. Era la *dotis dictio* una forma especial de constitución de dote, diferenciándose de la *stipulatio* en que no se contraía por una promesa y la aceptación consecuente (pregunta y respuesta, congruente y solemne), sino por solo una declaración simple de voluntad.

b) Los contratos *litteris* (literales) eran los que sólo se concluían mediante inscripciones o asientos estampados en los registros o *codex* que llevaban los ciudadanos, como el caso de la nomina *transcriptitia*. Existía esta forma contractual cuando una obligación, ya creada, se hacía constar en un libro cambiando a la persona del deudor o su carácter

jurídico. De esto se sigue que, siempre, la obligación literal tenía por fin la de novar otra<sup>28</sup>.

c) Contratos *re* (reales) eran los que se perfeccionaban por el consentimiento más la entrega de una cosa, como el *mutuum* (mutuo) o préstamo de consumo, el *commodatum* (comodato) o préstamo de uso, el *depositum* (depósito) y el *pignus* (prenda)<sup>29</sup>.

d) Los contratos *solo consensu* (consensuales) eran los que se perfeccionaban por la sola manifestación del consentimiento de las partes, no necesitándose ninguna formalidad, por lo que es sólo en este tipo de contratos donde era fundamental la voluntad, que hoy es la base de todas las obligaciones contractuales. Sin embargo, la fuerza obligatoria de este acuerdo dependía también de que las partes lo encaminasen hacia alguno de los tipos de contratos consensuales reconocidos por el derecho romano como eran la *emptio-venditio* (compraventa), la *locatio-conductio* (arrendamiento), la *societas* (sociedad) y el *mandatum* (mandato)<sup>30</sup>.

### **3.2 Clasificación de los contratos según su origen.**

Según su origen, los contratos se clasificaban en contratos *iuris civilis*, que eran los que sólo podían celebrarse entre ciudadanos

---

<sup>28</sup> Gayo, 3.128 ss

<sup>29</sup> Como contrato real menciona Gayo, en sus Instituciones, únicamente el *mutuum* (Gayo, 3. 90), pero en su obra de las *res cottidianae* o *aurae*, Gayo también menciona como contrato real al comodato, al depósito y la prenda (D. 44.7.1.3; 5 y 6), por esta razón se estima que la ampliación del número de contratos sea postclásica ya que la obra también lo es.

<sup>30</sup> Gayo, 3.90; 3.135; Inst. 3.14, pr.

romanos y contratos *ius gentium*, que podían celebrarse, además, entre ciudadanos y extranjeros o sólo entre extranjeros<sup>31</sup>. Eran de la primera clase los más antiguos contratos verbales, como el *nexum* y la *sponsio*. A los segundos, nacidos del desarrollo del comercio entre Roma y los otros pueblos y fortalecidos por la jurisdicción del pretor peregrino, pertenecen la *stipulatio*, y todos los contratos reales y consensuales.

### **3.3 Clasificación de los contratos según sus efectos.**

Atendiendo a los efectos que los contratos generan, se pueden clasificar, según la terminología moderna, en unilaterales o sinalagmáticos. Unilaterales son los que engendran obligaciones sólo para un contratante, como en el mutuo en el que el único obligado es el mutuario. Sinalagmáticos, a su turno, son aquellos que acarrear obligaciones para ambos contrayentes, pudiendo subclasificarse en sinalagmáticos perfectos, cuando desde su perfeccionamiento nacen obligaciones para ambas partes -como en la compraventa, la locación y la sociedad - y en sinalagmáticos imperfectos, cuando al concluirse el contrato nacían obligaciones sólo para una de las partes, pero que luego, por circunstancias posteriores y eventuales, podían también originarse obligaciones para el otro contratante, como en el depósito, el comodato, la prenda y el mandato.

### **3.4 Clasificación de los contratos según su naturaleza.**

---

<sup>31</sup> Gayo, 3.93; 3.133.

Considerando su naturaleza, los contratos se dividían en gratuitos y onerosos. Gratuito es el que da a uno de los otorgantes alguna ventaja sin pérdida o sacrificio de su parte - como en el mutuo- y oneroso en el que ambas partes hacen sacrificios recíprocos - como en la compraventa- pudiendo además ser estos conmutativos si contenían contraprestaciones ciertas o aleatorios si dependían sólo del azar.

### **3.5 Clasificación de los contratos según su dependencia con otro contrato.**

Otro criterio de clasificación de los contratos es en razón de la dependencia que entre éstos pudiera existir, dividiéndose en principales y accesorios. Principales eran los que tenían existencia propia, sin consideración a otra convención - como la locación o la compraventa- y accesorios los que sí dependían de otro contrato principal y que, por regla general, se constituían para la seguridad en el cumplimiento de estos, como la fianza.

### **3.6 Clasificación de los contratos según si tienen o no reconocimiento normativo.**

Según su calificación, los contratos podían ser nominados o innominados. Eran contratos nominados los que estaba provistos de una acción que contaba con un nombre propio, en relación al contrato del que se tratase y los innominados eran los que carecían de una acción propia reconocida por el derecho civil, por lo que la parte que

efectuó su prestación a favor de la otra incumplidora, podía exigirla mediante una acción común a estos tipos de contratos que era la *actio praescriptis verbis*<sup>32</sup>.

### **3.7 Clasificación de los contratos según las acciones que los amparan.**

Si se tienen en cuenta las acciones que amparaban a los contratos, estos se clasificaban en contratos de derecho estricto (*stricti iuris*) o de buena fe (*bonae fidei*), según las facultades conferidas al juez para interpretarlos. Eran de derecho estricto aquellos en que el juez, en el proceso interpretativo, debía ceñirse a lo expresamente convenido por las partes, sin consideración alguna a los elementos externos del contrato; los contratos de buena fe, por su parte, eran aquellos en los que para su interpretación y ejecución el juez contaba con una mayor facultad discrecional, debiendo resolver, por sobre todo, según la equidad y considerando la buena fe y la intención presunta de las partes, acorde al principio formulado por Papiniano: “*in conventionibus contrahentium, voluntatis potius quam verba spectari placuit*” o en las convenciones debe atenderse, más que a las palabras, a la verdadera voluntad o intención presunta de las partes.

Contratos de derecho estricto eran los *verbis*, los *litteris* y el *mutuum*.

---

<sup>32</sup> Papiniano, D. 19.5.1.pr; Celso, D. 19.5.2.M; Juliano, D. 19.5.3.

Contratos de buena fe eran el *commodatum*, el *depositum*, el *pignus* y todos los contratos *solo consensu*.

Puede decirse que, en general, todos los contratos unilaterales eran de derecho estricto; en cambio, todos los sinalagmáticos, tanto perfectos como imperfectos, eran de buena fe. Esta distinción se funda en que del contrato unilateral nacía sólo una obligación, debiendo en consecuencia el juez sólo acotarse al examen riguroso de esta, mientras que en el contrato sinalagmático, la obligación del demandado era correlativa a la del actor, por lo que era lógico que el juez pudiese indagar la forma en que había procedido este último en el cumplimiento de la obligación contraída, estando en consecuencia obligado a estudiar el contrato completamente, considerando todo lo que pudiera sugerirle la equidad.

#### **4. Desarrollo histórico de los contratos.**

En el antiguo derecho romano sólo se conocieron los contratos formales, debido a que no existía el distingo entre la voluntad y su manifestación exterior.

Pareciera ser que las dos formas más antiguas del obligarse en la antigua Roma fueron, primeramente, el *nexo* -que tenía por causa un préstamo de dinero- y luego la *sponsio*.

El *nexum* se realizaba mediante las formalidades llamadas “del cobre y de la balanza” o *per aes et libram* y se realizaba en una época en que los romanos desconocían las técnicas para acuñar la moneda, por lo que la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por un *librepens* o portabalanza, en presencia de cinco testigos; en el acto de formularse la promesa por el deudor, se pronunciaba una *damnatio*, en virtud de la cual éste comprometía su propia persona en garantía del cumplimiento del contrato, lo que autorizaba el empleo de la *manus iniectio* contra el deudor que no pagaba.

Hacia el año 428 de Roma la *lex Paetelia Papiria* prohibió que los deudores comprometieran sus personas en provecho del acreedor, pudiendo hacerlo sólo con sus bienes, y declaró libres a todos los ciudadanos declarados *nexos* que eran, de hecho, esclavos de sus acreedores, despojando al *nexum* de sus principales efectos por lo que poco a poco cayó en desuso hasta ser sustituido por la *sponsio*.

La *sponsio* consistía en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta hecha por el deudor, por medio del verbo *spondere*: *spondesne? Spondeo*, siendo una promesa verbal solemne por la que el deudor se obligaba al acreedor; con el transcurso del tiempo esta forma de obligarse se hizo ocupó también por los peregrinos, recibiendo ahora el nombre de *stipulatio*, favoreciendo y ampliando su campo de aplicación.

Posteriormente, y como ya se mencionó, nació un nuevo tipo de contrato, el *litteris*, que tiene su origen en los asientos hechos en los libros o registros (*codex*) de contabilidad que llevaban los antiguos ciudadanos romanos.

Como ha podido observarse, en esta etapa del derecho romano era siempre necesario el cumplimiento de alguna de las solemnidades prescritas por la ley para crear un vínculo jurídico obligatorio, siendo insuficiente el simple acuerdo de voluntades de los contratantes.

Sin embargo, más tarde y en razón del desarrollo de las relaciones económicas, las dificultades prácticas derivadas de la utilización de las rígidas formas solemnes se hicieron evidentes, por lo que se hizo necesario incrementar el número de contratos y simplificar las formalidades requeridas para que surtieran efectos.

Al pretor se deben, sin dudas, las constantes mejoras que experimentó el derecho contractual romano, ya que al buscar soluciones basadas en la equidad posibilitó la transformación de las normas jurídicas, acomodándolas a las exigencias de la vida diaria. Producto natural de esta circunstancia es el apareamiento de los contratos reales (*re*), que se perfeccionaban por la simple entrega de una cosa (*re*); los consensuales (*solo consensu*), que se perfeccionaban por el solo consentimiento de las partes, y, en general todos los denominados contratos de buena fe.

De los nuevos contratos que nacieron en el ordenamiento jurídico romano, en primer lugar y debido a que para los jurisconsultos romanos era el contrato por excelencia, debe mencionarse al *mutuum*<sup>33</sup> o préstamo de consumo, que reconoce su origen en el *nexum*, y que tenía lugar cuando una persona entregaba a otra cierta cantidad de cosas que se aprecian por su peso, número o medida, para que las consumiera y devolviera luego una cantidad igual de cosas de la misma calidad, siendo un contrato gratuito, unilateral y de derecho estricto.

Con posterioridad surgieron en el *ius civile* otros contratos como el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus* o prenda, todos contratos de buena fe y provenientes de la antigua *fiducia* que consistía en un pacto por el cual la persona a la que se le enajenaba una cosa se obligaba a volver a transferir su propiedad al enajenante, en cierto lugar y tiempo. En otras palabras, para concluir estos tres contratos se procedía así: la propiedad del objeto prestado, depositado o dado en prenda, se transfería al prestatario, al depositario o al acreedor, por *mancipatio* o *in iure cessio* y se agregaba un pacto por el cual el adquirente se comprometía a volver a transferir, en el tiempo oportuno, la cosa al propietario anterior, siendo éste el pacto de *fiducia*.

A menos que se pactara *fiducia*, la entrega de una cosa en comodato, depósito o prenda, no generaba ninguna obligación contractual, pero la negativa a la restitución configuraba un acto delictual, cuya sanción aseguró el pretor.

---

<sup>33</sup> D.12.1.

Luego, la sola entrega se consideró causa suficiente para generar una obligación civil, agregándose de este modo estos tres contratos al *mutuum*, como contratos *re*, pero con caracteres diferentes.

Acostumbra decirse que los contratos consensuales son más antiguos que el comodato, depósito y la prenda, pero más nuevos que el mutuo ya que, con seguridad, desde los primeros tiempos del procedimiento formulario se sancionaron estos tipos contractuales.

La *emptio venditio* o venta es, seguramente, el contrato consensual más antiguo ya que en un principio, cuando no existía la moneda, la venta se efectuaba mediante el cambio y al contado. Una vez que se introdujo la moneda, para realizar la venta el vendedor transfería al comprador la propiedad de la cosa vendida, por *mancipatio* o *traditio*, según los casos, pagándose el precio inmediatamente y, con el paso del tiempo, la *stipulatio* permitió hacer la venta de un modo distinto que al contado. Por intermedio de la *stipulatio* el vendedor se comprometía a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio, permitiendo crear relaciones civilmente obligatorias en los casos del arrendamiento y la sociedad.

A pesar de todas estas ventajas, el procedimiento de la *stipulatio*, protegida por una acción de derecho estricto, presentaba dificultades relacionadas con la apreciación de las deudas recíprocas, por lo que el

derecho civil acabó por sancionar la simple convención o acuerdo en los casos de venta, arrendamiento y sociedad.

El nacimiento de los contratos consensuales se remonta hacia mediados del siglo VII, puesto que el Pontífice Quinto Mucio Scaevola<sup>34</sup> cita ya, hacia esa época, entre las acciones de buena fe, a las que nacen de la sociedad, del mandato, de la venta y del arrendamiento.

Con el surgimiento y reconocimiento de los contratos consensuales, queda completa la panorámica que de los contratos en el derecho romano nos ofrecen Gayo y Justiniano, quienes dicen que ellos nacen por palabras (*verbis*), o por escrito (*litteris*), o por la entrega de la cosa (*re*) o por el solo consentimiento (*solo consensu*) de los contratantes, sin embargo, su evolución no termina aquí puesto que con posterioridad el derecho romano reconoció fuerza obligatoria a otras convenciones que no figuran en el número de contratos nominados, pero sin atribuirles el carácter de contratos, derogándose la regla que dice que el simple pacto no produce acción.

Algunos de estos pactos los recogió el derecho civil, como el *pacta adiecta* y los contratos innominados; otros fueron consagrados por el derecho pretorio, como en el caso del pacto de *constituto*, el pacto de juramento y el de hipoteca e incluso más, otros fueron recogidos en las constituciones imperiales, sancionadas durante el bajo imperio, como la

---

<sup>34</sup> Quinto Mucio Scaevola nació el año 140 a.C. y murió el año 82 a.C.

convención de dar entre vivos, la que tenía por objeto la constitución de una dote, conocidas con el nombre de pactos legítimos.

## **5. La buena fe o *bona fides*.**

### **5.1. El concepto de *fides* y la importancia en las relaciones jurídicas.**

Para comprender cabalmente el significado básico y sustancial del término *fides*, debe acudirse a la etimología de la palabra; sobre esto, el gran filósofo romano Cicerón nos dice:

*“Fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit quod dicitur”*<sup>35</sup> o *“Audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat quod dictum est, appellatam fidem”*<sup>36</sup>.

La *fides* es, entonces, “hacer lo que se dice” o “tener palabra”, concibiéndose como una cierta conducta mantenida en el tiempo y que se verifica entre los hombres, generando una “confianza” respecto del sujeto, titular de la *fides* y, por ello, “hombre de palabra”; es decir, cumplidor de sus compromisos.

El significado elemental de la expresión *fides*, entendida como la “lealtad a la palabra dada” por parte de quien es titular de la *fides*, se mantiene inmutable en las relaciones internacionales de Roma con el

---

<sup>35</sup> “Me parece que se cumple la auténtica etimología de *fides* cuando se hace lo que se dice”. Cicerón, “De Re Pública”. 4.7.21.

<sup>36</sup> “Osemos, sin embargo, imitar a los Estoicos que buscan con afán la etimología de las palabras y tengamos por bueno que *fides* se ha llamado así porque se hace lo que se dice”. Cicerón. De Off., 1.7.23.

resto de los pueblos, como en las que se desarrollan entre quienes son ciudadanos romanos o entre éstos y los que no gozan de ese *status civitatis*.

En el ámbito internacional, la “lealtad a los compromisos asumidos” se traduce, en lo general, en una función de protección que asume Roma respecto al pueblo vencido que ante una rendición total opta por colocarse bajo el amparo de la *fides* romana a través de un *foedus* o acuerdo; en el ámbito de las relaciones particulares, la *fides* se presenta como la “fidelidad a la promesa emitida”, la “lealtad a la palabra dada” para lograr el fiel cumplimiento de una obligación contraída o el desempeño de un determinado encargo.

La *Fides* es, precisamente una actitud de voluntaria auto limitación, de sumisión a algo, una devoción, una *religio*. El *foedus* o acuerdo creaba entre los contrayentes un lazo de vinculación recíproca de carácter religioso, por lo que la infracción de la *fides* era un acto impío que constituía un delito que debía ser sancionado por la guerra conforme a los preceptos religiosos.

Cuando dos jefes de familias (*cives*) realizaban un acto parecido al *foedus* en virtud el que se comprometían a observar una determinada actitud, el vínculo que nacía se llamaba propiamente *obligatio*, y su infracción era sancionada por una guerra simbólica, es decir, por una *actio*. La *obligatio* es en consecuencia una *religio* protegida por el *ius*

mediante una *actio* y no fundada exclusivamente en la *fides* siendo en consecuencia una vinculación jurídica y no sólo religiosa; este *vinculum iuris* podía surgir de un negocio pacífico encaminado a crear determinadas ventajas a favor de una persona sobre la actividad de otra o de un pacto pacificador, por el que una persona renunciaba a ejercitar venganza sobre otra, a cambio de una compensación patrimonial. Por esto se dice que la *obligatio* puede nacer o de un *contractus* o de un *delictum*, aunque en este último caso la *obligatio* no nacía originariamente del acto delictivo mismo, sino del pacto pacificador de compensación.

## **5.2. Nacimiento del concepto *bona fides*.**

La *fides* fue la base a todas las relaciones jurídicas, posibilitando la formación del acuerdo entre las partes y siendo, además, el referente inexcusable para el cumplimiento de las obligaciones correspondientes. La manifestación de esta *fides* se encuentra, con toda su potencia, en los llamados contratos de buena fe y sus correspondientes *iudicia bonae fidei*. La particularidad en este tipo de juicios se haya en que no se recurre a la mera *fides*, sino que se empieza a usar, en su lugar, un nueva expresión, la *fides bona* o *bona fides*, lo que queda de manifiesto en la fórmula utilizada en los *iudicia bonae fidei*: *oportere ex fide bona*.

En Cicerón el término *fides bona* se relaciona, a menudo, con fórmulas judiciales en los llamados juicios “de buena fe”: “*Iudiciis in*

*quibus additur ex fide bona*»<sup>37</sup> o “*Quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona*»<sup>38</sup>.

Conviene precisar que no pueden hacerse sinónimas, ni semántica ni jurídicamente, las expresiones *fides* y la *fides bona*, puesto que, al parecer el adjetivo *bona* incorpora alguna precisión en la acepción y, especialmente, en las funcionalidades jurídicas del término *fides*.

Lombardi<sup>39</sup> estima que la *fides bona* surge de la necesidad de contar con un “criterio típico, supraindividual”, que permita superar “los contrastes entre las interpretaciones diversas de la *fides*”. Precisa que la *fides bona* es un concepto netamente jurídico; esto es, “una creación procesal de la experiencia jurídica” romana cuyas característica más importante estriba en su naturaleza unitaria, jurídica y procesal.

Si las relaciones humanas carecían de un reconocimiento en el *ius civile*, producto de la ausencia de determinados formalismos, la *fides* obligaba a guardar lealtad a la palabra dada o a los compromisos adquiridos. Conviene agregar que no se trataba de obligaciones formales *ex iure civile*, sino de negocios del tráfico internacional, libres de toda forma, introducidos en el derecho romano por el pretor y en cuya base está la *fides*, el *fidem prestare* que afecta por igual a los ciudadanos romanos y a los que no lo son.

---

<sup>37</sup> “En los juicios es que se añade: según la buena fe”. Cicerón, De Off., 3.61.

<sup>38</sup> “Todo lo que era preciso que le diera e hiciera de acuerdo con la buena fe”. Cicerón, De off., 3.66.

<sup>39</sup> Lombarda, “Dalla fides alla *bona fides*”, p.179.

Al momento de recoger estas figuras en su edicto, el pretor otorga un reconocimiento jurídico a los mismos desde el ámbito de su tutela jurisdiccional, permitiendo a las partes el exigir su cumplimiento, no ya desde el *ius civile* sino desde el *oportere ex fide*, tecnicándolo luego con el agregado del adjetivo “*bona*”.

En consecuencia, la *fides* se transforma en el proceso en *fides bona* y ésta, en la sede jurisdiccional correspondiente, *bonae fidei iudicia*, no genera obligaciones pero sí responsabilidades, por lo que la *fides bona* obliga a los contratantes no sólo al cumplimiento literal de los compromisos adquiridos sino también, y aquí está su principal característica que conceptualiza a los contratos de buena fe, a todos los especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, en relación a la naturaleza de la relación jurídica y al fin perseguido por las partes.

El *consensus*, que genera el acuerdo entre las partes, también obliga a éstas al leal cumplimiento de la *conventio* entre éstas sin sujetarse a fórmulas civiles. La sinceridad de los compromisos adoptados por las partes en la *conventio* y la ausencia en estos de la mala fe o engaño son, en el *oportere ex fide bona*, elementos decisivos para entender el contenido y extensión del vínculos contractual.

Si se entiende la *fides bona* de esta manera, se posibilita concretar no sólo la existencia de la obligación, sino también el grado de responsabilidad de los contratantes, pudiendo ahora el *iudex* exigir todo

lo que entre ellos se haya llevado a cabo sinceramente, con honestidad, debiendo sancionar las acciones faltas de lealtad y las engañosas ejecutas en el cumplimiento del convenio.

Una vez que se reconocen jurisdiccionalmente las *conventiones* del tráfico internacional o también llamados “*negotia ex fide bona contracta*”, se conciben por el derecho romano clásico y sin perder sus características esenciales a contratos en el sentido de “*obligationes consensu contractae*”<sup>40</sup>.

La *fides bona*, nacida con su sentido propio en el *oportere ex fide bona* y en el *negotium ex fide bona contractum*, pasa ahora a los “contratos de buena fe”: “*Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat...*”<sup>41</sup>.

La *bona fides* como luego se verá, viene a tipificar a los llamados contratos consensuales y entre ellos a la “*emptio-venditio*” o compraventa, que constituye un caso privilegiado de “*negotium ex fide bona contractum*”, por cuanto en él se requiere de forma singular la buena fe a efectos de la posesión, por lo que se puede afirmar que la delimitación técnica más acabada de la buen fe se produce en aquellas fórmulas contractuales cuyo prototipo es la *emptio venditio*.

---

<sup>40</sup> Gayo, 33. 88-89.

<sup>41</sup> “La buena fe, que se exige en los contratos, requiere la misma equidad...”. D. 16.3.31.

### **5.3 Los contratos de buena fe y de derecho estricto**

Esta clasificación de contratos, como ya se ha adelantado, atiende a sus efectos y, especialmente, a las acciones que los protegen. La distinción sólo ofrece interés al derecho romano, puesto que no pasó al derecho moderno en el que todas las obligaciones se consideran de buena fe.

Para entender lo que es la acción, debemos recurrir a la clásica máxima de Celso, quien dice que “*La acción, pues, no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido*” (4.6.Pr.).

Este tipo de acciones se encuentran contenidas en los títulos XIX, XX, XXI y XXII del Edicto Perpetuo de Salvio Juliano.

Por su parte, los textos clásicos también hablan de las acciones de buena fe, de las que se nos han transmitido tres enumeraciones; la primera de ellas de Cicerón (De Ofic., III, 17), la segunda de Gayo (IV, 62) y la última contenida en las Instituciones de Justiniano (28, de act., IV, 6).

De las tres obras mencionadas, la enumeración contenida en las Instituciones de Justiniano constituye la más completa y, obviamente, la enumeración de Cicerón tomada por este del pontífice Mucio Scaevola, no podía comprender las acciones que el derecho civil no otorgaba aún en la época en que vivía el jurisconsulto.

En general se dice que, añadiendo la acción *fiduciae* citada por Gayo que cae en desuso bajo Justiniano, son acciones de buena fe las siguientes:

*Commodati, depositi, pignoratitia, fiduciae; empti, venditi, locati, conducti, pro socio, mandati; negotiorum gestorum, tutelae, familiae, erciscundae, communi dividundo, rei uxoriae; precriptis verbis.*

A esta lista añadían las Instituciones de Justiniano la de petición de herencia, que es una acción *in rem*, explicándose esto porque el juez tiene en esta acción poderes tan extensos como en las acciones de buena fe.

Como señalamos, en la fórmula de las acciones de buena fe, la *intentio* resulta siempre incierta y contiene las palabras “*ex fide bona*”, que permiten al juez decidir según la equidad; por ejemplo: “*quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere ex fide bona*” (Gayo, IV, &47).

En la acción *fiduciae* las palabras “*ex fide bona*” estaban reemplazadas por la expresión “*uti inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*”, y en la acción *rei uxoriae* por la expresión “*quod aequius melius erit*”.

Como es de suponer, los contratos de derecho estricto o *stricti iuris* son los que engendran obligaciones con un contenido preciso y

taxativamente determinado por la ley y en cuyo cumplimiento ha de atenerse sólo a lo que se haya prometido. Provenían estos contratos del derecho quiritarario o *ex iure quiritum* de la época primitiva, con su rígido formalismo que, además, exigía seguridad a las convenciones porque en esa época no podía haber otro medio de prueba que los testigos. Los contratos *stricti iuris* característicos son el *nexum*, la *stipulatio* y los *litteris*, todos unilaterales.

Las prestaciones a las que el deudor se obliga en estos contratos versan sobre un *certum*: entrega de una suma determinada de dinero, entrega de una cosa cierta, o de una cantidad de cosas que pertenezcan a un género preciso, transmisión de una cosa (*dare*), etc. en ocasiones también pueden ser prestaciones que versen sobre un *incertum*.

La característica más importante de este tipo de contratos era el amparo jurisdiccional que se les otorgaba, ya que estaban protegidos por acciones también llamadas *stricti iuris*, las que daban lugar a los *iudicia stricti iuris*<sup>42</sup>. En este tipo de juicios, normalmente la fórmula contaba con una *intentio in ius concepta certa*, ya que por regla casi absoluta la obligación de derecho estricto tiene por objeto un *certum* y cuando no se expresa en ella la causa que ha dado origen a la obligación, nos encontramos frente a una *condictio*, donde el magistrado determinará si se debe dar o no *Numerio Negidio* lo que pretende *Aulo Agerio*: “*Si paret*

---

<sup>42</sup> La expresión *actio stricti iuris*, es de origen justinianeo, siendo extraña a los clásicos también la designación de *iudicium strictum*.

*Numerium Negirium Aulo Agerio certum dare oportet*”. La función del magistrado sólo es el apreciar, con el más riguroso criterio y ateniéndose estricta y exclusivamente a lo acordado y si resulta probado que *Numerio Negidio* debe o no debe la cantidad pactada, debe condenarle en el primer caso o absolverle en el otro, resultando de esta premisa lo siguiente:

a) Para determinar la existencia o inexistencia de la obligación del deudor demandado, el juez sólo tomará en consideración los medios que sirvan en el *ius civile* de engendrar o extinguir una obligación, no pudiendo invocarse el dolo ni la violencia como vicios del consentimiento, ya que lo único que interesa saber para admitir su existencia era el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley.

b) El hecho de encontrarse en mora el deudor no modificaba su situación, ni producía por ejemplo la obligación de restituir los frutos de la cosa debida o de pagar intereses, ya que tendría que haberse acordado expresamente una estipulación al respecto.

c) Como la obligación es sobre un *certum* reflejado en la *intentio* de la fórmula, el fallo ha de referirse sólo a ese *certum*, por lo que si el acreedor ha reclamado más de lo que realmente se le debía (*plus petitio*) el juez debe absolver al demandado, ya que estrictamente no debe lo que se le demanda reclama; lógica consecuencia de esto es que el magistrado, una vez acreditados los hechos invocados por el actor, no podía aumentar o disminuir la condena basándose en la equidad, en la intención presunta de las partes u otras consideraciones, sino que debía limitarse a la aplicación estricta de la *condemnatio* contenida en la fórmula.

d) El momento que debe considerar el juez para apreciar si existe o no la obligación reclamada es el de la *litis contestatio*, no pudiendo invocarse hecho alguno acaecido con posterioridad que pueda afectar su existencia. Igualmente este momento importa para apreciar el valor de la cosa debida en aquellos casos en que el juez ha de proceder a su estimación, ya que el principio de la condena pecuniaria obliga a éste a realizar una *litis aestimatio*.

Respecto a los contratos de buena fe o *ex fide bona*, conviene decir que son aquellos que engendran obligaciones cuyo contenido no está, previa y precisamente determinado, ni por la ley ni por lo que se haya convenido o prometido. En estos contratos el deudor se encuentra obligado a todo aquello que la buena fe, la *fides*, demanda que se cumpla entre personas honradas, leales y mantenedoras de la palabra dada y de los compromisos contraídos; por tanto, la prestación versa siempre sobre un *incertum*: *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Esta incertidumbre la precisa el juez teniendo en consideración todas las circunstancias que concurran al caso concreto.

Los contratos de buena fe nacieron alrededor del siglo II a.C. producto de la actividad comercial Roma y los demás países del Mediterráneo. La protección jurisdiccional a estas convenciones la otorgó el pretor peregrino, el que no podía dar lugar a un *oportere* puro y simple, ya que no era una obligación del *ius civile*, pero sí a obligaciones

fundadas sobre aquella recíproca confianza que era necesaria entre comerciantes acostumbrados a encontrarse en los mercados de cada país.

El formalismo romano del *ius civile*, necesario para dar validez y reconocimiento a los actos jurídicos, se hace inoperante para recoger las nuevas especies de negocios y convenios que se celebraban en las tierras lejanas donde se efectuaba el comercio, muchas veces con gentes de otras razas y aunque el espíritu conservador de los romanos se resistió a reconocer la validez de estos acuerdos, castigó igual la mala fe de los individuos, como una falta de lealtad a la palabra dada. Finalmente, cuando la idea que estos acuerdos eran verdaderos contratos se impuso, la escuela de los sabinianos aconsejó su reconocimiento, apareciendo así en el derecho romano los primeros contratos de buena fe.

Estos contratos que estaban primero designados con la expresión estereotípica “*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*” se encontraban entregados al conocimiento del pretor peregrino en el que el *oportet ex fide bona* sólo aportó la particular ductilidad de poderse ajustar a los más sutiles matices de la voluntad de las partes y a las más variadas y exigentes circunstancias de la vida jurídica, lo que hizo de él un factor de primer orden en la evolución del sistema contractual romano <sup>43</sup>.

La principal característica de este tipo de contratos es el estar amparados por acciones de buena fe o *ex fide bona*, dando lugar a los

---

<sup>43</sup> Arangio Ruiz., V., “Instituciones de Derecho Romano”, p.333-334.

llamados *iudicia bonae fidei*<sup>44</sup>, en los que la fórmula contiene una *intentio in ius concepta incerta*, que dice así: “*quidquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*”, por lo que la obligación cuyo cumplimiento se demanda tiene un contenido incierto: “todo aquello que N°.N°. deba dar o hacer en favor de A°.A°. según la buena fe”, siendo el juez el que debe determinar el contenido preciso de esta obligación, tomando en consideración las circunstancias concretas que en cada caso se den, y atendiendo también a lo que la lealtad, la honorabilidad y la fidelidad a la palabra dada exijan a las partes ya que al intentar una acción de buena fe que derivaba de un contrato sinalagmático (perfecto o imperfecto) la misión del juez consistía en tener en consideración todas las relaciones de derecho que pudiesen originar del hecho; este *arbitrium* concedido al juez en los *iudicia bonae fidei* implica lo siguiente:

a) Para determinar la existencia de la obligación el juez debe considerar tanto los contratos formales típicos del *ius civile*, como los no formales originarios del derecho de gentes y que, a través de la jurisdicción del pretor, llegaron a ser recibidos por aquel. Es a través de estos contratos que el pretor, ayudado de los jurisconsultos, comenzó a dar fuerza jurídica a los imperativos morales que la *fides* imponía, por ello es que el juez, tomando en cuenta las exigencias del tráfico mercantil para determinar los límites y la extensión de la obligación contraída,

---

<sup>44</sup> Gayo, 4.62, nos da un catálogo completo de estos juicios de buena fe, diciendo que son: el de compraventa, el de arrendamiento, el de gestión de negocios, el de mandato, el de depósito, el de *fiducia*, el de sociedad, el de tutela y el de recuperación de dote. También véase Cicerón, De Ofic., 3.15.61.

atiende “más a los hechos que a los dichos”<sup>45</sup>; es decir, prefiere el espíritu y la intención de las partes que las palabras pronunciadas y en su virtud, valora el comportamiento de las partes, examinando incluso de oficio si alguna de ellas ha incurrido en dolo.

b) En los *iudicia bonae fidei* se permite al juez tener en cuenta las obligaciones recíprocas de las dos partes contratantes y fijar la condena del demandado admitiendo una eventual compensación que pudiese hacer valer el demandado en contra del demandante, derivada de la misma obligación<sup>46</sup>.

c) Las excepciones que haga valer el demandado puede el juez aceptarlas incluso si no han sido contenidas en la fórmula, por lo que los pactos convenidos entre las partes (*in continenti* y *ex intervallo*) son tenidos en cuenta por el magistrado como el contenido propio y preciso de la obligación<sup>47</sup>. Al respecto, los pactos que hayan convenido los contratos son tenidos en cuenta por el juez como si formasen parte del mismo contrato.

Los pactos adjuntos al contrato (*pacta adiecta*), tanto si se acuerdan en el mismo momento de contratar (*pacta in continenti*) como posteriormente (*pacta ex intervallo*) son verdaderas leyes privadas que llenan o complementan el contenido de la obligación contractual, y a pesar de no dar ellos mismo nacimiento a una acción, quedan cubiertos por la misma acción contractual.

---

<sup>45</sup> Pomponio, D. 18. 1.6.1.

<sup>46</sup> Gayo, 4.61.

<sup>47</sup> Paulo, D. 18.5.3; Ulp., D. 2.14.7.5.

d) La buena fe permite al juez estimar con menos rigurosidad la responsabilidad del deudor, permitiéndole atender a la situación de la relación en el momento de la sentencia y no de la *litis contestatio*, por lo que el deudor puede siempre satisfacer al demandante e incluso salir absuelto si existe una imposibilidad, no imputable a dolo o culpa de su parte, de cumplimiento. En estos *iudicia bonae fidei* se impuso el principio de que “todos los juicios son absolutorios” (*omnia sunt absolutaria*), lo que implica que el deudor puede siempre evitar la condena pecuniaria restituyendo el objeto del litigio al demandante.

e) El juez al apreciar el interés del demandante al momento de dictar la sentencia, puede tener en cuenta no sólo la pérdida patrimonial (daño emergente) sufrido por culpa del deudor, sino también los incrementos que hubiera podido obtener si el deudor hubiere cumplido a tiempo (lucro cesante), pudiendo condenar al demandado a restituir el valor de los frutos percibidos desde que se incurre en mora por culpa, cuando la cosa debida los produjo y también a pagar intereses moratorios, cuando la deuda es dinero.

Todas las diferencias que se acaban de consignar entre los contratos de buena fe y los de derecho estricto, que son más bien de índole procesal, desaparecieron con el tiempo, por lo que la distinción entre ambos tipos de contratos perdió su sentido originario, puesto que el pretor, haciendo uso de soluciones basadas en la equidad, concedió al deudor de una obligación *stricti iuris*, una *exceptio doli* si comprobaba que había sido objeto de maniobras dolosas por parte del acreedor y al

que demostrare haber sido inducido a contratar por medio de la violencia, la *exceptio quod metus causa*, convirtiéndose éstas en las herramientas que posibilitaron el equilibrio entre las obligaciones de derecho estricto y las de buena fe, si bien subsistió aún una diferencia ya que en los contratos de derecho estricto las excepciones debían ser opuestas en la primera etapa del procedimiento (*in iure*) debiendo insertarse en la fórmula, mientras que en los de buena fe podía el juez tenerlas en cuenta en la segunda etapa (*in indicio* o *apud iudicem*) para juzgar según la equidad, desapareciendo definitivamente esta diferencia con la abolición del procedimiento clásico. Lo mismo sucedió con la compensación desde que un rescripto del emperador Marco Aurelio permitió al deudor de una obligación de derecho estricto oponer, mediante la *exceptio doli*, a la acción del acreedor que lo perseguía por la totalidad de la deuda una que aquel tuviera en contra de este. Ya en la época justiniana también ocurrió algo semejante con los pactos, puesto que el pretor permitió hacerlos valer aún en las obligaciones de derecho estricto, mediante una *exceptio pacti*.

Conviene por último, señalar que las *Institutas* de Justiniano se refieren a esta clasificación de los contratos al tratar de las diversas clases de acciones; así, en el Libro IV, Título 4, párrafo 28, dicen: “*Más unas acciones son de buena fe, y otras de derecho estricto. De buena fe son éstas: la de compra, de venta, de arrendamiento, de gestión de negocios, de mandato, de depósito, de sociedad, de tutela, de comodato, de prenda, de partición de herencia, de división de bienes comunes, de praescripta*

*verbis, la que se da por lo estimado, la que compete por la permuta y la petición de herencia...”. Todas las demás acciones serían, contrario sensu, de derecho estricto. Y en el párrafo 30 del mismo libro y título se agrega: “Más en las acciones de buena fe, se entiende que se atribuye al juez libre facultad para estimar, según lo bueno y lo equitativo, cuanto deba restituirse al actor. En lo que se comprende también, que si a su vez debiese el actor pagar alguna cosa, hecha la compensación, deba ser condenado por el resto aquel contra quien se reclamó. Pero también se admitió la compensación en las acciones de derecho estricto en virtud de un rescripto del divino Marco, una vez opuesta la excepción de dolo malo. Pero una constitución nuestra atribuyó mayor amplitud a las compensaciones que se fundan en un derecho evidente, para que de pleno derecho disminuyan las acciones, ya reales, ya personales, ya otras cualesquiera; excepto sólo la acción de depósito[...].”*

## **CAPÍTULO II**

### **La compraventa romana, en especial la obligación de entrega, el precio y los pactos accesorios.**

#### **I. Generalidades.**

##### **1. Aproximación al tema en estudio.**

En todas las ramas del derecho hay instituciones básicas que son supuestos claves de referencia y ordenación dentro de las mismas. En el derecho de las obligaciones es el contrato de compraventa el que adopta este carácter por antonomasia, por lo que ha aparecido siempre cuidadosamente disciplinada por el legislador.

Esta importancia radica en que el traspaso de bienes y servicios entre las personas y entre las comunidades políticas obedece casi en su totalidad a este dispositivo jurídico, incluso desde las más tempranas etapas de la humanidad.

En este capítulo se caracterizará a la compraventa romana y se consignarán sus particularidades para, luego, en el capítulo siguiente entender cómo estos rasgos propios se manifiestan hoy en la legislación comercial internacional de la que forma parte la chilena. Especial interés

tiene para el objeto de este estudio el explicar de manera detallada cómo el ánimo de lucro se manifestó en la legislación romana del contrato de compraventa; para tal efecto se tratarán en detalle, a través de los casos contenidos en el Digesto, las obligaciones de entrega del vendedor, el precio en este contrato y los pactos accesorios al mismo, para ir viendo cómo el principio del lucro se hace presente en cada una de sus particularidades, para terminar por concebir a la compraventa romana como un contrato de carácter mercantil.

El devenir del contrato de compraventa está en directa relación a la evolución cultural. Por ello entonces es que en los primeros estadios de la evolución humana, el lugar de la compraventa lo ocupó la permuta, que probablemente dio satisfacción al espíritu de trueque y a la necesidad de intercambiar bienes; esta modalidad sólo vale para las primeras etapas de la civilización porque es extremadamente dificultoso que lo que uno no quiere dentro de su patrimonio lo quiera otra persona que, a su turno, sea dueño de un bien del que no precise y sea uno el que lo necesite; además, se hace presente aquí el problema de estimar como equivalentes los bienes objeto del intercambio. Por esto, sólo el logro de una medida de valor generalmente aceptada (la que en su primer momento fue el ganado, que fungía de moneda o "*pecunia*") esconde el antiguo cambio de cosa por cosa y empieza a tomar forma la institución que después, y hasta nuestros días, se hubo de convertir en la principal herramienta jurídica para lograr el intercambio de bienes y servicios: la compraventa.

Amparado el intercambio por el derecho y recogiénolo en el principal vehículo que para tal efecto existe, la compraventa, ésta evoluciona conforme lo hace la cultura de los pueblos. Así, en un primer momento, existió la *compraventa natural* o *manual*, la que no precisa de sutilezas jurídicas; es el canje inmediato de precio y mercancía; y en la entrega simultánea de ambas se manifiesta toda su sustancia. Luego, y cuando el derecho de las obligaciones opere en propiedad, nace la *compraventa consensual* que responde, ahora sí, a un agudo y preciso sentido jurídico. No se sabe con precisión cuándo y de qué forma esto ocurrió, pero de la gran cantidad de teorías que sobre el particular se han formulado, la más aceptada es la de del jurista alemán Von Ihering quien sostiene que para llegar a la venta consensual, tuvieron los romanos que acudir al mecanismo del contrato verbal mediante una doble “*stipulatio*”; una para que el comprador se hiciese acreedor de la cosa (“*emptio*”), y otra para que el vendedor se hiciera acreedor del precio (“*venditio*”), justificándose así que se formara el contrato con el nombre compuesto de “*emptio venditio*”<sup>48</sup>. Posteriormente, en tiempos de Justiniano, se descubre ya el perfil propio del contrato, el que ha sido mantenido durante el transcurso de los siglos gracias al inmenso aporte que efectuó la jurisprudencia romana.

La historia del derecho romano, prolífica en instituciones propias que exportó a otras culturas de la antigüedad, hace una excepción en

---

<sup>48</sup> El profesor Guzmán Brito observa esta hipótesis diciendo que “Esta hipótesis es la que cuenta con el mayor favor de los autores; pero supone una anticipación del proceso de caída de la forma estipulatoria para dejar el consenso al descubierto, que sólo tuvo lugar hacia principios de la época postclásica”. Guzmán Brito, A., “Derecho privado Romano”, Tomo II, p.126.

materia de legislación comercial puesto que las más incipientes figuras de derecho comercial romano se tomaron de los fenicios y de los griegos.

En la legislación romana no existió el derecho comercial autónomamente. *El ius gentium*, que era el sistema legislativo aplicable a los extranjeros y a los romanos que contrataban con ellos, se revela como un derecho internacional más dúctil que el *ius civile* y con procedimientos más ajustados a las necesidades que imponía el comercio.

Las primeras instituciones jurídicas de carácter comercial que se encontraban vigentes en Roma, fueron la *lex Rodhia ex Iactum* (o también conocida como Ley Rodia de la Echazón), y el *Nauticum Foenus* de origen fenicio y griego respectivamente; el primero de estos estatutos encuentra su origen en la práctica comercial de los fenicios, siendo el antecedente de la echazón que ha pasado a los códigos modernos bajo la figura de la “avería común” o “avería gruesa”, que regula el régimen jurídico de quien soporta los perjuicios relativos a la carga que irrogan los gastos o sacrificios extraordinarios o imprevistos derivados de los riesgos inherentes a la navegación marítima, sea que se haya contratado o no antes de efectuarse la expedición<sup>49</sup>.

## **2. Las res mancipi y las res nec mancipi.**

---

<sup>49</sup> El artículo 1.095 del Código de Comercio chileno dice que “Constituyen avería gruesa o común los sacrificios o gastos extraordinarios e imprevistos, efectuados o contraídos intencional y razonablemente, con el objeto de preservar de un peligro común a los intereses comprometidos en la expedición marítima”.

Antes de iniciar el estudio de la compraventa romana y de cómo se manifiesta en esta el ánimo de lucro de los contratantes, conviene precisar que los romanos tuvieron su estatuto propio para las cosas, clasificándolas según diversos criterios<sup>50</sup>. Lo primero que debe consignarse es que la palabra *res* que usaron los romanos para señalar a las cosas, se aplicaba a cualquier objeto cuya corporeidad se manifestase en materia, sea natural o artificial producto de la obra del hombre. Al respecto formularon variadas distinciones que atendían a diversos criterios clasificatorios, siendo el que más importa a los efectos de este estudio el que diferenciaba entre las *res Mancipi* y las *nec Mancipi*. Esta diferencia proviene de muy antiguo y el elemento que configura a cada una de ellas y sirve para discriminarlas entre sí es el que atiende a los modos de adquirir la propiedad de cada uno de estos tipos de cosas, adquiriéndose la de las primeras a través de la *Mancipatio* o de la *in iure cessio* y la de las segundas a través de la *traditio*<sup>51</sup> o simple entrega. Las *res Mancipi* son las cosas del *Mancipio* y las *nec Mancipi* son las que no son del *Mancipio*. Las *res Mancipi* era un número determinado de cosas; a saber: los *fundi Italici* que eran los fundos ubicados en Italia y sus edificios, los esclavos, los animales de tiro y carga y las servidumbres rústicas de los fundos itálicos; todo otro bien no comprendido en la enumeración taxativa recién señalada era *nec Mancipi*<sup>52</sup>. La *Mancipatio*

---

<sup>50</sup> Para una visión completa del estatuto real en Roma, v. Guzmán Brito, A., "Derecho privado Romano", Tomo I, p.429 y ss.

<sup>51</sup> Durante la época del imperio, prosperó la distinción entre cosas muebles e inmuebles la que, en definitiva, terminó por sustituir a la que distinguía entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*.

<sup>52</sup> Gayo Inst. 2.14 a-17; Tit. Ulp. 19.1.

era un rito arcaico que se celebraba ante cinco testigos, todos ciudadanos romanos, y un *librepens* (que pesa el metal y sujeta la balanza), en cuyo acto se efectuaba una venta de carácter real y solemne. En la ceremonia participaban un vendedor o *mancipio dans* y el comprador o *mancipio accipiens* que mediante una declaración formal afirmaba que la cosa era suya por el derecho quirritario, luego entregaba una cantidad de cobre - que es dinero y además el precio de la venta- al *librepens* quien lo pesa y lo entrega al *mancipio dans* al tiempo que golpeaba la balanza con un trozo de cobre denominado *aes rudaе*. Este acto traslativo de dominio, privativo de los ciudadanos romanos o *cives* y de quienes, no siéndolo, gozaban del *ius commercii*, era legítimo y basado en la ley en cuanto a las formalidades y sus efectos, por lo que no podía estar sujeto a modalidad alguna; en la época clásica, gracias a la acuñación de la moneda por parte del Estado, el rito no desapareció, pero ahora se pesaba de manera simbólica el precio (puesto que bastaba con contarlo) por lo que sólo el efecto atributivo del dominio que tenía el acto pervivió y se empezó a ocupar para múltiples fines. Por su parte, la *in iure cessio* era un juicio simulado y abstracto<sup>53</sup> del que los romanos se sirvieron para transmitir la propiedad de las *res Mancipi* y que consistía en acudir ante el pretor o el gobernador provincial según correspondiera, y decir allí el que iba a adquirir la cosa que ésta era de él por el derecho quirritario, preguntando a continuación el pretor si el dueño se oponía, a lo que este contestaba que no o simplemente callaba, adjudicándosele por parte del

---

<sup>53</sup> Como es abstracto, significa que la causa no importa a efectos de la validez del mismo, por lo que puede tener como causa “a cualesquiera negocios que necesiten el complemento final de una transferencia”. Guzmán Brito, A., “Derecho privado Romano”, Tomo I, p. 531.

pretor la cosa al que la alegaba como propia. La *traditio* era la simple entrega de la posesión de una cosa, lo que unido a una *iusta causa traditionis* producía la transmisión de la propiedad; podía este negocio ser efectuado sólo por los que contasen con el *ius commercii*.

### **3. El concepto de lucro<sup>54</sup>.**

La palabra “lucro” deriva del latín “*lucrum*”. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>55</sup> define al verbo lucrar, en la acepción que aquí nos interesa, como el “ganar o sacar provecho de un negocio o encargo”; por su parte, define al lucro como la “ganancia o provecho que se saca de algo” y el diccionario Pequeño Larousse<sup>56</sup> de define al lucro como la “ganancia o provecho que se obtiene de algo, especialmente de un negocio”.

En general, puede decirse que el concepto de lucro está asociado a dos elementos importantes: en primer lugar, a la obtención de utilidades o excedentes económicos y en segundo término, a la distribución de dicha utilidad o, en su caso, el soporte de las pérdidas, entre las personas que participan en el capital de una entidad determinada.

Es este espíritu el que, estimo, se encuentra presente en la compraventa romana, lo que permite caracterizarla de mercantil según se

---

<sup>54</sup> V. infla. P. 81.

<sup>55</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª Edición, 2001.

<sup>56</sup> Diccionario Pequeño Larousse, Edición 2000.

verá más adelante, ya que permite el intercambio de los bienes entregando incentivos, por ejemplo a través de la regulación del régimen de la responsabilidad en la contratación, para que los actores operen libremente en el marco jurídico, asegurándoles un conjunto de derechos para que, en el caso de incumplimiento de su contraparte, su patrimonio quede indemne de todo menoscabo.

## **II. El contrato de compraventa<sup>57</sup> o *emptio venditio*<sup>5859</sup>, en especial la obligación de entrega, el precio y los pactos accesorios.**

### **1. La compraventa romana o *emptio venditio*.**

De todos los de contratos que se consideran de buena fe, tanto en la época clásica<sup>60</sup> como luego en la posclásica<sup>61</sup>, sin duda el de mayor importancia es el contrato de compraventa o *emptio venditio* debido al papel preponderante que este tuvo en el desarrollo comercial de la sociedad romana. Gracias al contrato de *emptio venditio* se fortalecieron los vínculos comerciales con el resto de las civilizaciones antiguas, la complejidad diaria del tráfico mercantil exigió nuevas y rápidas

---

<sup>57</sup> Se seguirá en este apartado, en lo fundamental y debido a lo completo del texto, la obra del profesor Alejandro Guzmán Brito, “Derecho privado Romano”, Tomo II, p.125 y s.s., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

<sup>58</sup> Sobre el concepto, la evolución histórica y sus características, véase Guzmán Brito, A., “Derecho privado Romano”, Tomo II, p.125 y ss; Jörs, P.- Kunkel, W., “Derecho privado Romano”, p.324 y ss; d’Ors, A., “Derecho privado Romano”, p.530 y ss y, en lo pertinente, el capítulo siguiente de esta obra.

<sup>59</sup> D. 18.1-7; CI. 4.38; Inst. 3.23.; D. 41.4; CI- 7.26.

<sup>60</sup> Gayo, 4.62, al darnos un catálogo completo de los juicios de buena fe se refiere a este tipo de contratos, diciendo que son: el de compraventa, el de arrendamiento, el de gestión de negocios, el de mandato, el de depósito, el de *fiducia*, el de sociedad, el de tutela y el de recuperación de dote.

<sup>61</sup> Las Institutas de Justiniano, I. 4.4.28, se refieren a los contratos de buena fe, al tratar de la división de las acciones en de buena fe y de derecho estricto. Se agregan, a los mencionados por Gayo, el de comodato y el de prenda, entre otros.

soluciones a los problemas que se fueron suscitando y que posibilitaron el perfeccionamiento de esta herramienta jurídica a través de la labor del pretor siendo la expresión más perfecta del contrato fundado en la *bona fides*, favoreciendo el intercambio de bienes entre las personas y pueblos y, consecuentemente, la expansión de imperio romano.

En la etapa clásica del Derecho Romano se llama compraventa (*emptio venditio*) al contrato consensual entre un comprador (*emptor*) y un vendedor (*venditor*) por el que éste se obliga a entregar una cosa (*merx*<sup>62</sup>, *res*) al primero, el cual se obliga, a su vez, a pagar un precio en dinero (*pretium*) al vendedor; así entonces la compraventa es un acuerdo de intercambiar una cosa por dinero, generándose las respectivas obligaciones para cada parte.

Sin embargo, en sus inicios fue sólo un acto real de intercambio "mano a mano" o trueque. Cuando aún no se acuñaba moneda de curso legal, lo intercambiado eran cosas (*nec mancipi*), por esto es que el origen de la compraventa romana se encuentra en la permuta, es por esto que al 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 completamente entremezclada con la permuta.

---

<sup>62</sup> "MERX: mercadería. Todas las cosas muebles sobre las que se trafica, susceptibles de ser objeto de un contrato de compraventa, excepción hecha de los esclavos". (D.50, 16, 66. 207.), Gutiérrez Alviz, Faustino, "Diccionario de Derecho Romano", Madrid, 1948.

Esta relación entre ambas se explica fácilmente por la gran similitud que, desde un punto de vista económico existe entre ellas. Ambos actos so, a fin de cuentas y 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.

Sin embargo, esta semejanza formal y económica de las instituciones no se dio en el plano jurídico, lo que generó en Roma la discusión de las célebres escuelas Sabiniana y Proculiana sobre la naturaleza de una y otra.

Gayo<sup>63</sup> nos dice, a propósito de la compraventa que:

*"Además, el precio debe consistir en dinero constante. Mucho se ha discutido si el precio puede consistir en otras cosas, como sí, 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 que esta especie de compraventa sería la más antigua; y como argumento utilizan al gran griego Homero, que dice así en algún lugar: 'Y allí los aqueos de larga cabellera cambiaron vino, unos por cobre, otros por brillante acero,*

---

<sup>63</sup> Gayo, aún cuando se identifica con los sabinianos (ya que los llama "nuestros maestros"), adhiere en este tema a los proculianos, por lo que podría pensarse que la posición de esta última escuela gozaba de un amplio respaldo.

*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, efectuada la permuta, qué cosa se considera vendida y cuál entregada a título de precio... ”.*<sup>64</sup>

Por otro lado, Justiniano en sus *Institutas*<sup>65</sup> señala lo siguiente:

*“Los líderes 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 cual la que sería el 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... ”.*

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

De estos comentarios se hace claro que el Digesto revela que la compraventa y la permuta en los primeros tiempos romanos estaban confundidas al menos, hasta la aparición de la moneda, pues el precio en dinero aparece como la condición esencial para la existencia de la compraventa<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Inst. 3, 141.

<sup>65</sup> Inst. 3.23.2.

<sup>66</sup> D. 18.1.1. Paulo dice a este respecto que “[...] Pero como no siempre ni con facilidad sucedía, que cuando tú tuvieras lo que yo deseaba, tuviese yo a mi vez lo que tu querías adquirir, se eligió una materia cuya valoración pública y perpetua resolviese, mediante la igualdad de cuantía, las dificultades de las

Aún cuando surgió el dinero como unidad de cuenta, durante mucho tiempo el intercambio real de *res Mancipi* por dinero debió hacerse mediante la *mancipatio*, y aplicado a las *res nec Mancipi*, debió de ser considerado como un hecho que sólo servía para demostrar que el actual poseedor no la había obtenido por medios ilícitos.

Debido a la complejidad del cada vez más floreciente intercambio comercial, la naturaleza real del contrato se hizo insuficiente e inoperante para los fines perseguidos por los comerciantes por lo que se pasó a reconocer el valor jurídico del mero acuerdo en la cosa vendida y el precio a pagarse por ella, quizá por primera vez en el tribunal del pretor *peregrinus*, lo que explica que ya en el siglo II a. C. ya existiera un *iudiciun bonae fidei*, aplicado a la *emptio venditio*.

Ahora, en la época clásica del derecho romano, la compraventa consensual se aplica por igual a *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, distinguiéndose perfectamente del modo de adquirir el dominio de la cosa que es posterior a la celebración del contrato, y que se produce en virtud de la *mancipatio*, de la *in iure cessio* o de la *traditio* según corresponda.

---

permutas. Y esta materia, marcada con un signo público, proporciona un uso y dominio que no se basa tanto en sustancia como en la cuantía, para que ya no se llamen ambas cosas mercancía, sino que una de ellas se llama precio[...]"

Como sabemos, el contrato de compraventa se perfecciona por el mero consentimiento entre las partes, cualquiera sea el modo en que éste se exprese, incluso entre ausentes mediante carta o por medio de un *nuntius*<sup>67</sup>.

Conviene dejar en claro que no se exige del comprador el pago del precio ni un abono de este para reputar perfecto el contrato<sup>68</sup>, pero por la influencia del derecho griego se recogió la institución de las arras<sup>69</sup> en el derecho romano, que consiste en la entrega de una suma de dinero o de una cosa que tiene por objeto sólo hacer manifiesto un acuerdo ya formado, sirviendo como medio probatorio en la eventualidad de un incumplimiento<sup>70</sup>.

Además, no hay compraventa sin cosa vendida (*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi*) y de faltar es nulo el negocio<sup>71</sup>, así nos dice el Digesto:

*“Compré una casa, pero se había incendiado antes del contrato sin saberlo las partes: nada se vendió, aunque subsista el solar<sup>72</sup>”*.

La cosa vendida puede ser cualquier cosa material de diversa naturaleza (*res Mancipi y nec Mancipi*), una herencia, un crédito y el contenido de un derecho real.

---

<sup>67</sup> D. 18.1.1.2; 18.1.2.1.

<sup>68</sup> Gayo Inst. 3.139.

<sup>69</sup> V. artículos 1803 y 1805 del Código Civil chileno.

<sup>70</sup> Para el régimen romano de las arras. V. Guzmán Brito, A., “Derecho privado Romano”, Tomo II, p.127.

<sup>71</sup> D. 18.1.8; 18.1.15.

<sup>72</sup> D. 18.1.57.

El poder aplicarse el contrato de compraventa a cualesquiera tipo de cosas, deja de manifiesto que la idea del lucro subyace en todo contrato de esta naturaleza; en efecto, las personas cuando contratan, y en especial cuando compran y venden, tienen por cierto que los términos en los que se celebra el contrato son los más convenientes para sus intereses en el momento mismo de perfeccionarse el contrato. De esto entonces que, permitir la compraventa de todas las cosas que están en el comercio, siendo siempre una excepción calificada las que no lo están, deja en claro que el ánimo de las partes, subjetivo y con intereses volitivos desde luego, es lucrarse de la transacción para obtener la máxima ganancia al mínimo costo; entiéndase que pretender crear un patrón objetivo y de general aceptación a este respecto es un ejercicio inane debido a la multiplicidad de factores que influyen en cada persona para decidir lo más conveniente, en términos económicos, para sí.

No obstante lo anterior, puede decirse que comerciar con las menos trabas posibles y, paulatinamente, abandonar las alambicadas formas vigentes en el antiguo derecho romano, permitió el florecimiento del comercio ya que toda persona podía ver en esta actividad un medio de mejorar su calidad de vida, de ahí entonces que contar con un amplio mercado sobre el que contratar, sea éste geográfico o de productos, ayuda a la consecución de las ganancias o réditos que se espera obtener luego de una transacción de orden comercial.

El lucro entonces, como elemento subyacente, importante y fundamental en la contratación comercial romana es el criterio decisorio al tiempo determinar los derechos y deberes que tienen las partes contratantes.

En Roma incluso se podía incluso comprar todo el patrimonio de una persona a través de la *venditio hereditatis*<sup>73</sup>, comprendiéndose en la venta todas las cosas corporales de que el causante era dueño o poseedor civil, sus derechos reales transmisibles, sus créditos y sus deudas.

También se puede vender un establecimiento de comercio (taberna), independientemente del suelo en que está instalado y de la instalación misma.

Probablemente donde se manifiesta de manera particular el afán de lucrarse con la venta de una cosa, es en las ventas perfectamente diferenciadas por la jurisprudencia de una "cosa futura" (*res futurae*) y la compra de una "esperanza (de cosa)" (*emptio spei*).

En la compra de "cosa futura" o "de cosa esperada" ("*emptio rei speratae*"), se fija como objeto a vender una cosa que actualmente no existe pero que objetivamente se espera llegue a existir a partir de un hecho actual, entendiéndose que la compraventa se hizo bajo una condición suspensiva, consistiendo aquella en que las cosas esperadas

---

<sup>73</sup> D. 18.4; Cl. 4.39.

lleguen efectivamente a existir y desde que ello ocurra se entiende perfecto el contrato; en caso contrario, este no se forma<sup>74</sup>. Si por un hecho imputable al vendedor la condición no se cumple, se tiene la condición por cumplida y el comprador puede ejercer su acción<sup>75</sup>. En la *emptio spei* se fija como objeto del negocio una cosa que objetivamente puede ser presente o futura, y se tiene como comprada la cantidad de ellas que resulte de una determinada operación de búsqueda, como los peces que se pesquen o las aves o los animales terrestres que se cacen; esta compraventa es pura y simple y nace desde su acuerdo, pero aleatoria ya que el comprador tiene derecho a la cantidad que resulte por un precio fijo, que deberá aun si no resulta ninguna cantidad, por ello se dice que lo comprado es la suerte o alea<sup>76</sup>.

Como se verá más adelante, la obligación del vendedor es de entregar y no de dar (entendida esta expresión como de hacer una efectiva transferencia del dominio de la cosa) por lo que no es necesario que la cosa le pertenezca, bastando sólo que no sea del comprador, por lo que la venta de cosa ajena vale<sup>77</sup>, pero no la compra de una propia<sup>78</sup>.

## **2. El precio o pretium.**

Por ser este el otro elemento para que exista y se repute perfecto el contrato de compraventa, un error en este configura un vicio del

---

<sup>74</sup> D. 18.1.8.

<sup>75</sup> D. 18.1.8.

<sup>76</sup> D.18.1.8.1; 19.1.11.18.

<sup>77</sup> D. 18.1.28.

<sup>78</sup> D. 18.1.16.; 50.17.45.

consentimiento alegable por ambos contratantes ya que si no hay acuerdo sobre la cosa y el precio el contrato no nace; así, si una parte entendió vender por cierta cantidad y la otra por una distinta, también impide que haya compraventa<sup>79</sup>.

Demás está decir que tampoco hay compraventa sin un precio (*sine pretium nulla venditio est*), es decir, sin una contraprestación de la cosa que se vende o *res quae venit*<sup>80</sup>. De aquí entonces deriva la naturaleza onerosa de la *emptio venditio*.

Como ya se señalara, según la doctrina que terminó por prevalecer, el precio debe consistir en una cantidad de dinero, quedando al libre arbitrio de las partes, debiendo ser determinado o cierto (*certum*)<sup>81</sup>, siendo así considerado aunque sea meramente determinable en un momento futuro.

La determinabilidad del precio puede referirse a alguna circunstancia objetiva, aunque sea subjetivamente desconocido su monto; v.gr.: “*te compro por cuanto tú lo compraste, o por cuanto dinero tengo en la caja fuerte*<sup>82</sup>” e incluso las partes pueden encargar su determinación del precio a un tercero, pero esta no puede quedar a la mera voluntad de una de las partes.

---

<sup>79</sup> D. 18.1.9.

<sup>80</sup> D. 18.1.2.

<sup>81</sup> Gayo Inst. 3.140.

<sup>82</sup> D. 18.1.7.1.

En la determinación del precio, especial importancia hay en la institución de la *laesio enormis* o lesión enorme. Durante la época clásica, el que las cosas tengan un precio objetivo (o "justo") de referencia que el vendedor debería respetar era sólo una cuestión moral, pero en el año 301 d.C. Diocleciano<sup>83</sup> fijó mediante un edicto el precio máximo para la venta de ciertos artículos de consumo; esta medida no respondía a una cuestión de intrínseca bilateralidad del contrato sino que respondía a razones económicas, no afectándose la validez del contrato, limitándose la orden imperial a establecer ciertas penas en caso de incumplimiento. Avanzados los siglos, bajo el imperio de Justiniano se creó la figura que los intérpretes medievales designaron con el nombre de "lesión enorme"<sup>84</sup> ("*laesio enormis*"), sufriendo esta lesión sólo el que vendió por una cantidad de dinero inferior a la "mitad del justo precio" (*dimidia pars iusti pretti*) que la cosa tenía al tiempo del contrato, pudiendo el vendedor ejercer una acción para recuperar la cosa ofreciendo la devolución del precio que había recibido, ante lo cual el comprador puede bien conformarse, restituyendo dicha cosa, o bien integrar la diferencia entre el precio pagado y el justo. La generalización de esta figura a toda clase de bienes, como también a otros contratos, lo mismo que su ampliación en beneficio del comprador, fue obra de los juristas del derecho común. De allí también proviene la caracterización del precio como "*certum, verum, iustum*".

---

<sup>83</sup> Diocleciano fue emperador de Roma entre los años 284 y 305 d.C.

<sup>84</sup> V. artículos 1888 y 1889 del Código Civil chileno.

### **3. La *actio empti* o *actio ex empto* y la *actio venditi* o *actio ex vendito*<sup>85</sup>.**

En la compraventa, cada parte dispone de una acción contra la otra, que reciben el nombre, respectivamente, "de lo comprado" (*actio ex empto o empti*) y "de lo vendido" (*actio ex vendito o venditi*). La fórmula<sup>86</sup> que las contiene y que sirve para hacerlas valer en juicio es una *con demonstratio* e "*intentio incerta*" *in ius conceptae* y *ex bona fide*.

### **4. Las obligaciones del vendedor, especialmente la de entregar.**

Se acaba de señalar que por medio de la *actio empti* el comprador puede exigir el cumplimiento de sus obligaciones al vendedor<sup>87</sup>, el que no está obligado a hacer dueño de lo vendido al comprador<sup>88</sup>, sino tan sólo a entregarle la cosa mueble, o a ponerle a su disposición material el predio libre de cualquier otro ocupante (*vacuam possessionem tradere*)<sup>89</sup>, como arrendatarios o usufructuarios, etc.; y a mantenerlo en estado de no sufrir reclamaciones de derechos sobre la cosa, provenientes de terceros; todo ello, según la buena fe. En otras palabras, su obligación no es de dar o

---

<sup>85</sup> D.19.1; CI. 4.49.

<sup>86</sup> "La fórmula probable de la *actio empti* era: "Puesto que Ao. Ao. compró el esclavo Estico a No. No., a todo cuanto por tal asunto No. No. debe dar o hacer según la buena fe a Ao. Ao., a todo eso, juez, condena a No. No. en favor de Ao. Ao.; y la fórmula de la *actio venditi* es semejante a la anterior, con la mención en la *demonstratio* de haber vendido Ao. Ao. el esclavo Estico a No. No.". Guzmán Brito, A., "Derecho privado Romano", Tomo II, p. 138.

<sup>87</sup> D.19.1.11.-1.

<sup>88</sup> D. 18.1.25.1; 19.1.11.8; 19,1.30.1.

<sup>89</sup> D. 18.1.18.1; 18.1.78.1.

*dare rem* sino de hacer o *facere* y se cree que esta característica de la compraventa romana provino de sus estrechos lazos con el comercio con peregrinos, los que no podían ni dar ni recibir en dominio civil. Por esto es que es válida la venta de una cosa ajena, ya que igualmente un no-dueño puede cumplir con su obligación de entregar la posesión de la cosa que vende<sup>90</sup>, sin perjuicio del derecho del verdadero dueño a reivindicarla<sup>91</sup> y de las responsabilidades que tiene el vendedor si se verificaba esta hipótesis.

Si bien el vendedor no se encuentra obligado a hacer dueño al comprador, como ya se dijo, la compra de cosa de que ya se es dueño no vale, pudiendo el comprador repetir el precio pagado si ignoraba que la cosa era suya<sup>92</sup> pero no hay compraventa si se acuerda por las partes que el dominio no pase al comprador<sup>93</sup>. La razón de esto último estriba en que un acuerdo así no es compraventa sino que es un contrato de mera tenencia.

A pesar de todo lo anterior, el comprador, en virtud de su buena fe, puede exigir que el vendedor le haga la *mancipatio* o la *in iure cessio* de la *res Mancipi* objeto del contrato, aunque no sea su dueño<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> D. 18,1.28.

<sup>91</sup> V. artículo 1815 del Código Civil chileno

<sup>92</sup> D. 12.6.37; 18.1.16.; 50.17.45.

<sup>93</sup> D. 18.1.80.3.

<sup>94</sup> Gayo Inst. 4.131a; D. 10.1.11.2; 19.1.13.17.

Ahora bien, si el vendedor es el dueño de la *res nec Mancipi* vendida, el comprador se hace dueño de ella con su *traditio*; y si el vendedor lo es de la *res Mancipi*, lo mismo sucede cuando se verifica la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Si no operan estos modos de adquirir el dominio, el comprador es tan sólo poseedor civil *pro emptore* desde que se le entrega la cosa, y puede usucapirla<sup>95</sup>.

De todo lo anterior se desprende que el vendedor cumple con su obligación mientras el comprador no sea perturbado en su posesión "tranquila y pacífica" de la cosa sea que el dueño o terceros aleguen ser titulares de algún derecho sobre la cosa.

Responde el vendedor, en el cumplimiento de sus obligaciones, de su *dolus*<sup>96</sup> y su culpa e incluso por custodia de la cosa mueble entre la celebración del contrato y la entrega efectiva de esta al comprador; ahora, si el comprador incurre en mora, la responsabilidad del vendedor se limita al *dolo*<sup>97</sup>.

El *dolo* del que responde el vendedor se aprecia, por sobre todo otro momento, en la etapa de conclusión del contrato<sup>98</sup>, ya que como éste responde por la custodia, esta hipótesis abarca el *dolo* en la etapa de cumplimiento. Se permite también dentro de los textos la posibilidad, sin sanción y dentro de límites razonables, del "dolo bueno" del vendedor para tratar de vender, exagerando prudencialmente las cualidades de la

---

<sup>95</sup> D. 19.1.11.2.

<sup>96</sup> D. 18.1.68.1-2; 19.1.6.8-9; 19.1.13.4; 19.4.1.

<sup>97</sup> D. 18.6.17.

<sup>98</sup> D. 18.1.43.2

cosa, pero no se admiten las falsedades, “*como si declara que el esclavo es literato o artífice, y no lo es*”<sup>99</sup>.

Por último, téngase presente que con la *actio empti*, el comprador no reclama del vendedor el simple valor objetivo de la cosa, sino todo cuanto le interesó tenerla (*in id quod interest*)<sup>100</sup>, en lo que se incluyen las indemnizaciones de todo el daño causado por el incumplimiento total o parcial que pueda imputarse a una inobservancia de la *bona fides*<sup>101</sup> por parte del vendedor.

### **5. Obligaciones del comprador.**

Con la *actio ex vendito (o venditi)*, que incumbe al vendedor<sup>102</sup>, el comprador queda obligado al pago del precio del contrato, y a los intereses del precio no pagado, desde el momento en que le fue entregada la cosa, estando obligado a pagar los gastos necesarios de conservación de la cosa en que incurrió el vendedor<sup>103</sup> en el ínterin.

### **6. Dependencia de las obligaciones nacidas para las partes en virtud del contrato de compraventa.**

---

<sup>99</sup> D. 18.1.43.

<sup>100</sup> D. 19.1.1.; 19.1.11.9.

<sup>101</sup> D. 19.1.1.1.

<sup>102</sup> D. 19.1.13.19.

<sup>103</sup> D. 19.1.11.2 i.f.; 19.1.13.20-22; CI. 4.49.13; 4.49.16; también FV. 2; PS. 2.17,9.

Entre las obligaciones de las partes existe una obvia interdependencia al crearse estas desde el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa.

Por esto es que ninguno de los contratantes puede exigir el cumplimiento de su obligación al otro, sin ofrecer por su lado el de la suya<sup>104</sup>. Esto implica que el vendedor que pide el precio tiene que haber entregado la cosa o, al menos, ofrecer su entrega y el comprador que demanda la cosa debe haber solucionado su deuda o estar llano a cumplirla<sup>105</sup>, por lo que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas debe ser simultáneo, pudiendo obviamente alterarse esta regla por medio de pactos entre las partes.

Respecto a la responsabilidad por la pérdida, desaparición o deterioro de la cosa ya vendida y aún no entregada, aquella se comparte entre los contratantes.

Si bien, por un asunto obvio, antes de la celebración del contrato el riesgo de la cosa (*periculum rei*), entendido este como la pérdida o su deterioro por caso fortuito, pertenece al vendedor en virtud del principio que las cosas perecen para su dueño (*res perit domino*), luego de la venta, y por lo mismo, el riesgo se traslada al comprador siendo este el que ahora soporta el riesgo de la cosa objeto del contrato<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> V. artículo 1551 y 1152 del Código Civil.

<sup>105</sup> D. 18.4.22; 19.1.13.8; 21.1.31.8; 44.4.5.4; CI. 8.44.5.

<sup>106</sup> D. 18.6.15.1.

La imposibilidad absoluta del cumplimiento de la obligación del vendedor sobreviene por causa no imputable a él, se extingue aquélla y el comprador no queda obligado a pagar el precio, resolviéndose en consecuencia el contrato.

Si el objeto del contrato son cosas muebles no fungibles, la responsabilidad del vendedor se ve ampliada aún a más de su culpa o *dolus*, ya que ahora responde de la custodia del bien por lo que será responsable ante el comprador de toda pérdida o deterioro en la cosa que no se deba a fuerza mayor o *vis maior*<sup>107</sup>; si aún así no se ciñe al standard de conducta exigido, el vendedor cuenta con la *actio furti*<sup>108</sup> y de la *reivindicatio* o de la *condictio furtiva*<sup>109</sup>.

Sin embargo, el vendedor no responde de la custodia si así se hubiese acordado con el comprador<sup>110</sup> y, además, desde que éste incurre en mora de recibir por lo que el riesgo (*periculum*) pasa al comprador (*periculun est emptoris*)<sup>111</sup>, de lo que se sigue que si la cosa perece o se deteriora bajo estas circunstancias, el comprador sigue obligado a enterar su prestación, es decir, a pagar el precio.

---

<sup>107</sup> D. 18.1.35.4.; 18.6.3; 18.6.15.1.; 47.2.14.; D. 19.1.31.

<sup>108</sup> D. 47.2.14.

<sup>109</sup> D. 18.6.15.1.

<sup>110</sup> D. 18.1.35.4.

<sup>111</sup> D. 18.6.8.; 47.2.14.; Inst. 3.23.3-3a.

Con todo, el riesgo de la cosa pertenece igual al vendedor si se encuentra en mora de entregar<sup>112</sup>, si se pacta una condición y esta aún pende<sup>113</sup>, si la cosa es de aquellas que se encarga confeccionar a un artífice con materia aportada por éste<sup>114</sup> y, en el caso de ventas con pluralidad alternativa de objeto, mientras a lo menos una de estas subsista.

Si se trata de venta de cantidades que pertenezcan a un género limitado, debe distinguirse si se vendió el todo o una parte; y en el primer caso, si se vendió por un precio único o por unidad. Si se vendió por un precio único, el negocio es equivalente a uno hecho sobre una especie, por lo que rige plenamente la regla *periculum est emptoris* desde que el contrato nazca; pero si el precio se fijó por unidad, para los sabinianos al menos, la venta se entiende perfecta desde que las cosas hayan sido contadas, pesadas o medidas y en el entretanto el riesgo de las cosas es del vendedor<sup>115</sup>. Pero si la venta versa sobre una fracción de la cantidad de cosas genéricas y limitadas que existen, se hacen siempre imprescindibles la cuenta, el pesaje o la medición para la perfección del contrato, sea que éste se haya celebrado por un precio único o por unidad, por lo que el riesgo es del vendedor hasta que las mencionadas operaciones se efectúen<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> D. 18.6.15.

<sup>113</sup> D. 18.6.8.; D. 18.6.10.

<sup>114</sup> D. 18.6.13a 15.

<sup>115</sup> D. 18.1.35.5-6; D. 18.6.5; CI. 4.48.2.

<sup>116</sup> D. 18.1.35.7.

Respecto a los frutos de la cosa comprada que se encontraban pendientes al tiempo de la celebración del contrato y a partir de él, al igual que sus accesiones y cualquier otro incremento, pertenecen al comprador<sup>117</sup>.

Si una de las partes deja de cumplir su obligación ante la otra que sí la cumplió, ésta no puede solicitar se resuelva el contrato, debiendo directamente demandar el pago de lo que se le debe, pudiendo sólo a través de un pacto expreso las partes acordar que el vendedor pueda pedir la resolución del contrato si el comprador no paga el precio dentro de un cierto plazo (*lex commissoria*<sup>118</sup>).

### **7. Responsabilidad por evicción**<sup>119</sup>.

Como ya se dijera, la obligación del vendedor sólo consiste en entregar la posesión tranquila y pacífica de la cosa al comprador, y si aquel resultaba no haber sido el dueño de ella, no responde al comprador mientras este no sufra embarazos en el goce de su posesión por parte de terceros que pretendan ser titulares de derechos reales sobre la misma cosa, o por el dueño de la cosa de la misma o, inclusive, de parte del propio vendedor.

Cuando ocurre lo contrario, el vendedor debe ahora responder de su obligación de evicción, la que se entiende como el haber sido vencido

---

<sup>117</sup> D. 18.6.7 .; 19.1.13.13.

<sup>118</sup> De esto se deduce que en el derecho romano no existía la condición resolutoria tácita; v. artículo 1489 del Código Civil.

<sup>119</sup> D. 21.2; CI. 8.44.

el comprador por alguien en un juicio en el que se intenta una acción real, de modo de verse privado de la posesión de la cosa comprada por haber tenido que restituirla en virtud de la cláusula arbitraria del juicio reivindicatorio (o en la acción pignoratícia real), o de haber tenido que pagar su valor con el fin de ser absuelto, o bien de tener que soportar y garantizar la subsistencia de la servidumbre o el usufructo reclamados vindicatoriamente, o tener que pagar su valor por la absolución; asimismo, hay evicción si el comprador es quien entabla la acción real y resulta absuelto el demandado que es el actual poseedor o perturbador del pretendido derecho real ya que ello implica que el demandante no era el dueño o titular del derecho real del que suponía ser titular<sup>120</sup>.

Nacía esta obligación para el vendedor, de responder de la evicción, como consecuencia de lo obrado en el negocio solemne de la *mancipatio* y si el comprador (*mancipio accipiens*) era demandado *in rem*, podía exigirle al *dans* que lo defendiera en el proceso. Si el *dans* no asumía la defensa o si, haciéndolo, resultaba vencido en el juicio, el *accipiens* a través de una *actio auctoritatis*, podía reclamarle una indemnización ascendente al doble del precio pagado en la *mancipatio*.

Al principio, esta obligación de responder de evicción nace de estipulaciones expresas pero desde la época clásica el comprador pudo obligar al vendedor a su defensa a través de la simple la *actio empti* y si

---

<sup>120</sup> D.21.2.16.1.

aquel se niega a otorgarla es condenado al máximo de todos los perjuicios que pueda sufrir el demandado comprador<sup>121</sup>.

### **8. La responsabilidad del vendedor por la menor cabida del predio vendido.**

Si el comprador compra un predio como una cosa específica o cuerpo cierto por un precio único, debe entenderse perfecta la venta, sin ulterior responsabilidad para el vendedor, independientemente de las medidas reales del predio que se vende, aunque las ignore el comprador. Pero si se vende en función de la cabida o medida del predio que se declara al momento de la venta y en cuya función se paga el precio, resultando en definitiva más pequeño de lo que se cree comprar, en el derecho clásico el comprador cuenta con la *actio de modo agri* si el vendedor declaró dolosamente (*nuncupatio*) una cierta cabida en la *mancipatio*, que después resultó inferior, para la devolución del exceso pagado<sup>122</sup>.

En este último supuesto, también tiene el comprador la *actio empti*<sup>123</sup>, pero si el vendedor no conocía la verdadera cabida - con lo que se elimina el dolo de su conducta-, entonces el comprador obtiene por el ejercicio de esta acción que se le restituya el exceso pagado, cómo si

---

<sup>121</sup> D. 2.17.2; 19.1.11.8-9; 21.2.6; 21.2.37.2; 21.2.60; 45.1.5.

<sup>122</sup> Cic., De off. 3.16.65.

<sup>123</sup> D. 19.1.2.; 19.1.6.; 19.1.34.

hubiese sabido las medidas de lo que estaba comprando<sup>124</sup>; ahora, si hubo dolo por parte del vendedor, el comprador consigue todo cuanto le interesó que la cabida declarada hubiese coincidido con la real, lo que le permite incluir todos los perjuicios originados por dicha compra<sup>125</sup>.

### **9. Responsabilidad por vicios no declarados o por ausencia de cualidades declaradas.**

La obligación de actuar de buena fe obliga al vendedor a informar al comprador de la existencia de vicios materiales no aparentes en la cosa objeto del contrato y puede declararle, además, la existencia de ciertas cualidades especiales de la cosa. Si dolosamente el vendedor ocultó los vicios existentes o los negó o si afirmó la existencia de cualidades que en verdad no hay, cuenta entonces el comprador con la *actio empti* con la que obtendrá no sólo reparación del menor valor de la cosa misma, sino también la indemnización de los perjuicios inmediatos causados e incluso la resolución del contrato<sup>126</sup>.

Ahora, si el vendedor desconocía los vicios materiales de la cosa, el ejercerá la *actio empti* pero para obtener una rebaja del precio, cuando, si hubiese sabido la existencia del vicio, hubiera comprado por menor cantidad o también ejercerá esta acción para conseguir la simple resolución del contrato, si, en la misma circunstancia, no hubiese querido

---

<sup>124</sup> D. 19.1.4.1.

<sup>125</sup> D. 19.1.34.

<sup>126</sup> D. 18.1.45; 19.1.4 .; 19.1.6.4; 19.1.11.3; 19.1.13.-2; 19.1.21.2.

contratar; de esto se entiende que en esta última situación el vendedor sólo responde por el valor del vicio en la cosa y no por los daños derivados del vicio<sup>127</sup>.

También puede el vendedor garantizar, a través de una estipulación, la ausencia de determinados vicios o la existencia de determinadas cualidades en la cosa y si no se corresponde la realidad con lo declarado en la estipulación, el comprador ejercerá la *actio incerti*, para obtener el valor de que interés hubiese estado en concordancia con lo prometido por el vendedor<sup>128</sup>.

### **10. La *actio redhibitoria* y la *actio quanti minoris*<sup>129</sup>.**

Lo recién referido para los vicios no declarados de la cosa o por la ausencia de cualidades de la cosa que sí dijo que existían en la cosa el comprador se aplicaban a cualquier venta, más en el edicto de los ediles curules se contiene un régimen particular para la compraventa mercantil de esclavos y ganado mancipable (*iumenta*), que redunda en una mayor rigurosidad en la responsabilidad del vendedor.

Según este edicto<sup>130</sup>, el vendedor tiene la obligación de informar al comprador las enfermedades (*morbi*) y los defectos físicos o morales

---

<sup>127</sup> D. 19.1.11.3.

<sup>128</sup> D. 21.2.31.

<sup>129</sup> D.21.1.; CI.4.58.

<sup>130</sup> D. 21.1.1.1; 21.1.38.

(*vitia*) que tengan al momento de la celebración del contrato los animales o esclavos, según corresponda.

La enfermedad debe ser crónica o permanente, nociva e impeditiva<sup>131</sup>, y se consideraban vicios morales o del alma, por ejemplo, el ser vagabundo, ladrón, mentiroso, ser dado a la fuga o a cometer delitos.

Si el vendedor informa al comprador de los vicios, no responde ante él sobre los vicios o enfermedades informados<sup>132</sup> y, obviamente, tampoco responde de los vicios o enfermedades acaecidos con posterioridad a la celebración del contrato. Además, el vendedor puede, mediante *dicta*, asegurar que el esclavo o el animal no padecen de ciertos vicios o enfermedades, o que cuentan con cualidades especiales y puede también prometer lo mismo mediante estipulación (*promissa*) e incluso el comprador puede exigir dicha estipulación, que abarca todo defecto, no sólo los expresamente dichos inexistentes, sino también los ocultos.

Si en este último caso el vendedor se niega a dar la caución, dispone el vendedor de una *actio redhibitoria* (edilicia) por el término de dos meses desde el contrato<sup>133</sup>, para resolverlo con restitución mutua de cosa y precio<sup>134</sup>, no necesitando probar la causa, pudiendo entonces

---

<sup>131</sup> D. 21.1.1.7; 21.1.05.1; 42.1.00; 50.16.113.

<sup>132</sup> D.21.1.1.6.

<sup>133</sup> D. 21.1.28; 21.2.37.1.

<sup>134</sup> D. 21.1.23.7; 21. 1.60.

resolver el contrato sea que hayan aparecido o no vicios o enfermedades en el esclavo.

Ahora, si el vendedor otorgó o no la caución, el comprador cuenta ahora con un plazo de seis meses<sup>135</sup> para interponer la *actio redhibitoria* para resolver el negocio, siempre que dentro de este término se manifestasen los vicios o enfermedades preexistentes al contrato y no declarados en él o que se hayan declarado o prometido como inexistentes al momento de contratar, o que la cualidad prometida o informada por el vendedor no apareciera.

También le ampara al comprador la *actio quanti minoris*<sup>136</sup>, ejercitable si dentro de un año a partir del contrato aparecen vicios o enfermedades ocultas o declaradas (o prometidas) como inexistentes o no aparecen las cualidades anunciadas por *dicta* o *promissa*, para pedir la reducción del precio en proporción al defecto; es decir, por cuanto de menos hubiese valido el esclavo o el animal con el vicio o enfermedad, o sin la cualidad de que se trató<sup>137</sup>.

Además de todo lo anterior, si el vendedor dio la caución, el vendedor posee la *actio incerti ex stipulatu*, para obtener la reparación proporcional a cuanto le interesó no haber existido los vicios o haber existido la cualidad; pero esta acción que es civil, a diferencia de todas

---

<sup>135</sup> D. 21.1.19.6.

<sup>136</sup> Así en D.21.1.18.

<sup>137</sup> D. 21.1.38.

las otras que son edilicias, es perpetua, por lo que no tiene plazo de prescripción.

## **11. Pactos accesorios al contrato de compraventa.**

Las partes, en uso de su libertad, pueden agregar cuantos pactos lícitos deseen al contrato; pero existieron algunos que se contemplaban en la legislación; así los siguientes:

1. El pacto *in diem addictio*<sup>138</sup> en virtud del que el vendedor se reserva la facultad de tener por no vendida la cosa si dentro de un cierto plazo se presenta un nuevo comprador que ofrezca mejores condiciones que el primer comprador; las mejores condiciones se refieren a un precio mayor, o un menor número de cuotas o el pago del precio al contado o si se paga en un lugar más favorable al vendedor, o si el nuevo oferente contase con una mayor solvencia, o si diese cauciones o mejores cauciones por el precio que igual quedará adeudando, o no las exigiese al vendedor que quedará debiendo la entrega<sup>139</sup>, etc. En todo caso, el primer comprador tiene la posibilidad de igualar las mejores condiciones ofrecidas por el nuevo, para lo que debe informarle el vendedor de la circunstancia de haberse presentado un posible comprador que ofrezca mejores condiciones que aquel<sup>140</sup>. Si bien el vendedor no está obligado a aceptar la nueva oferta, se puede pactar que, una vez formulada esta

---

<sup>138</sup> D. 18.2; Cl. 4.54.

<sup>139</sup> D. 18.2.4.6.

<sup>140</sup> D. 18.2.7; 18.2.8.

nueva oferta, pueda el comprador desistirse de la compra aún cuando deseche la nueva oferta el vendedor<sup>141</sup>. Esta forma de pacto nació de las subastas de bienes públicos, ya que solían durar varios días y se estilaba adjudicar la cosa, provisionalmente, al primer mejor postor en tanto no apareciese otro mejor antes del último día de la subasta, quedando recién entonces el contrato firme.

2. Podía además pactarse una *lex commissoria*<sup>142</sup> en el contrato de compraventa, por la que el vendedor se reserva la posibilidad de tener por no comprada la cosa si el comprador no paga el precio dentro de un cierto término, para así recuperar o no entregar la cosa<sup>143</sup>. Se discutió entre los jurisconsultos la naturaleza de este *pactum*; para Sabino en este caso el contrato de compraventa estaba sometido a la condición suspensiva de pagarse el precio por lo que antes el comprador no puede usucapir y para Juliano –tesis que en definitiva se impuso- era una compraventa perfecta con un pacto de resolución que se condiciona al no pago del precio: "*Mejor parece que la compra se resuelve bajo condición, que se contrae bajo condición*<sup>144</sup>". Para evitar que sea el comprador quine determine el destino del contrato a través de un incumplimiento voluntario de éste<sup>145</sup>, se le otorga al vendedor la facultad de pedir la resolución del contrato o exigir el pago del precio a través de

---

<sup>141</sup> D. 18.2.9.

<sup>142</sup> D. 18.3; CI. 4.54.

<sup>143</sup> D. 18.3.4.

<sup>144</sup> D. 18.3.1; 41.4.2.3.

<sup>145</sup> D. 18.3.2.

la *actio venditi*<sup>146</sup>, -esto era posible debido a que la resolución no opera *ipso iure*-, pero la alternativa que elija el vendedor no puede variarse a posteriori<sup>147</sup>. Por esto, la resolución sólo opera para el futuro y si llegando el día fijado para el pago éste no se efectúa y el vendedor lo acepta en el todo o en parte después, se entiende renunciada la *lex commissoria*<sup>148</sup>.

3. Por medio del pacto de “*retroemendo*” pueden las partes pactar en favor del vendedor, una reserva de la facultad de recuperar la cosa en un plazo devolviendo el precio, que igualmente queda sancionado mediante la *actio venditi* y que no tiene efectos reales<sup>149</sup>.

4. Existió también la posibilidad de pactar una cláusula por la que el comprador quede facultado para devolver la cosa dentro de cierto plazo y recuperar el precio. Esta figura se usó para cuando el comprador no tiene la certeza de agradarle la cosa y necesita previamente “probarla” y si no le gusta o agrada, la devuelve; por esta razón se habló de un “*pactum displicentiae*” y como también se trata de una reventa, la llamaron igualmente “*pactum de retrovendendo*”, porque la facultad del comprador de venderle al original vendedor es obligatoria para este. Siempre se concibió este pacto para el caso de no gustar la cosa comprada, pero es obvio que es resorte del comprador devolver bajo la circunstancia que sea, aunque le agrade la cosa. En este tipo de pacto el

---

<sup>146</sup> D. 18.1.6.1; 18.3.4.

<sup>147</sup> D. 18.3.4.2.

<sup>148</sup> D.18.3.6.2; 18.3.7.

<sup>149</sup> D. 19.5.12; CI. 4.54.2 y 7.

contrato se considera perfecto desde el primer momento y puro, pero susceptible de resolverse bajo condición<sup>150</sup>, contando el comprador con la *actio empti* para obtener la devolución del precio<sup>151</sup>.

5. Por último, se encontraba el pacto por el que el comprador, ante la posibilidad de vender la cosa comprada, se veía en la obligación de ofrecerla primero al que fue su vendedor, contando este con la *actio venditi* para obtener su interés<sup>152</sup>.

5. Conviene ahora sólo decir que todos estos pactos cuentan con efectos sólo personales y no reales, por lo que no permitieron ejercer la *rei vindicatio* de la cosa vendida para recobrarla. Se aprecia además en estas construcciones que los intereses pecuniarios de las partes, o si se quiere el afán de lucro que las inspira, se protegen a ultranza ya que siempre es posible obtener una mayor ganancia (por ejemplo a través de la *lex commisoria*), para maximizar las ganancias de los contratantes.

---

<sup>150</sup> D. 18.1.3; 41.4.2.5.

<sup>151</sup> D. 18.5.6; 10.5.20.1.

<sup>152</sup> D. 18.1.75; 19.1.21.5.

## **CAPÍTULO III**

### **La compraventa internacional dentro de los convenios internacionales comerciales ratificados por Chile.**

#### **I. Introducción.**

Un estado no puede funcionar sin reglas claras que delimiten tanto su accionar como el de sus ciudadanos. La sujeción total al ordenamiento jurídico vigente, por parte del estado y, por extensión, de los particulares, es lo que se acostumbra llamar “Estado de Derecho”.

Dentro de las normas del estado de derecho, se encuentran aquellas que regulan directamente el accionar del estado y los órganos de su administración, lo que en un sentido muy genérico se denomina Derecho Público. Por otro lado se encuentran las normas que ordenan el accionar de los privados en sus relaciones de naturaleza jurídica; esta rama del derecho es la que se llama, en sentido amplio, del Derecho privado.

El derecho privado comprende, como ya se adelantó, el conjunto de normativas que regulan la interacción entre particulares y donde, en general, el estado no actúa, y si lo hace, lo hace como uno más de ellos. Parte integrante y fundamental de esta rama del derecho es la legislación

civil la que regula, entre otras materias, el derecho de familia, la sucesión por causa de muerte, los contratos y las obligaciones, entre otras.

Además, forma parte de esta área del derecho privado, el denominado “Derecho Comercial” o de los comerciantes. En el Derecho Romano (del que es tributario directo nuestro ordenamiento civil) no existía una separación clara entre derecho civil y derecho comercial y se aplicaba el derecho común o civil a los problemas que derivaran del ejercicio del comercio.

Pero la evolución del comercio, su complejidad, intensidad y grado de alcance territorial hicieron que surgieran, como una necesidad que era menester satisfacer, las primeras instituciones propiamente mercantiles, las que se han ido desarrollando a través de los siglos para llegar a configurar hoy en día un complejo sistema jurídico de carácter internacional, que busca satisfacer las necesidades de intercambiar mercaderías y servicios entre privados y también entre estados, estableciéndose así un conjunto claro de reglas supletorias a lo pactado en cada contrato.

## **II. La *Lex Mercatoria*. Síntesis Histórica Del Desarrollo Del Comercio Internacional y del derecho aplicable a este.**

### **1. Breve síntesis histórica del desarrollo del comercio internacional.**

Etimológicamente, la palabra “comercio” deriva de la expresión latina "*cum merx*", entendiendo que “*merx*” se refería la cosa objeto de la prestación en el contrato de compraventa (*emptio venditio*) como se dijera en el capítulo anterior de este trabajo<sup>153</sup>.

Así, *cum merx* significará aquello que se relaciona con la cosa objeto de venta, las transacciones que generen un lucro, o bien, toda actividad que suponga la realización de actos bilaterales onerosos que sean aptos para el traspaso de dominio, y por consiguiente para la circulación de la riqueza.

En las primeras etapas de la historia, se concibió al comercio internacional sólo como una actividad de subsistencia ya que se realizaba para hacerse de los bienes que no se encontraban dentro de los territorios de los países; obviamente, hoy en día esta idea está absolutamente superada ya que los países importan muchos bienes, mercancías y servicios que podrían producir ellos mismos, por lo que la explicación de las transacciones internacionales se encuentra en la teoría de las ventajas comparativas<sup>154</sup>, dejándose de lado el objetivo de subsistencia.

Como ya se señalara en este trabajo, al desarrollo del *ius gentium* se debió la pérdida de rigidez de las instituciones del derecho civil

---

<sup>153</sup> V. supra. P.76.

<sup>154</sup> Sólo a modo de introducción en el tema, puede decirse que esta teoría, elaborada por el economista inglés David Ricardo, a partir de antecedentes del comercio griego, pretende explicar que los países tienden a especializarse en la producción y exportación de aquellos productos en que poseen mayores ventajas que otros estados, en razón de su territorio, estructura de recursos naturales, etc.

romano, particularmente en el derecho de la contratación, ya que en este *ius* el pretor peregrino recibió y reconoció a la costumbre internacional mercantil, lo que permite concebirla como una fuente del derecho autónoma y reguladora de las relaciones comerciales entre ciudadanos y extranjeros.

Desde ése entonces el desarrollo del comercio internacional ha ayudado a configurar el término *lex mercatoria*.

Desde la baja Edad Media la formación de las ciudades guarda estrecha relación con el desarrollo del comercio internacional, puesto que la ciudad era el centro económico de toda una zona y gracias al desarrollo del comercio crecieron esplendorosamente muchas de las ciudades medievales.

Los mercaderes ampliaron sus horizontes geográficos para desarrollar la actividad comercial e intentaron comerciar con todo el mundo conocido a ésa época. Producto de las invasiones el comercio se paralizó casi por completo; los musulmanes asentados en el norte de África, España y Sicilia y los piratas sarracenos saqueando las costas de Francia e Italia, sembraron el terror e impidieron un tráfico internacional fluido.

Los normandos pudieron sin embargo mantener los intercambios, pero a partir del Siglo XI, el comercio normando comenzó a decaer,

siendo reemplazados en el Mediterráneo por comerciantes italianos, pero el impulso otorgado por los pueblos normandos a la actividad comercial posibilitó en definitiva que el comercio internacional ya no volviera a interrumpirse jamás.

En este periodo de la historia universal, en el norte de Europa, florecen las ciudades alemanas que sostuvieron un intenso intercambio comercial y que se unieron en la poderosa Liga Hanseática. Además, las Cruzadas contribuyeron enormemente al florecimiento del comercio, pero el intercambio más interesante se desarrollaba con Bizancio, e incluso la cuarta cruzada fue desviada hacia la conquista de Constantinopla.

El comercio medieval se desarrolló en una extensa área y unió puntos separados por grandes distancias, pero su volumen fue relativamente reducido ya que los medios de transporte, por su escasa capacidad, impedían el desplazamiento de grandes cantidades de mercaderías. Durante la Edad Media, el comerciante negoció en forma personal, con el tiempo se formaron asociaciones de mercaderes que recibieron diferentes nombres: Hermandades, Guildas, Hansas, etc. La sociedad mercantil del medioevo sirvió a distintos fines, fue compañía de seguros, de defensa, de explotación, garantiza a sus miembros contra pérdidas y daños, velaba por la seguridad en las vías manteniendo a veces fuerzas militares propias o se dedicaba a negocios especulativos acaparando mercaderías para hacer subir los precios.

La Feria fue la institución más importante del comercio medieval, empezándose a desarrollar desde el Siglo XII. En este lugar se reunían los comerciantes de diversas nacionalidades para intercambiar sus productos y se encontraban bajo el alero del principal del lugar.

El comerciante medieval venció inmensas dificultades, malos caminos y deficientes medios de transporte, inseguridad en las rutas, heterogeneidad en las monedas, pesos y medidas, elevados derechos aduaneros, además de sufrir el desprecio y discriminación de la nobleza y de la Iglesia. Pero con el tiempo, el comercio adquirió cada vez mayor importancia y se hizo indispensable para la sociedad y el comerciante se hizo muy rico y poderoso constituyendo ahora el patriciado de las ciudades, manejando las cosas públicas e interviniendo en la política nacional e internacional.

Durante el Renacimiento estuvo el auge de la actividad, experimentando la actividad económica un desarrollo inimaginable gracias a los grandes descubrimientos.

La ciudad entonces se convirtió en el centro de las actividades económicas; imponiéndose definitivamente la economía monetaria.

En Italia, las grandes ciudades se convirtieron en Estados y las florecientes ciudades alemanas, se convirtieron en Repúblicas casi

independientes, desarrollando cada ciudad un sistema económico propio, cosa que no ocurrió en España y Francia donde se impuso una economía nacional debido al poder que recuperaron los reyes sobre el feudo y el poder de la burguesía.

Las monarquías aseguraron la paz social y ofrecieron condiciones ventajosas a los comerciantes y banqueros, protegieron la economía del país concediendo privilegios a los comerciantes nacionales, prohibieron la importación de ciertos bienes, celebraron tratados internacionales y pusieron en marcha una política colonial activa con la finalidad de aprovechar las ilimitadas posibilidades que ofrecían las nuevas tierras descubiertas tanto en África como América.

Para superar las dificultades económicas derivadas de la multiplicidad de sistemas económicos existentes en Europa se consensuaron fórmulas comerciales para el igual tratamiento de ciertas materias como las técnicas de crédito, las letras de cambio, el préstamo y el cobro de intereses, las contabilidades, entre muchas otras y fue gracias a estos acuerdos, que en todas partes el sistema bancario y crediticio dio un nuevo impulso a la actividad económica.

Con el advenimiento del Absolutismo, se produjo una estrecha relación entre la corona y la burguesía, ya que los reyes se apoyaron en esta para quebrantar la última resistencia de la nobleza, a la que desde siempre la burguesía consideró su enemiga ya que eran los burgueses la

única clase social que pagaba impuestos, por lo que los monarcas absolutos los premiaron con políticas mercantilistas.

Durante la época absolutista, el Capitalismo se impuso como sistema económico. La monarquía absoluta al tratar de alcanzar la unidad política y administrativa del reino, se esforzó en crear una unidad económica; por primera vez se formaron en Europa, grandes economías nacionales. Francia comenzó la ejecución de mejores vías de comunicación y pronto el ejemplo lo siguieron otros soberanos europeos. También en esta época florecieron los avances en las técnicas de la navegación y en el Siglo XVI los Habsburgos implementaron un servicio general de correos que luego se extendió a toda Europa.

Nacieron en esta época las compañías de comercio colonial, siendo las más grandes la de las Indias Orientales, organizadas por Inglaterra (año 1600) y Holanda (año 1602). Eran estas sociedades por acciones que se dedicaban a la explotación de determinados territorios de ultramar, para lo cual recibían la autorización de sus respectivos gobiernos. La compañía contaba con un ejército propio y realizaba su actividad sobre la base del monopolio y la exclusión; gracias a esta figura nació el llamado “comercio a distancia” y renació ahora la compraventa por carta o intermediario, que existió en la legislación romana, apareciendo el intercambio comercial sobre la base de catálogos o muestras y la venta a comisión.

## **2. La *lex mercatoria***

Como ya se ha dicho, los derechos o estatutos nacionales particularmente desarrollados y progresistas en determinadas materias, no proporcionan soluciones idóneas y eficaces a la problemática del comercio internacional, por lo que se hace necesario un sistema que transite a la par con el vertiginoso desarrollo de las relaciones comerciales.

Gracias al surgimiento de la *Lex mercatoria* se ha producido una armonización espontánea de la legislación comercial internacional que ha generado un derecho internacional privado de carácter sustancial, que, sobre todo en materia comercial, proporciona soluciones concretas, coherentes, y aceptadas por la generalidad de los operadores del derecho internacional mercantil, actuando como contrapartida al monopolio del derecho estatal, no sólo en la búsqueda de soluciones a conflictos inminentes a través del arbitraje, sino como guía en la contratación internacional, previo a cualquier conflicto eventual.

De este modo, la *Lex mercatoria*, no hace sino reconocer la realidad mercantil, consolidando las prácticas del comercio internacional, brindando respuestas satisfactorias al fenómeno de la contratación internacional.

Los usos comerciales han dado forma a lo que llamamos *Lex mercatoria*, institución que nace como forma natural de combatir la poca idoneidad de la normativa interna para solucionar conflictos con

elementos de internacionalidad, en razón a lo específico de su naturaleza jurídica.

Estos usos comerciales internacionales, tienen un carácter informal, y surgen espontáneamente de la práctica de los propios operadores del comercio internacional.

El contenido de la *Lex mercatoria*, se ha estructurado en torno al análisis de determinados contratos y relaciones del comercio internacional, que se configuran como sus herramientas propias; así:

1. Venta comercial internacional.

Los operadores del comercio internacional, independizándose de los obstáculos que imponen las leyes nacionales, han aplicado en sus relaciones una serie de formatos para la compraventa internacional, dando origen a contratos tipos y métodos uniformes de interpretación, que aparecen como fruto de normas internacionales de naturaleza obligatoria, y no sólo de estipulaciones contractuales.

2. Crédito documentario.

La práctica bancaria internacional de ocupar el crédito documentario como forma de pago para la venta comercial internacional, y contratos de transporte, se ha transformado en la vía natural de solución de dichas obligaciones, convirtiéndose en un uso generalizado que los mismos agentes del comercio internacional han elevado a la categoría de norma obligatoria.

3. Contratos económicos internacionales.

En la contratación internacional, día a día nacen cláusulas y formas contractuales nuevas, destinadas a satisfacer las reales necesidades de los comerciantes. Dichos contratos, naturalmente, se institucionalizan en el comercio, de modo que son las propias necesidades de los operadores, las que le dan fisonomía obligatoria.

#### 4. Arbitraje comercial internacional.

Generalmente, es el árbitro arbitrador quien recoge estos principios, dando forma a la *Lex Mercatoria* y, constituyéndose en un verdadero poder jurisdiccional internacional. La institución del arbitraje comercial internacional se ha convertido en la forma de solucionar los conflictos mercantiles que más relevancia da a los usos del comercio internacional al permitir que sea sólo, o al menos en forma preponderante, el contenido de estos el que brinde una solución definitiva y adecuada a las necesidades y requerimientos de la contratación internacional.

En razón de todo lo anterior puede decirse que la *Lex mercatoria* consiste en "El derecho material consuetudinario constituido por los usos y principios del comercio internacional, teniendo como fuente su origen espontáneo, y su aplicación por la jurisprudencia arbitral" o también ha sido definida como "La *lex mercatoria* es un conjunto de procedimientos que proporcionan soluciones adecuadas a las expectativas del comercio

internacional, de una forma jurídicamente eficaz, sin relacionarse necesariamente con los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>155</sup>».

Respecto de la primera definición señalada, es necesario hacer una primera distinción. Los usos y principios generales son conceptos diversos que se distinguen entre sí atendiendo al grado de consolidación como norma que tiene cada uno. Así, los usos comerciales constituyen la primera forma en que surge la *Lex mercatoria*, y una vez que se han consagrado de manera uniforme, adquieren la denominación de principios manifestándose en estipulaciones que regulan las consecuencias de la fuerza mayor, y que establecen garantías contractuales al respecto, dando origen a la llamada teoría de la imprevisión.

Conviene desde ya decir que la *Lex mercatoria* opera en forma paralela al derecho que resulte aplicable al respectivo contrato, de manera tal que se recoge, como ya lo hemos dicho anteriormente, la dualidad en la que se desenvuelve el comercio internacional. Por un lado, opera el derecho interno de un Estado que resulte aplicable al contrato en cuestión, en virtud de las normas de las convenciones, otorgando una regulación específica a dicho contrato y, por ende, incorporando elementos de seguridad y certeza jurídica a dicha relación; y por el otro, opera la *Lex mercatoria* entregando la fluidez y dinamismo que requieren

---

<sup>155</sup>STRENGER, IRINEU. « La notion de *lex mercatoria* dans le commerce international ». Recueil des Cours, 1991. p. 273.

las exigencias del comercio internacional permitiendo, además, la evolución de la normativa aplicable, y la solución justa y equitativa a los conflictos que surjan de un contrato internacional, conforme a su naturaleza propia.

### **III. Breve síntesis del desarrollo de la legislación comercial en Chile.**

En el continente americano, la legislación que se aplicaba a los problemas e instituciones derivadas del comercio era la legislación española. Esta legislación fue paulatinamente reemplazada por las legislaciones nacionales una vez verificada la independencia de las colonias españolas.

España no fue una nación particularmente destacada en lo referido al ámbito comercial sino que más bien fue un pueblo guerrero, en consecuencia, la normativa mercantil en el derecho medieval español es bastante escasa. Hay una regulación mercantil en “*Las Siete Partidas*” dictadas por Alfonso X “*El Sabio*” y en algunos Fueros, que eran las legislaciones particulares de cada reino en la península.

En España en el año 1737, bajo el reinado de Felipe V, se dictan las Ordenanzas de Bilbao un importante cuerpo legal regulador del comercio. Estas ordenanzas constituyen un verdadero Código de comercio ya que reglamenta la actividad mercantil y sus obligaciones en

la forma de esa época, teniendo incluso legislación aplicable a la quiebra. Además estas ordenanzas poseyeron la gran importancia de haberse aplicado en América hasta que las colonias se independizan y dictan sus propias legislaciones; en el caso chileno, hasta 1865 con la dictación del Código de Comercio.

En Chile regía únicamente la legislación española, previa incluso a las Ordenanzas de Bilbao porque éstas no se aplicaron en América inmediatamente pues establecían un régimen de libertad de comercio y en ese momento España tenía un régimen comercial monopólico con sus colonias.

Las Ordenanzas de Bilbao se aplican plenamente en 1795 ya cercanos los procesos de emancipación de las colonias. Al aplicarse las ordenanzas se establecieron Tribunales con jurisdicción exclusiva; eran los Tribunales Consulares, cuya judicatura la ejercían los Cónsules, creándose un Tribunal Consular en Santiago y posteriormente, en 1837, uno en Valparaíso.

En la segunda mitad del siglo XVII, en 1633 y 1681, se habían dictado en Francia dos importantes cuerpos legales, las Ordenanzas de Comercio Marítimo y las Ordenanzas de Comercio Terrestre las que son antecedentes directos del Código de Comercio de Napoleón de 1807 y en España se había dictado un Código de Comercio en 1829 que reemplazó las Ordenanzas de Bilbao.

Alcanzada la independencia Chilena el gobierno encargó, en primer término, la redacción de un Código Civil al venezolano Andrés Bello y a una comisión la redacción de un Código Comercio. La comisión no llegó a buen término y encargaron el proceso a un jurista argentino residente en Chile, don *José Gabriel Ocampo*, que en 1860 entregó su proyecto, el que fue promulgado en 1865 y se encuentra vigente desde el 1º de Enero de 1867 hasta el día de hoy. Evidentemente este Código de Comercio derogó toda la legislación española en materia mercantil y ha sufrido numerosas modificaciones para adaptar la legislación a las siempre cambiantes instituciones del comercio.

El derecho comercial apunta sólo a la intermediación y al lucro, no a la producción. La industria extractiva como la agrícola, la minera o la pesca no es objeto de la regulación jurídica del derecho comercial; sí lo es la industria manufacturera porque hay un cambio en la materia prima y un valor agregado a la extracción del producto con la inclusión de la mano de obra en el proceso productivo.

Por tanto, el derecho comercial regulará solamente la actividad mercantil (comercio) y todas aquellas actividades que nacen del ejercicio del comercio.

### **1. El comercio exterior en Chile.**

Siguiendo al profesor Pfeffer<sup>156</sup>, en la historia de la evolución de la política de Comercio Exterior Chileno, se distinguen, a lo menos, cinco etapas:

1. La primera corre desde la Independencia hasta la promulgación de la Ley No 4.873 de 1931.

Se caracteriza esta etapa, salvo débiles intentos proteccionistas, por una política de libertad de exportaciones, importaciones y transferencias internacionales. El monopolio casi absoluto con el que contaba el país del salitre natural, aportaba los recursos suficientes par las limitadas necesidades de productos importados y financiaba en su mayor parte los gastos del erario nacional.

Se dictaron, sin embargo, algunas disposiciones que tendían a ordenar y a intervenir suavemente en el comercio exterior. Así, en 1811 se dictó la primera Ordenanza de Aduanas; en 1834 y 1835 se dictaron las primeras Leyes generales sobre importaciones y exportaciones respectivamente; en 1860, se crearon los primeros consulados y, en 1917 la primera Ley sobre Marina Mercante Nacional, reafirmando la política tradicional de nuestro país de reservar el cabotaje a las naves de bandera chilena.

2. Desde 1931 hasta la dictación de la ley No 9.839 de 1950.

---

<sup>156</sup> “Regulación del comercio internacional en el derecho chileno”. Pfeffer Urquiaga, Francisco, Marmolejo González, Crispulo M. Santiago [Chile]: Universidad Central De Chile, Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales, 1999. P. 17 y ss.

En esta época de crisis económica mundial, en la que los altos índices de cesantía, a la caída del peso, la disminución de los ahorros, las fugas de capitales, el desequilibrio de la Balanza de Pagos, el encarecimiento de los precios, se dictó la Ley N° 4.973, que entregó por primera vez al Estado chileno herramientas de control sobre el comercio exterior y creó una Comisión de Cambios internacionales, para controlar la compra y venta de divisas.

Debido a lo agudo de la crisis económica internacional, esta ley se reveló como insuficiente y se promulgó la Ley N° 5.107 en 1932, la que, entre otras cosas, estableció la suspensión de la convertibilidad en oro, autorizó sólo al Banco Central para exportar oro amonedado, en barras u otra forma y para efectuar operaciones de cambios internacionales y definió, por primera vez, lo que se entendía por Operaciones de cambios Internacionales, al decir que “Es la compra y venta de toda clase de monedas u oro en cualquiera de sus formas y letras, cheques, giros, cartas de crédito, o documentos de cualquier naturaleza, siempre que las operaciones significaran traslado de fondos de Chile al exterior o viceversa”

3. Desde 1950 hasta la dictación del Decreto de Economía N° 1.272 de 1961.

4. En esta cuarta etapa destaca la dictación de la ley N° 16.258 de Fomento a las Exportaciones, publicada en el Diario Oficial de 17 de Agosto de 1966.

5. Se crea en Noviembre de 1974 Pro Chile organismo encargado de promover las importaciones no tradicionales en Chile.

#### **IV. La compraventa mercantil internacional**

El contrato de compraventa es el contrato que más fielmente refleja la función del tráfico mercantil y comerciar es, por antonomasia, comprar y vender con ánimo de lucro.

La importancia de este contrato, que se ha presentado tradicionalmente como el instrumento jurídico fundamental para la actividad profesional de los comerciantes, perdura plenamente en nuestros días, hasta el punto de aparecer como prototipo de los actos de comercio.

##### **1. La compraventa mercantil en el derecho chileno.**

En nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en el de muchos otros, se divide la compraventa en civil y mercantil, atendiendo al objeto de la compra.

Si la compra se hace sin ánimo de lucro, es decir se compra para usar o disfrutar simplemente de un bien determinado, será una compraventa civil; pero si la compra se efectúa con el ánimo vender la misma cosa a un mejor precio o arrendarla o permutarla con el mismo objeto, estamos en presencia de una compraventa mercantil.

El artículo 1793 del Código Civil señala que "la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagar en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio".

Esta misma definición es válida también para la compraventa mercantil, por cuanto el Código del ramo no la define.

Siendo la compraventa mercantil de carácter especial se hace necesario ver sus particularidades respecto de la compraventa civil y saber en definitiva cuando nos encontramos frente a una compraventa mercantil, y de paso introducimos al tema de la compraventa mercantil internacional.

### **1.1 Caracterización de la compraventa mercantil.**

Nuestro Código de Comercio no señala en ninguna de sus partes lo que se entiende por compraventa mercantil, por lo que para definirla se debe estar a lo establecido en el derecho civil.

Importante es, para diferenciar a la compraventa civil de la mercantil, el abordar el tema de la mercantilidad de la compraventa; para esto, la ley distingue entre la compra y la venta para determinar el carácter de mercantil de cada una de ellas.

Respecto a la compra, el carácter comercial se determina por que el objeto de la compraventa sea de una cosa mueble, que el fin del contrato sea la venta, la permuta o el arrendamiento de la misma y que exista un ánimo de lucro. En lo relativo a la venta, ésta será mercantil cuando previamente se efectúa una compra de bienes muebles en las condiciones señaladas precedentemente; es decir, debe existir una reventa con ánimo de lucro. Conviene decir que para el Código de comercio la compraventa puede ser mercantil para uno de los contratantes o para ambos dependiendo si se dan o no los supuestos contenidos en la ley<sup>157</sup>.

## **V. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>158</sup>(Viena 1980).**

Ya vistas, en lo general, las características que permiten distinguir a una compraventa civil de una mercantil, veremos ahora la compraventa internacional de mercaderías.

---

<sup>157</sup> Artículo 3 del Código de Comercio.

<sup>158</sup> En adelante, indistintamente, se hablará de “la Convención”, “la Convención de Viena” o “La Convención De Las Naciones Unidas Sobre Los Contratos De Compraventa Internacional De Mercaderías”.

## **1. Evolución histórica de la compraventa mercantil internacional hasta la creación del Convenio de Viena de 1980<sup>159</sup>.**

El proceso de codificación internacional de los contratos de compraventa internacional comienza a comienzo de los años 30, cuando un grupo de expertos en Derecho Internacional de distintos países trabajando para el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), crearon varios proyectos de codificación los que se materializaron con la publicación en 1935, de un proyecto preliminar de Derecho Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, el que fue reelaborado en 1939. Producto de la segunda gran guerra, el proceso se detuvo y en 1950 se iniciaron las negociaciones para lograr un borrador definitivo el año 1963. En ese mismo periodo UNIDROIT elaboró un borrador de reglas sobre la formación de los contratos.

Sin embargo, el texto no tuvo la acogida esperada por las naciones y se planteó por parte de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) o UNICITRAL (sus siglas en inglés), la posibilidad de crear un nuevo texto que contara con la aprobación de la mayoría de la comunidad internacional.

Este proyecto culminó con la aprobación del denominado Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre el contrato de

---

<sup>159</sup> Sobre la historia de la Convención v. "Introduction to the Convention", en Bianca/Bonell, Commentary on the International Sales Law, Milán, 1987, pp. 3 y ss.

compraventa internacional de mercaderías- de carácter sustantivo- y de un protocolo modificativo de la Convención sobre prescripción de 1974.

Este instrumento constituye el primer intento de unificación del régimen jurídico del contrato de compraventa internacional de mercancías con el nivel suficiente de aceptación entre los diversos Estados, y de aplicación por las partes, los tribunales y los árbitros, dando un alto grado de seguridad a las partes que participan de los contratos internacionales.

## **2. La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.**

El instrumento jurídico más importante en las operaciones de comercio internacional es el contrato de compraventa y, debido a la complejidad de los intercambios comerciales, hoy existe en el derecho moderno una ley uniforme que establece reglas materiales especiales aplicables a la compraventa.

Ese estatuto jurídico uniforme es la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas el 11 de abril de 1980, y que pretende regular los contratos de compraventa celebrados entre las partes que tengan sus establecimiento en Estados diferentes cuando dicha Convención esté en vigor en dichos Estados o, en su defecto, cuando las

reglas de Derecho internacional Privado del Estado del foro mande aplicar la ley de uno de los Estados en cuyo sistema jurídico la Convención haya sido recibida<sup>160</sup>.

La Convención constituye una reglamentación de venta internacional que pretende regular el contrato como un todo, independientemente de cualquier legislación nacional de cada estado, a la que no se recurre jamás. El juez no tiene que determinar la ley competente que rige el contrato pues la Convención se basta a sí misma.

### **2.1. Estructura y sistematización**

La Convención está compuesta de 101 artículos, agrupados en cuatro partes:

a) La Primera Parte, *Ámbito de aplicación y disposiciones generales*, tiene dos Capítulos: Capítulo I, *Ámbito de Aplicación*; y Capítulo II: *Disposiciones Generales*.

b) La Segunda Parte, es la *Formación del Contrato*.

c) La Tercera Parte que es titulada *Compraventa de Mercaderías* se divide en cinco Capítulos: Capítulo I: *Disposiciones Generales*; Capítulo II: *Obligaciones del Vendedor*; Capítulo III: *Obligaciones del Comprador*; Capítulo IV: *Transferencia del Riesgo*; Capítulo V:

---

<sup>160</sup> En Chile, por medio del Decreto n° 544 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 31 de mayo de 1990, publicado el 3 de octubre del mismo año en el Diario Oficial, entró a regir como norma de la República la referida convención.

Disposiciones comunes a las obligaciones del Vendedor y del Comprador.

d) La Cuarta Parte son las Disposiciones Finales.

La Convención crea un derecho internacional uniforme en materia de contratos internacionales, sin pretender inmiscuirse con el régimen nacional del contrato de compraventa celebrado entre nacionales del mismo Estado, ni con los tratados comerciales que los países hubieran celebrado estableciendo reglas específicas para casos concretos. Es un esfuerzo de equilibrio para cubrir un mayor número de regímenes, sin pretensiones de una unificación total de los contratos internacionales.

A fin de permitir un mayor número de adhesiones, la Convención ha establecido no sólo líneas de unión entre los dos sistemas jurídicos más importantes en el mundo –el *Common law* y el sistema de derecho continental- sino que también la posibilidad de ser adoptado su texto por partes, con excepciones y aun con reservas. El objetivo de estas posibilidades que se les otorgan a los estados signatarios es para que por lo menos una parte de ella (la Primera) se ponga en vigencia y así facilitar la adopción de la Convención, por un mayor número de países.

Finalmente, la Convención contiene un Protocolo adicional que modifica la Convención de New York del 14 de junio de 1974 sobre la prescripción en materia de venta internacional de mercaderías. Así, el

tema de la prescripción queda únicamente contenido en este texto uniforme.

La Convención ha sido publicada en sus seis idiomas oficiales (árabe, chino, español, inglés, francés y ruso), de tal suerte que bastaría la cita en cualquiera de dichos idiomas para que la misma sea considerada válida en toda su extensión.

## **2.2. Ámbito de aplicación**

Tal como lo dice el título de este texto, sólo se regulan por la convención los contratos de compraventa que tengan por objeto mercaderías o bienes, por lo que no regula la transferencia de servicios. Sin embargo, la Convención establece en su artículo 2º que no se aplicará la Convención a la compraventa de ciertos bienes muebles. Es interesante hacer notar que es éste el artículo que caracteriza a la Convención como mercantil ya que si se interpreta a contrario sensu el referido artículo, se tiene que las compraventas reguladas por la Convención son las que se hacen con el ánimo de revender, que es el elemento que le da el carácter mercantil a las operaciones de compraventa<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> Artículo 2

*La presente Convención no se aplicará a las compraventas:*

*a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;*

*b) en subastas;*

*c) judiciales;*

*d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero;*

## **VI. Estudio particular de la convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en especial la obligación de entrega, aplicando el derecho romano.**

### **1. Aproximación al tema en estudio.**

La idea central, que subyace a la Convención es el afán internacional de la misma, debiendo aplicarse este criterio informador con preeminencia a las posibles soluciones o interpretaciones que otorgue el derecho nacional de cada estado contratante, puesto que lo pretendido por la Convención es la creación de un “derecho común”, de carácter internacional, aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Es aquí donde nuevamente hace su aporte el derecho romano, ya que hoy la ciencia romanista es internacional, cultivada en casi todos los países del orbe, por lo que se presenta útil para el estudio de un texto internacional de esta naturaleza.

Aunque la construcción romana para el régimen de la compraventa puede tener ciertas deficiencias que dificultan comprender los mecanismos jurídicos de la compraventa internacional actual, aquella igual se muestra útil para abordar la mayoría de los problemas en cuestión. Como ejemplo de los problemas que contiene la doctrina romana que se pretenda aplicar a la Convención se encuentra el hecho que los romanos elaboraron la doctrina de la compraventa teniendo en

---

e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves;  
f) de electricidad.

mente su modo más ordinario y primitivo, la venta de contado, y esto se refleja en ciertos contenidos de dicha doctrina. Uno de éstos es la dificultad de aceptar la compraventa de géneros indeterminados, lo que tiene hoy una importancia capital dentro del comercio internacional.

El que la compraventa romana se concibiese como un negocio contractual fundado en la *bona fides*, o sea un negocio de derecho de gentes, hace ver que se le entendía como un negocio con vocación de internacionalidad y podría hoy decirse que fue la compraventa romana concebida como un contrato "internacional".

## **2. La obligación de entrega en la Convención de Viena.**

En el capítulo II de la convención de Viena, que trata sobre las obligaciones del vendedor, se establece la obligación de entrega del vendedor en su artículo 30, el que establece que:

*“Artículo 30: El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”.*

Luego, la Convención define, en la sección I del mismo cuerpo que trata de la entrega de la mercadería y de los documentos, la obligación del vendedor de entregar las mercaderías en los artículos 31 a 34, los que dicen así:

*“Artículo 31: Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá:*

*a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador;*

*b) cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar;*

*c) en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.”*

*“Artículo 32: 1) Si el vendedor, conforme al contrato o a la presente Convención, pusiere las mercaderías en poder de un porteador y éstas no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición o de otro modo, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.*

*2) El vendedor, si estuviere obligado a disponer el transporte de las mercaderías, deberá concertar los contratos necesarios para que éste*

*se efectúe hasta el lugar señalado por los medios de transporte adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte.*

*3) El vendedor, si no estuviere obligado a contratar un seguro de transporte, deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro.”*

*“Artículo 33: El vendedor deberá entregar las mercaderías:*

*a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o*

*b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o*

*c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.”*

*“Artículo 34: El vendedor, si estuviere obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato. En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.”.*

Como ya se ha leído, la entrega consiste, según el artículo 31 recién transcrito, y cuando la compraventa implique transporte de las mercancías, "*en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador*"; ahora bien, cuando el contrato no implique el transporte, la entrega consiste en "*poner las mercaderías a disposición del comprador*". Al ponerse las mercaderías en poder del porteador, en realidad se están poniendo a disposición del comprador, pues es él quien podrá recogerlas cuando lleguen al puerto de destino; por esta circunstancia se explica que el artículo 32, en su circunstancia 1ª exija que el vendedor identifique claramente las mercaderías al ponerlas en poder del primer porteador.

El artículo 41<sup>162</sup> por su parte, dispone que el vendedor entregue las mercancías "*libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero*". Especialmente se vigila, según lo preceptuado en el artículo 42<sup>163</sup>, la circunstancia que un tercero tenga o pretenda derechos sobre las

---

<sup>162</sup> "Artículo 41

*El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42*".

<sup>163</sup> "Artículo 42

*1) El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del*

*contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual;*

*a) en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o*

*b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.*

*2) La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:*

*a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o*

mercancías basados en la propiedad industrial o intelectual, caso en el que la responsabilidad del vendedor se limita y sólo responde por la existencia de derechos que conoció o debió conocer, siempre y cuando esos derechos se funden en la ley del Estado donde el comprador tenga su establecimiento, o en la ley del Estado donde las partes habrían convenido que se revenderían las mercancías y siempre que esos derechos no fueran conocidos o no debieran ser ignorados por el comprador.

Esta obligación de entregar las mercancías libres de cualquier derecho de terceros se ha interpretado como una consecuencia de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de las mercancías establecida en el artículo 30 de la Convención.

Junto con las mercancías, el vendedor debe entregar los documentos relacionados con ellas, según se dice en el artículo 30, pero no precisa la Convención cuáles sean esos documentos, aunque expresa que el vendedor puede incurrir en responsabilidad si no entrega los documentos idóneos, al tenor de lo preceptuado en el artículo 34, concibiéndose esta obligación de entrega de los documentos como una obligación distinta de la de entregar las mercancías.

---

*b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador”.*

Sobre el lugar donde ha de hacerse la entrega, la Convención dice que a falta de señalamiento en el contrato, se observará lo siguiente: si el contrato implica el transporte, el lugar será el que convengan el vendedor y el primer porteador; como es claro, la Convención en su artículo 31 letra a), sólo dice que el vendedor entregará al primer porteador, por lo que puede ser que el porteador recoja las mercancías donde las tenga el vendedor o sea éste quien las lleve al porteador; de otra parte, si el contrato no implica el transporte de la mercancía, se deben distinguir dos situaciones: i) si se trata de mercancías que han de fabricarse o de especificarse de entre un género determinado, el lugar de entrega será donde tengan que fabricarse o especificarse, esto es, el lugar donde ellas estén y; ii) en los demás casos, el lugar de entrega será donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de celebrarse el contrato.

Si no se ha fijado un plazo para la entrega, ésta deberá hacerse "*dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato*" según dispone el artículo 33 en su letra c); a través de este artículo se le entregan facultades a los jueces para que determinen, caso por caso, cuál es el plazo "*razonable*", tomando en cuenta diversas circunstancias, como el interés del demandante, las condiciones del mercado, la calidad de las mercancías y cualesquiera otras que sean atinentes al caso en cuestión.

El objeto de la entrega son las mercaderías definidas en el contratos, las que deben entregarse en la cantidad, con la calidad y tipo convenidos y envasadas o embaladas en la forma definidas en el mismo

contrato según lo preceptuado en el artículo 35, circunstancia 1<sup>a</sup><sup>164</sup>, pero si no hay determinaciones expresas sobre este tema en particular, se observará lo que prescribe la circunstancia 2<sup>a</sup> del mismo artículo.

La falta de conformidad de las mercancías entregadas con las mercancías definidas en el contrato no constituye, por principio, incumplimiento de la obligación de entregar, y sólo da lugar a una reducción proporcional del precio según lo dice el artículo 50<sup>165</sup>, y a una indemnización por daños y perjuicios que contempla el artículo 45<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> “Artículo 35

1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;

b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;

c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, sino existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

3) El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato”.

<sup>165</sup> “Artículo 50

Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor

que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos”.

<sup>166</sup> “Artículo 45

1) Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:

a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 45 a 52;

b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

2) El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.

### **3. La responsabilidad del vendedor por incumplimiento de su obligación de entregar, en la convención de Viena.**

El vendedor incumple su obligación de entregar:

- a) si no entrega mercancía alguna;
- b) si entrega mercancía pero incurre en lo que la Convención llama un *incumplimiento esencial*", y
- c) si hace una entrega extemporánea.

Estas circunstancias permiten que el vendedor pueda exigir el cumplimiento del contrato, o pedir la resolución del mismo y en ambos casos puede pedir la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Según el criterio que da la Convención en su artículo 25<sup>167</sup>, puede pensarse que un "*incumplimiento esencial*" sería entregar una cosa sustancialmente distinta de la convenida, pero este sería más bien una falta total de entrega. Otra circunstancia de "*incumplimiento esencial*" sería, según el artículo 51<sup>168</sup>, el de entrega parcial o de mercancía no

---

3) Cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia".

<sup>167</sup> "Artículo 25

*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación".*

<sup>168</sup> "Artículo 51

conforme con la convenida, pero estas circunstancias se relacionan más bien con la responsabilidad del vendedor por la existencia de vicios ocultos o por la no existencia de ciertas cualidades.

Existe también un caso especial de incumplimiento y que es el de la entrega tardía de las mercancías. Por regla general, la entrega se hace con conocimiento del comprador, por lo que si éste recibe las mercancías después de la fecha convenida de entrega, se entiende que acepta la entrega tardía, por lo que no podrá luego reclamar por ello según establece el artículo 46 en su numeral 1<sup>o</sup><sup>169</sup>, pero como la entrega también puede hacerse al primer porteador, puede ocurrir que el comprador no tenga conocimiento de esta situación, razón por la que la Convención en su artículo 49, 1) a) y 2) c) permite al comprador resolver el contrato<sup>170</sup>.

---

1) Si el vendedor sólo entrega una parte de las mercaderías o si sólo una parte de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, se aplicarán los artículos 46 a 50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme.

2) El comprador podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste”.

<sup>169</sup> “Artículo 46

1) El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

2) Si las mercaderías no fueren conforme al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento”.

<sup>170</sup> “Artículo 49

1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado.

Cuando, en definitiva, el comprador opta por la resolución del contrato se producen los siguientes efectos:

1. el contrato pierde vigor, excepto en lo relativo a las obligaciones de las partes en caso de resolución, incluida la de indemnizar de los daños y perjuicios, y lo referente a los convenios sobre solución de controversias.

2. El vendedor debe restituir el precio cobrado, más los intereses correspondientes, contados a partir de la fecha en que lo recibió.

Ahora, si el comprador exige el cumplimiento del contrato, el vendedor quedará obligado a entregar la mercancía convenida en el lugar y plazo establecidos por el juez o árbitro que conoció el caso. En uno y otro supuesto el comprador tiene, además, derecho a una indemnización por daños y perjuicios que abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero no podrá exceder la indemnización a la cantidad equivalente a la pérdida que el vendedor "*hubiera previsto o debiera haber previsto, en el momento de la celebración del contrato [... ] como*

---

2) No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega;

b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable:

i) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento;

ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o

iii) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2) del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento".

*consecuencia posible del incumplimiento del contrato*" según establece el artículo 74.

Es claro que la indemnización al comprador debe incluir, como lo establecen los artículos 75 y 76<sup>171</sup>, las diferencias que hubieren entre el precio de las mercancías convenidas y el precio al que el comprador tenga que comprarlas, antes o después de la resolución del contrato.

#### **4. La obligación de entregar, en el derecho romano clásico**

En el derecho clásico, la obligación del vendedor consiste en entregar la posesión libre o “*vacuam possessionem tradere*”<sup>172</sup> e indiscutida de la cosa vendida. Como ya se viera en el capítulo anterior, el vendedor no tiene obligación de “transmitir la propiedad”, por lo que puede vender cosas ajenas.

---

<sup>171</sup> “Artículo 75

*Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74”.*

“Artículo 76

*1) Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del*

*precio corriente en el momento de la resolución.*

*2) A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías”.*

<sup>172</sup> D. 18, 1,18, 1; D. 78,1.

Se considera que el vendedor no cumple con su obligación, si el comprador no puede vencer en los interdictos posesorios a quien intente perturbarle la posesión o despojarle la posesión de la cosa comprada<sup>173</sup>; cuando la venta es de inmuebles, “*vacua possessio*” quiere decir libre de arrendatarios y otros usuarios.

Aunque el vendedor no está obligado a transferir la propiedad, la adquisición de la propiedad de la cosa por el comprador es el fin natural del negocio. Por esto, se entiende que el vendedor ha de hacer todo lo que esté de su parte para que el comprador adquiriera la propiedad de la cosa vendida, por ejemplo hacer una *mancipatio* o *in iure cessio* cuando la cosa es *mancipi*, o asistir al comprador en el juicio reivindicatorio sobre la cosa vendida.

Cuando la cosa es *nec mancipi* la obligación del vendedor se verifica por medio de la *traditio*, en la que el comprador adquiere la propiedad civil de los bienes *nec mancipi*.

La *traditio* o acto de entrega, consiste propiamente "en dejar que el *accipiens* tome posesión de la cosa<sup>174</sup>", por lo que puede ser meramente pasiva. Para que haya *traditio* de cosas muebles no siempre es necesario que el *accipiens* las tome con las manos. Así, esta *traditio* puede hacerse marcando con señales las cosas<sup>175</sup> o entregando las llaves del almacén

---

<sup>173</sup> D.19.1.11.13.

<sup>174</sup> D 19.1.3.4

<sup>175</sup> D. 18.6.15.14.

donde están<sup>176</sup>, o colocándolas en el lugar que ha determinado el *accipiens*<sup>177</sup>, poniéndolas a la vista del *accipiens*<sup>178</sup>, colocando el *accipiens* junto a ellas un vigilante<sup>179</sup>, entregándolas a persona determinada por el *accipiens*<sup>180</sup>, o conviniendo que se queda con la cosa como propietario el que ya la tenía como no propietario<sup>181</sup>.

De todas estas formas se desprende que lo importante es que el *accipiens* obtenga un control efectivo sobre la mercancía, para lo cual es necesario que el *accipiens*, si no tiene la mercancía a la vista, sepa al menos dónde está.

La *traditio* podía ser hecha a un representante del *accipiens*, admitiéndose que los dueños de esclavos, o los *pater familias* podían adquirir la posesión de cosas entregadas a sus esclavos o hijos.

Los textos dicen que se puede adquirir la posesión, por medio de un *procurator* al que se le ha dado mandato de comprar<sup>182</sup>. En estos casos, el mandante adquiere la posesión cuando la cosa es entregada al *procurator*, aun cuando lo ignore.

---

<sup>176</sup> D.17.1.7.4.

<sup>177</sup> D.41.2.18.2.

<sup>178</sup> D.46.3.79.

<sup>179</sup> D.41.2.51.

<sup>180</sup> D.39.5.31.1.

<sup>181</sup> D.41.2.18.

<sup>182</sup> D. 41.1.13; D.42.2.

El lugar de la entrega, a falta de convenio en contrario, puede ser el lugar donde la cosa esté. Esto se afirma<sup>183</sup> para el caso de venta de vino de la ciudad de Brindisi, y parece implícito en otros casos de venta de vino<sup>184</sup>.

A falta de plazo convenido, la entrega debe hacerse inmediatamente<sup>185</sup>, a no ser que por la naturaleza de las cosas sea necesario conceder un plazo al vendedor. Hay varios textos de casos en que un plazo es requerido: cuando la entrega ha de hacerse en lugar distinto del domicilio del vendedor, debe dársele plazo suficiente para trasladarse a ese lugar<sup>186</sup>; cuando se trate de una cosa que el vendedor tiene que fabricar, ha de dársele el tiempo necesario para ello<sup>187</sup>, o si se vende la cría que va a nacer es necesario esperar a que nazca<sup>188</sup>.

## **5. Responsabilidad del vendedor por la no entrega de mercancías en el derecho romano clásico**

El vendedor responde del incumplimiento de su obligación de entregar por la *actio empti*. Tratándose de cosas muebles, responde si el incumplimiento se ha hecho imposible por culpa suya y aun cuando, sin su culpa, la cosa es deteriorada o robada por terceros (responsabilidad por custodia); si el incumplimiento se hace imposible por causa de fuerza

---

<sup>183</sup> D.19.1.3.4.

<sup>184</sup> D.18.6.1.4.2.

<sup>185</sup> D.5.16.21.

<sup>186</sup> D.45.1.41.1; D.60. D.73.

<sup>187</sup> D.45.1.14.; D.73; D.137.3.

<sup>188</sup> D.45.1.73.

mayor, el vendedor no responde pues el riesgo corresponde al comprador. Cuando la cosa es genérica, la responsabilidad del vendedor es plena, hasta que se especifique la mercancía, ya que los géneros no perecen.

El incumplimiento de la obligación de entregar permite al comprador ejercitar la *actio empti*, aunque no haya pagado el precio, pues el contrato se perfecciona por el solo consentimiento. Sin embargo, el comprador, para ejercitar la acción, debe, cuando menos, ofrecer el pago del precio<sup>189</sup>. El incumplimiento del vendedor debido a caso fortuito, no da lugar a la resolución del contrato salvo pacto en contrario, por lo que el comprador no puede exigir la restitución del precio que hubiera pagado.

El incumplimiento de la obligación de entregar la cosa se produce cuando no hay entrega en el momento oportuno, o cuando el comprador es vencido en un proceso interdictal sobre la posesión de la cosa<sup>190</sup>. Por incumplimiento se puede exigir al vendedor, en principio, una cantidad equivalente al valor de la mercancía. Además, el vendedor responde, como en todas las acciones de buena fe, de los daños (daño emergente) y perjuicios (lucro cesante) que haya causado por el incumplimiento al comprador.

---

<sup>189</sup> D.19.1.13.8.

<sup>190</sup> D.19.1.11.13.

En resumen, el vendedor responde por aquello que el comprador no tiene a causa del incumplimiento de su contraparte y este criterio ha de aplicarse caso por caso.

## **6. La obligación del vendedor de entregar en la compraventa internacional desde la perspectiva del derecho romano clásico**

La Convención define como obligaciones del vendedor las de entregar los documentos y transmitir el dominio según ya se viera con anterioridad. Esta obligación de contiene en el artículo 30 de la Convención el que precisa que el vendedor ha de entregar las mercaderías "libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero", en concordancia al artículo 41 del mismo texto.

Lo recién expuesto es absolutamente coincidente con la obligación del vendedor romano de entregar la *vacua possessio* de las mercancías.

La obligación de entregar documentos, en la Convención de Viena, se explica porque éstos le son necesarios al comprador para tener una posesión pacífica e indiscutida de la cosa.

La obligación de transferir el dominio que impone la Convención al vendedor, en realidad no tiene sentido puesto que desde el momento en que el objeto de las compraventas reguladas en la Convención son mercaderías (es decir, bienes fungibles), la propiedad de ellos se adquiere

por la simple *traditio* o entrega, de modo que cuando el vendedor entrega, al mismo tiempo el comprador adquiere la propiedad de las mercancías.

Cabe, pues, afirmar que la obligación del vendedor en la compraventa internacional es entregar la libre e indiscutida posesión de la cosa, lo cual implica entregar los documentos necesarios y responder al comprador por derechos de terceros sobre las mercancías.

La entrega o *traditio* consiste en la Convención en poner la mercancía "a disposición del comprador", o, si el contrato implica el transporte, en ponerla "en poder del primer porteador". En derecho romano la *traditio* consiste, como ya se señalara, en dejar que el comprador tome posesión de la mercancía. Esto equivale a "poner a disposición del comprador" del que habla la Convención.

En cuanto al lugar de entrega, a falta de convenio en contrario, tanto la Convención como el derecho romano, disponen que sea el lugar donde la mercancía se encuentre, cuando ésta tenga que fabricarse o determinarse de entre un género limitado. Cuando la compraventa implica el transporte, dice la Convención que el lugar de entrega será donde esté el primer porteador; si al porteador lo ha elegido el comprador, cabe decir que se ha producido un acuerdo tácito entre las partes acerca del lugar de entrega; si el porteador lo elige al vendedor, entonces las partes han acordado tácitamente que el vendedor escoja el

lugar de entrega. En casos de ventas de cosas que no tengan que especificarse de entre un género limitado o fabricarse, y que no impliquen el transporte, el lugar de entrega, dice la Convención, es el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento.

A falta de convenio sobre el tiempo de la entrega, dice la Convención que será un "plazo razonable" atendidas las circunstancias del caso, a partir de la celebración del contrato. En derecho romano, se dispone que el vendedor debe entregar la cosa inmediatamente, a no ser que por la naturaleza de las cosas tenga que darse un plazo al vendedor.

## **7. La responsabilidad del vendedor por incumplimiento en la compraventa internacional, desde un enfoque de derecho romano**

En lo relativo a la responsabilidad que tiene el vendedor por el incumplimiento de su obligación de entregar, puede señalarse que esta se concibe de una manera diferente por el texto de la Convención y por el derecho romano. En la Convención se dice que el comprador tiene el derecho de resolver el contrato, en tanto que en el derecho romano el comprador no resuelve el contrato sino que exige con la *actio empti* la responsabilidad al vendedor.

Según la Convención, el comprador puede resolver el contrato cuando el vendedor no entrega la cosa, pero no le exige a aquel que haya cumplido con su obligación de pagar el precio o que, al menos, se

encuentre llano a solucionarlo. Como lógica consecuencia de la resolución del contrato, las partes deben restituirse mutuamente lo que se hubieren dado; en el caso de resolución por incumplimiento del vendedor, lo más usual será que el vendedor tenga que restituir el precio recibido más los intereses correspondientes a la cantidad recibida, contados a partir de la fecha en que se recibió<sup>191</sup>, y puede además el comprador exigir una indemnización por los daños y perjuicios que le causó el incumplimiento del vendedor en la que se incluye el daño emergente y el lucro cesante<sup>192</sup>.

Abordando ahora esta circunstancia desde la perspectiva del derecho romano, el comprador no resuelve el contrato, sino que sólo exige la responsabilidad al vendedor por su incumplimiento. La resolución del contrato se da, en cambio, cuando se celebra un contrato de compraventa y el vendedor ha entregado la cosa al comprador, por lo que la resolución sirve para que el vendedor recupere la cosa entregada.

---

<sup>191</sup> “Artículo 84:

1) El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

2) El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas:

a) cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o

b) cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas.”

<sup>192</sup> “Artículo 74

*La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”.*

Así ocurre en los casos de venta con *lex commissoria*, con pacto de *in diem adictio*, o con pacto de recompra (*de retroemendo*) en favor del vendedor. Cuando no se ha entregado la cosa, sino sólo el precio, la acción del comprador es para recuperar una cantidad de dinero, por lo que no es necesario resolver el contrato. El vendedor, al incumplir con su obligación de entrega, queda entonces obligado, no a restituir el precio, sino a entregar al comprador una cantidad pecuniaria equivalente a lo que éste hubiera tenido de cumplirse el contrato<sup>193</sup>, lo que obviamente abarca lo pagado más los daños y perjuicios causados.

En la comparación de ambos sistemas, se puede concluir que no hace falta resolver el contrato según dice la Convención, para exigir responsabilidad al vendedor; bastaría con que el juez que conoce del caso pueda condenar al vendedor al pago de una cantidad a falta de cumplimiento por la entrega de las mercancías.

Si las partes llegaran a un acuerdo en orden a conceder un plazo para la entrega morosa, esto permitiría que el comprador exigiera responsabilidad pecuniaria al vendedor por su incumplimiento, sin necesidad de resolver el contrato, y sin estar sujeta su acción a un plazo de caducidad, que es lo que llama "*plazo razonable*" el artículo 49 de la Convención<sup>194</sup>. El vendedor, haciendo uso de este acuerdo, podría

---

<sup>193</sup> D.19.1.1.

<sup>194</sup> Artículo 49

1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

cumplir con su obligación antes de la dictación del laudo arbitral y evitar así la condena, lo que parece más acorde al espíritu de la Convención, cuyos artículos 47 y 48 permiten establecer plazos suplementarios para que el vendedor cumpla su obligación de entrega<sup>195</sup>.

---

*b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado.*

*2) No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:*

*a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega;*

*b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable:*

*i) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento;*

*ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o*

*iii) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2) del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.*

<sup>195</sup> “Artículo 47

*1) El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.*

*2) El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento”.*

“Artículo 48

*1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.*

*2) Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.*

*3) Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente.*

*4) La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2) o al párrafo 3) de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador”.*

Además, la Convención contempla<sup>196</sup> que los tribunales que conozcan de casos que hayan de resolverse conforme a ella, condenarán, por regla general, al pago de una cantidad, y sólo por excepción se admite la condena en especie, cuando los tribunales en virtud de su propio derecho, suelen así disponerlo.

Como ya vimos, según la Convención, el vendedor no cumple su obligación de entregar cuando no entrega mercancía, cuando hace una entrega extemporánea, o cuando efectúa la entrega pero incurre en un "*incumplimiento esencial*".

De las tres situaciones referidas en el párrafo precedente, importan sólo las dos últimas a efecto de su estudio, ya que la primera no ofrece ninguna dificultad en su interpretación. Así, la entrega morosa puede realizarse en el derecho de la Convención sin que el comprador la acepte, sólo en el caso que la venta implique el transporte de las mercaderías, caso en el que el vendedor cumple con la obligación de entrega poniendo las mercancías en manos del primer porteador. Aplicando las reglas de la representación, puede inferirse que si el comprador determinó quién sería el porteador, y éste acepta una entrega demorada, los efectos de tal aceptación se radican en el representado, por lo que no habría incumplimiento del vendedor, sino que sólo podría responder de los

---

<sup>196</sup> "Artículo 28

*Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención".*

daños y perjuicios derivados de la mora en cumplir con su obligación de entrega; pero si es el vendedor quien escoge al porteador, y pone tardíamente las mercancías objeto del contrato en poder de éste, entonces, según el texto de la Convención, se da una entrega tardía que constituye un incumplimiento del contrato siempre que el comprador no manifieste su rechazo dentro de un “plazo razonable” desde que tuvo conocimiento de la circunstancia de haber entregado el comprador las mercaderías al porteador.

Tampoco la Convención define cuándo puede haber entrega y, al mismo tiempo, verificarse un "*incumplimiento esencial*". Si se entiende que la obligación del vendedor es entregar la *vacua possessio* de la cosa, habrá "*incumplimiento esencial*" de la obligación de entregar cuando el comprador no obtiene la posesión libre e indiscutida de las mercancías.

En cuanto al monto de los daños y perjuicios que deben ser reparados por el incumplimiento, coincide la Convención y el derecho romano diciendo que éstos abarcan la diferencia de precio que el comprador tiene que pagar para adquirir, por otro medio, la mercancía que no entregó el vendedor. La Convención precisa que el vendedor responde de la diferencia del precio convenido con el precio que tuvo que pagar el comprador para adquirir "*de manera razonable y dentro de un plazo razonable*" las mercancías que él requería<sup>197</sup>. Si el comprador no ha

---

<sup>197</sup> "Artículo 75

*Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la*

procedido a una compra de reemplazo, entonces puede exigir al vendedor la diferencia con el "precio corriente de las mercancías" en el "momento de la resolución" del contrato.

Por último, la Convención, en su artículo 74<sup>198</sup>, limita el monto de la indemnización que obtendrá el comprador a la pérdida que el vendedor hubiera previsto, o debiera haber previsto al celebrar el contrato derivados de su incumplimiento.

## **VII. El Libro XVIII del Digesto.**

Como es sabido, el Digesto de Justiniano (*Digesta Iustiniani*) es una compilación antológica de fragmentos extraídos de los libros escritos por los juristas clásicos, hecha por una comisión de juristas encabezada por Triboniano<sup>199</sup>, quien recibió del emperador Justiniano el encargo de elaborarla. En total, el Digesto consta de cincuenta libros, subdivididos en títulos, éstos en párrafos, que también han sido llamados "leyes", y los párrafos largos subdivididos en parágrafos. Los libros sólo se distinguen sólo por su número; los títulos, en cambio, sí tienen un nombre propio

---

*parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74*".

<sup>198</sup> "Artículo 74

*La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato*".

<sup>199</sup> Triboniano nació en Panfila, en fecha desconocida y murió el año 545 d.C.

El Libro XVIII consta de siete títulos y un total de ciento setenta y tres párrafos. Todo el libro se ocupa de la compraventa, aunque no contiene todos los párrafos que hay en el Digesto sobre esta materia. Como el Digesto entero, este libro XVIII es esencialmente una colección de casos con sus respectivas soluciones.

La idea de abocarse ahora al estudio del Digesto en lo relativo a la obligación de entrega del vendedor, del precio en el contrato de compraventa y de los pactos accesorios a esta, es ver cómo los principios que aquí se contienen se aplican en propiedad al régimen actual de la compraventa internacional de mercaderías definido en la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) en lo relativo a la obligación de entregar que pesa sobre el vendedor.

Además, y es este el tema central de lo que a continuación se tratará, la idea central es ver de qué manera en la compraventa se recoge la idea del lucro, elemento caracterizador de la compraventa mercantil, para hacer aplicable este mismo principio a la Convención recién mencionada.

El título primero se titula "Sobre la contratación de compra, sobre los pactos concertados entre comprador y vendedor, y sobre las cosas que no pueden ser vendidas". El título segundo trata sólo de la venta con

pacto de adjudicación a término (*in diem adictio*), que hoy es lo que se conoce como subasta o remate. El título tercero se refiere a la venta con cláusula comisorias que posibilita al vendedor para resolverla en caso de que el comprador no pague el precio, o parte del precio, en un momento determinado. El título cuarto trata de la venta de herencia y la venta de acciones o créditos. El título quinto versa sobre los casos en que se puede deshacer la compraventa por el mero consentimiento de las partes y de en los que el comprador puede resolver unilateralmente el contrato, especialmente en las compras "a prueba" o *ad gustum*, en las que tiene un derecho semejante al que tiene el vendedor en las ventas con pacto de *in diem adictio* o con *lex commissoria*. El título sexto se refiere al problema del riesgo por pérdida o deterioro de la mercancía. Finalmente, el título séptimo se ocupa de los pactos o cláusulas que solían añadirse a las ventas de esclavos.

En este apartado, se citarán algunos casos del Libro XVII del Digesto referidos a la obligación de entrega del vendedor y de cómo estos, con los principios jurídicos que subyacen a los mismos, se recogen en la Convención. Para lograr lo anterior, se transcribirá el texto del párrafo correspondiente del Digesto, con su autor, y se hará en cada caso una breve explicación de cómo esos principios romanos se contienen hoy en día en la Convención.

**Algunos casos del libro XVIII del Digesto y la aplicación  
práctica de los mismos a la Convención de las Naciones Unidas sobre  
Compraventa Internacional de Mercaderías.**

**Título I. Sobre la contratación de compra, sobre los pactos  
concertados entre comprador y vendedor, y sobre las cosas que no  
pueden ser vendidas.**

Párrafo 3º: *“Ulpiano en el libro vigésimo octavo a Sabino. Cuando la cosa hubiese sido vendida de modo que si no agradara se tuviese por no comprada, es cierto que no ha sido vendida bajo condición, sino que la compra se resuelve bajo condición<sup>200</sup>”*. En esta parte del Libro XVIII se recoge la figura de la compraventa al gusto<sup>201</sup>, en la que el comprador se reserva el derecho de devolver la cosa si esta no le gustare; aquí se ve claramente que ambas partes tienen interés en que sus expectativas se vean cumplidas, el vendedor confía en la calidad de su producto y por eso lo entrega al eventual comprador el que, por su parte, acepta probar la cosa y asume en esta situación el riesgo derivado de la custodia de la misma. En definitiva, ambas partes desean contratar y asumen los riesgos en la confianza que el contrato, en definitiva, quedará firme.

Párrafo 6º: *“Pomponio en el libro noveno a Sabino. Pero Celso, el hijo, dice que tú no puedes comprar un hombre libre, a sabiendas<sup>202</sup> ni*

---

<sup>200</sup> Es la compraventa llamada *ad gustum* o a prueba. Nótese la construcción romana de que la compra se resuelve bajo condición, que significa que el comprador tiene el derecho a resolver la compra, sujeto a la condición de que no le guste la mercancía. Ver los párrafos 18.2.2. y 18.3.1.

<sup>201</sup> V. artículos 131 y 132 del Código de Comercio.

<sup>202</sup> Licinio Rufino también dice que es nula la compra de un hombre libre, si lo sabe el comprador.

*hay enajenación de cualquier cosa que sabes que su enajenación está prohibida, como lugares sagrados o religiosos, o de las cosas que están fuera del comercio, como las públicas, que no están en patrimonio del pueblo, sino que se tienen en público uso, como el campo de Marte.*

*(1) Si se 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 percibido de él los frutos, fuesen éstos restituidos al darse aquél por no comprado y, asimismo, que en cuanto de menos se vendiese después a otro, eso mismo pagase el comprador al vendedor; no habiéndose pagado el dinero en el término fijado, se ha resuelto que el vendedor tiene la acción de venta por esta causa<sup>203</sup>. Y no debe perturbarnos que se diga que habrá acción de venta después de quedar como no comprado el fundo, pues en las compraventas hay que atenerse 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<sup>204</sup>. Esta regla interpretativa de que debe preferirse lo "hecho" (*quod actum*), es decir, lo realmente querido y manifestado por la conducta*

---

<sup>203</sup> Es decir, el vendedor puede reclamar al comprador con la acción de compra, no obstante haberse ya resuelto el contrato, que le pague la diferencia de precio.

<sup>204</sup> Esta regla interpretativa de que debe preferirse lo "hecho" (*quod actum*), es decir, lo realmente querido y manifestado por la conducta efectiva, a lo "dicho" (*quod dictum*), esto es, a las palabras dichas o escritas del contrato, coincide con lo que dice el artículo 8 de la Convención: "*Para determinar la intención de una parte. . . deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes*".

efectiva, a lo "dicho" (*quod dictum*) en el contrato, coincide con lo que dice el artículo 8 de la Convención: "*Para determinar la intención de una parte. . . deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes*".

Párrafo 7º "*Ulpiano en el libro vigésimo octavo a Sabino. Es condicional la venta de un esclavo así concebida: "si hubiese rendido las cuentas del dueño según arbitrio", y las ventas condicionales se perfeccionan cuando la condición se cumple. Pero ¿cuál es aquí la condición de la venta: que el mismo dueño juzgase a su arbitrio o más bien al arbitrio de un hombre recto? Si entendemos que al arbitrio del dueño la venta es nula, lo mismo que si alguien vendiese así: "si quisiera", o se prometiese al que estipula: "si yo quisiera te daré diez". Y no debe, pues, encomendarse al arbitrio del deudor si ha de quedar o no obligado. Por ello pareció bien a los antiguos que se entienda más bien conferido al arbitrio de un hombre recto que al del dueño.*

*Por lo tanto, si pudo recibir las cuentas y no las recibió, o bien las recibió y finge no haberlas recibido, se ha cumplido la condición de la compra y el vendedor puede ser demandado por la acción de compra.*

(1) *Es válida la compra así concebida "en cuanto tú lo has comprado"; "por cuanto tengo en caja". Pues no es incierto el precio porque no sea evidente a la venta; más bien se ignora en cuánto se ha comprado, que el que sea incierto el precio en la realidad. Esta idea de*

que la ignorancia del monto del precio no impide que exista un precio objetivamente determinable y, por tanto, que haya contrato, podría servir para explicar el artículo 55 de la Convención, que dice que cuando las partes han celebrado un contrato y no han hecho referencia expresa o tácita a un precio, se entiende que hacen referencia al precio de mercado; es decir, aunque las partes no tienen evidencia actual del precio convenido existe un precio objetivamente determinable de una promesa.

*Párrafo 8º: “Pomponio en el libro noveno a Sabino. No puede entenderse que exista compra ni venta sin una cosa que se venda; no obstante, los frutos y partos futuros pueden rectamente ser comprados, de tal modo que cuando el parto tenga lugar se entienda la venta hecha en el momento en que se contrató; pero si el vendedor hiciera algo para que no nazcan o se produzcan, puede demandarse por la acción de compra. (1) Sin embargo, a veces, se admite también una venta sin cosa; así en el caso en que se compre como un azar, lo cual sucede cuando se compra una captura de peces, de aves o de aquellas cosas que se lanzan al pueblo como regalo: la compra se contrae aunque nada se alcance, porque es compra de una esperanza. Y en el caso de que lo capturado de entre las cosas arrojadas al pueblo fuera objeto de evicción, se entiende que no se contrajo obligación alguna por esa causa, porque eso fue lo que se convino<sup>205</sup>.*

---

<sup>205</sup> Es decir, se entiende que el vendedor no tiene responsabilidad si las cosas que capturó y entregó no eran suyas y las pierde el comprador, porque eso fue lo que implícitamente se convino.

Párrafo 9º: “Ulpiano en el libro vigésimo octavo a Sabino. Es evidente que en las compras y en las ventas debe interceder el consentimiento. Por lo demás, si se disiente en la compra misma, o en el precio o en otra cosa, la compra es imperfecta. Así pues, si yo pensara que compro el fundo Corneliano y tú crees que me vendes el Semproniano, como disintimos en el objeto, la compra es nula. Lo mismo ocurre si yo pienso comprar el esclavo Estico, y tú piensas vender el esclavo Panfilo, que estaba ausente, pues cuando se disiente en el objeto, es evidente que la compra es nula.

(1) Claro que, si disintiésemos en el nombre, pero constase el objeto, no hay duda que vale la compraventa, pues nada influye el error en la denominación cuando el objeto consta.

(2) De ahí que se pregunte si hay compraventa cuando no hay error en el objeto, pero sí en la substancia; por ejemplo, si se vendiese vinagre por vino, bronce por oro, o plomo por plata u otro objeto que parezca de plata. Marcelo escribió, en el libro sexto de los digestos, que hay compraventa porque se consintió en el objeto, aunque se haya errado en la materia. Estoy de acuerdo en el caso del vino, pues la substancia es casi la misma, si el vino se agrió; por lo demás, si el vino no se agrió, sino que fue vinagre desde un principio, útil como salsa, parece que se ha vendido una cosa por otra; en los demás casos, toda vez que hay error en la materia, pienso que no hay venta<sup>206</sup>. Se

---

<sup>206</sup> Se distinguen aquí tres tipos de error: error en el nombre, que no afecta si hay consenso en el objeto; error en el objeto, que hace que la venta sea nula, y error en la sustancia que, según Marcelo, no anula la venta si hay consenso en el objeto, pero según Ulpiano sí la anula. En la Convención, en su artículo 4, letra a) se deja toda esta problemática de la validez del contrato cuando interviene error a los derechos civiles de cada país.

distinguen aquí tres tipos de error: error en el nombre, que no afecta si hay consenso en el objeto; error en el objeto, que hace que la venta sea nula, y error en la sustancia que, según Marcelo, no anula la venta si hay consenso en el objeto, pero según Ulpiano sí la anula. En la Convención, en su artículo 4, letra a) se deja toda esta problemática de la validez del contrato cuando interviene error a los derechos civiles de cada país.

Párrafo 10º: *“Paulo en el libro quinto a Sabino. Y es distinto si efectivamente hubiera sido oro pero peor de lo que el comprador estimaba, pues entonces valdrá la compra”*. Aquí se puede entender que se está en presencia del problema que la Convención denomina "falta de conformidad de las mercancías", es decir, el problema de que las mercancías no sean de la calidad convenida en el contrato o exigida por la Convención en sus artículos 35 y 44.

Párrafo 11º: *“Ulpiano en el libro vigésimo octavo a Sabino. Por otra parte, ¿qué cabe decir si el comprador fue un ciego o si se equivocó en la materia o era imperito en el discernimiento de materias? ¿Diremos que ha consentido en el objeto? ¿De qué modo consintió el que no vio? Este criterio de que no consiente quien no ve, subyace en la disposición de la Convención sobre Compraventa Internacional que dice, en su artículo 58, que el comprador no está obligado a pagar el precio si no ha tenido posibilidad de examinar las mercancías, a menos que se haya convenido una forma de entrega que impida o haga muy difícil ese examen.*

1) Pero si yo creyese que compraba una esclava doncella siendo ya ésta una mujer, la compra valdrá, pues no hubo equivocación en el sexo. Por lo demás, si yo vendiese una esclava mujer y tú creíste que comprabas un esclavo niño, como hay error en el sexo, es nula la compra y nula la venta. Este caso presenta las dificultades entre el error en la sustancia y la falta de conformidad de las mercancías que trae como consecuencia responsabilidad contractual. Para el comprador puede ser más efectivo en la compraventa internacional reclamar la falla de conformidad, según lo establecido en los artículos 49 y 50 de la convención, lo que puede dar derecho a resolver el contrato, o a reducir proporcionalmente el precio, o exigir reparación o sustitución de mercancías.

Párrafo 15º *“Paulo en el libro quinto a Sabino. Aunque se hubiese consentido en el objeto, si éste dejase de existir antes de la venta, la compra es nula.*

*(1) La ignorancia que no conoce en hombre supino aprovecha al comprador.* Esta regla favorable al comprador, está presente en la Convención en varios artículos, por ejemplo los artículos 35, 40, 42.

Párrafo 20º *“Pomponio en el libro noveno a Sabino. Sabino respondió que cuando queremos adquirir alguna cosa, como una estatua, algún vaso o vestido, dando únicamente dinero, se considera compra; y que no puede haber arrendamiento cuando el objeto mismo no es dado por aquél por el cual se elabora; y es distinto si diera un solar para que*

edifiques una casa, porque entonces procede de mí la substancia. En la compraventa internacional de cosas a fabricar, considera la noción que hay compraventa, en su artículo 3, siempre que la parte que pague su fabricación no proporcione una "parte sustancial" de los materiales para fabricarlas.

Párrafo 25º *“Ulpiano en el libro trigésimo cuarto a Sabino. Si se vende diciendo "esta cosa o aquélla", se tendrá por comprada la que elija el vendedor. (1) El que vende no tiene necesariamente que hacer el fundo de la propiedad del comprador como está obligado a hacerlo el que promete un fundo al estipulante*<sup>207</sup>. La Convención, en su artículo 65 señala que es el vendedor quien tiene, en principio, el derecho a especificar.

Párrafo 43º *“Florentino libro octavo de las instituciones. Lo que se dice en las ventas para recomendar la mercancía, si se ve claramente, no obliga al vendedor, por ejemplo, si dice que el esclavo es hermoso o la casa bien edificada; pero si dijera que el esclavo es instruido o conoce algún oficio, debe responder, pues lo vende en más por eso mismo.*

*(1) También, ciertas promesas del vendedor no le obligan si la cosa está tan a la vista que el comprador no puede ignorarla; por ejemplo, si alguien compra un esclavo que ha perdido los ojos y hace una estipulación acerca de su buen estado físico, se considera que*

---

<sup>207</sup> La obligación del vendedor es una obligación de hacer, de entregar la libre posesión, en virtud de la cual el comprador podrá adquirir la propiedad; en cambio, la obligación del promitente era una obligación de dar la propiedad de la cosa prometida

*estipuló respecto a la parte restante del cuerpo y no respecto a aquello en que el mismo se engañaba.* Establece la Convención que el vendedor no responde por defectos que el comprador conoció o no pudo ignorar, según el artículo 35.

Párrafo 54° *“Paulo en el libro primero al edicto de los ediles curules. La cosa vendida de buena fe, no debe tenerse por no comprada, por una causa nimia.* Esto es lo que se conoce como "incumplimiento esencial" en la Convención: sólo cuando hay un "incumplimiento esencial", esto es, cuando no se trata de una causa irrelevante, el comprador o el vendedor pueden pedir la resolución del contrato, según facultan los artículos 25, 49 y 64.

Párrafo 65° *“Javoleno en el libro undécimo de las epístolas. He convenido contigo que me diceses un cierto número de tejas que tú fabricares en cierto precio: ¿habrá compra o arrendamiento? Respondió: si se convino que diese tejas hechas para ti (con barro) de mi fundo, creo que es compraventa y no arrendamiento; pues hay arrendamiento de la cosa de uno, en tanto cuanto la materia con la cual algo se realiza, sigue estando en la misma situación (jurídica)<sup>208</sup> de aquél; pero en cuanto se modifica (la situación jurídica) y se enajena (la cosa), debe ser considerada más como compra que como arrendamiento.* Este criterio para distinguir la compraventa del arrendamiento de obra es la situación jurídica de la cosa. En la compraventa internacional, la

---

<sup>208</sup> Es decir, mientras la cosa siga estando en la propiedad, usufructo o posesión de quien la entregó.

Convención considera que el criterio definitivo, en su artículo 3, es que la parte principal de la obligación del que entregue las mercancías consista en suministrar mano de obra o prestar servicios.

Párrafo 74 *“Papiniano en el libro primero de las definiciones. Se entiende entregada la posesión de las mercancías depositadas en almacenes o graneros si se entregan las llaves ante los mismos. Hecho lo cual, el comprador adquiere inmediatamente el dominio y la posesión, aunque no hubiese abierto los almacenes; pero si las mercancías no fueran del vendedor, comenzará inmediatamente la usucapión”*. Este concepto de entrega que consiste en proporcionar el control sobre las mercancías, entregando las llaves del almacén, aunque se encuentren depositadas en un almacén distante, se recoge también en la Convención cuando el vendedor coloca las mercancías en manos de un porteador, que deberá conducir las a determinado lugar, y da al comprador los documentos necesarios para poder recoger esas mercancías; es decir, le da el control sobre las mercancías, según lo establecido en los artículos 30, 31 y 32 de la Convención.

Párrafo 79º *“Javoleno en el libro quinto de los últimos de Labeón. Vendiste la mitad de un fundo con el pacto de que el comprador tuviese en arriendo por diez años, mediante una cantidad por año, la otra mitad del fundo que tú retenías. Labeón y Trebacio niegan que se pueda actuar por la acción de compra para que se cumpla lo convenido. Yo creo lo contrario si vendiste el fundo en precio menor por esto, para que el*

*arrendamiento se verificase en provecho tuyo; pues esto mismo parece precio del fundo, que había sido vendido con aquel pacto<sup>209</sup>; y de este derecho usamos”.*

### **Título III. Sobre la cláusula<sup>210</sup> comisoría.**

Párrafo 2º “Pomponio en el libro trigésimo quinto a Sabino. Cuando el vendedor de un fundo dispusiera en una cláusula así: "si el precio no fuese pagado dentro del término se tendrá por no comprado el fundo”, se entenderá que el fundo no queda comprado si es que el vendedor así lo prefiere, porque esto se ha convenido en interés del vendedor; pues si de otro modo se admitiese, en el caso, por ejemplo, de incendiarse la casa de campo vendida, quedaría al arbitrio del comprador, no entregando el precio, el tener por no comprado el fundo que habría estado a su riesgo”. En la compraventa internacional se verifica esta situación en las operaciones en las que se pacta que la mercancía se entregará contra el pago del precio en que el vendedor queda liberado de su obligación de entregar si el comprador no paga el precio en el momento fijado.

Párrafo 7º “*Hermogeniano en el libro segundo de los compendios del derecho. Si el vendedor pide el precio después del día definido en la*

---

<sup>209</sup> En esta interpretación se unifican las dos operaciones económicas (venta y arrendamiento) en el régimen jurídico de la compraventa; es una muestra de la flexibilidad del contrato de compraventa.

<sup>210</sup> La traducción de *lex commissoria* por cláusula comisoría y, en general, la traducción de *lex* por cláusula, se justifica porque en el lenguaje jurídico actual no se usa la palabra "ley" para significar el contenido de la voluntad de un particular, sino la de todo el pueblo. V. artículo 1 del Código Civil.

*cláusula comisorias, se entiende que ha renunciado a ella, y no puede variar y volver a ella*". En la compraventa Internacional, si no se ha pactado otra cosa, el derecho del vendedor a resolver el contrato por falta de pago de precio, se anula si reclama el pago del precio, ya que se consideran incompatibles entre sí la acción de resolución del contrato con la de cumplimiento del mismo, según el artículo 62 de la Convención.

### **Título VI. Sobre los riesgos y ventajas de la cosa vendida<sup>211</sup>.**

*Párrafo 4º "Ulpiano en el libro vigésimo octavo a Sabino. Si alguno hubiese vendido unos vinos, y hubiese declarado que habían de ser degustados dentro de cierto término, y después dependió del vendedor que no se degustaran, cómo debe responder el vendedor por el riesgo anterior de agriarse y enmohecerse, si ciertamente por el tiempo anterior (de modo que si se corrompiesen después del día de la degustación, pertenezca el riesgo al vendedor), o si más bien se habrá resuelto la compra (como si se hubiese vendido bajo la condición de que fuese degustado antes de aquel día). Interesará determinar qué se ha convenido. Si esto estuviera oscuro, juzgo que debe decirse que la compra se mantiene, y que el riesgo afecta al vendedor incluso más allá del día prefijado para la degustación, porque él mismo hizo (que no se realizara la degustación).*

---

<sup>211</sup> La problemática de los riesgos por pérdida o deterioro de la cosa vendida es muy importante de la compraventa internacional, dado que el transporte de las mercancías, que a veces toma varios meses, suele aumentar el riesgo. Los juristas romanos dividieron los riesgos: al vendedor le corresponden las pérdidas y deterioros debidos a culpa del vendedor o a actos de un tercero; al comprador le corresponden los daños y pérdidas debidas a caso fortuito. La Convención trata de este tema desde el artículo 66 al 70 y cambia la terminología de fuerza mayor o caso fortuito por el de "impedimento imprevisible e inevitable".

*(1) Si se vendió el vino por junto, se ha de responder solamente por custodia; de lo cual resulta que, si no se vendió para que se degustase, no debe responder el vendedor de que se agrie o enmohezca, sino que todo el riesgo corresponde al comprador. Pero es difícil que alguien compre vino de modo que no lo deguste; por lo cual, si no se añadió un término para la degustación, el comprador lo podrá degustar cuando quiera, y hasta que lo hubiere degustado pertenecerá el riesgo de acidez y enmohecimiento al vendedor, pues el término fijado para la degustación hace mejor la condición del comprador. Ambas situaciones se recogen en la Convención, ya que el primero es semejante a cuando se compran mercancías en tránsito que ya están identificadas por los documentos de embarque, donde el riesgo se transmite al comprador, según el artículo 68 y, por su parte, el derecho del comprador del vino a degustarlo, tiene su símil en el derecho que en la compraventa internacional se concede al comprador de examinar las mercancías antes de pagar el precio, si no se conviene otra cosa, según lo establecido en el artículo 58*

*(2) Vendido el vino por junto, el término de la custodia es el tiempo de llevárselo. Lo que ha de entenderse así si se señaló tiempo; por lo demás, si no se señaló, se ha de ver si el vendedor no deberá una custodia indefinida. Y es más verdad, según lo que antes hemos manifestado, que interesa, o bien lo que se ha convenido respecto al tiempo, o que se le intime a retirar el vino. Ciertamente antes de que las tinajas fuesen necesarias para la vendimia, debe ser retirado el vino".*  
En la compraventa internacional, si el comprador no recoge las

mercancías en el momento oportuno, corre con los riesgos de pérdida o deterioro, según el artículo 69, pero el vendedor queda obligado a custodiarlas, con cargo al comprador, visto lo preceptuado en los artículos 85 y 88.

*Párrafo 8º “Paulo en el libro trigésimo tercero al edicto. Es necesario saber cuándo se hace perfecta la compra, y entonces sabremos de quién es el riesgo, pues al quedar perfeccionada la compra el riesgo corresponde al comprador. Y si consta claramente lo que se vendió, la calidad, la cantidad y el precio, y se hubiese vendido sin condición, se perfecciona la compra<sup>212</sup>; pero si se hubiese vendido bajo condición y ésta se frustrara, la compra es nula, como también la estipulación. Pero si la condición se hubiese cumplido, Próculo y Octaviano dicen que el riesgo es del comprador, y así lo aprueba también Pomponio, en el libro noveno (a Sabino). Si, estando pendiente la condición, hubiera muerto el comprador, o el vendedor, consta que, si la condición se cumpliera, también quedarán obligados los herederos, como si ya hubiese sido contraída la compra en el pasado. Si la cosa ha sido entregada mientras la condición estaba pendiente, el comprador no podrá usucapirla como comprador. Si pendiente la condición, la cosa hubiera perecido, se repite lo que se pagó del precio y los frutos del tiempo intermedio son del vendedor (del mismo modo que se extinguen las estipulaciones y legados condicionales).*

---

<sup>212</sup> Paulo expresa aquí la regla general sobre el riesgo: "perfeccionada la compra el riesgo corresponde al comprador".

*Pero, si la cosa permanece, aunque se hubiese deteriorado, puede decirse que el perjuicio es del comprador.*

*(1) Si se vendiese en estos términos: "queda comprado aquel esclavo, tanto, si viniese la nave de Asia, como si no viniese", cree Juliano que la venta ha quedado perfeccionada en el acto, porque es cierto que se quiso contraer.*

*(2) Cuando me vendes un usufructo, interesa saber si vendes el derecho de usar y disfrutar, que es lo que únicamente te pertenece, o me vendes el usufructo en la cosa misma que es de tu propiedad, pues, en el primer caso, aunque hubiera muerto inmediatamente, nada me deberá tu heredero, pero si tú vives (y yo muero), se deberá (el usufructo a mi heredero; en el segundo caso, a mi heredero nada se deberá, pero sí me deberá tu heredero”.*

*Párrafo 16º “Gayo en el libro segundo de las cosas cotidianas. Si se vendió el vino que estaba en las tinajas y, antes de que el comprador lo retirara, se hubiese corrompido por su misma naturaleza, si el vendedor hubiese afirmado su calidad, quedara obligado frente al comprador. Pero si nada afirmó, el riesgo será del comprador, porque o no degustó el vino o lo degustó y malamente lo aprobó, y sólo debe quejarse de sí. Claro que, si el vendedor sabía que la calidad del vino no iba a mantenerse hasta el día en que debía ser retirado y no se lo advirtió al comprador, quedara obligado frente a él en la medida del interés que tenía en ser advertido”. En este párrafo del Digesto se recoge una regla equivalente a la establecida en la Convención según la que las*

declaraciones del vendedor sobre la calidad de las mercancías se consideran fuente de responsabilidad por la existencia de cualidades o la ausencia de defectos; además, en este caso la Convención adopta parcialmente este mismo cuando dice que el vendedor responde por las cualidades de la "muestra o modelo" que haya presentado al comprador, según el artículo 35. También se señala aquí la responsabilidad que tiene el comprador por informarse acerca de la mercancía que compra, obligación que también recoge la convención en el mismo artículo 35 al liberar de responsabilidad al vendedor por faltas de conformidad de las mercancías que el comprador conoció o "no hubiera podido ignorar".

Párrafo 19º *“Papiniano en el libro tercero de las respuestas. Extinguidas las cargas de dar habitación a los libertos, por la muerte de éstos, el comprador de la casa no queda obligado frente al vendedor por esta causa, si no se convino otra cosa que otorgar habitaciones a los libertos, según la voluntad del difunto, además del precio<sup>213</sup>.*

*(1) Antes de que fuera pagado el precio, se inició un litigio acerca de la propiedad (de la mercancía); el comprador no estará obligado a pagar el precio, salvo que le sean ofrecidos fiadores solventes por el vendedor, para el caso de evicción”.* Aunque el vendedor sólo se obligue a la entrega de la cosa, es lógico proteger la expectativa de adquirir la propiedad de las mercancías, ya que éste es el fin natural del contrato y puede hacerse equivalente esta situación a lo que establece la

---

<sup>213</sup> En la compraventa se podían hacer pactos de los descritos por Papiniano sin necesidad de acudir a otra figura jurídica.

Convención sobre el "incumplimiento previsible" del artículo 71, según la cual, cuando una de las partes prevé que la otra no cumplirá con una de sus obligaciones, puede posponer el cumplimiento de sus obligaciones hasta que la otra parte de garantías suficientes de que cumplirá con las suyas.

Párrafo 20° *“Hermogeniano en el libro segundo de los epítomes de derecho. Si el comprador hubiese incurrido en mora para pagar el precio al vendedor, responderá por los intereses, pero no por todo lo que el vendedor pudo haber conseguido de no haber habido mora, como, por ejemplo, si el vendedor fuese mercader y pudiese haber adquirido con el precio de las mercancías más que los intereses”*. La Convención también contempla el pago de intereses moratorios por la demora en el pago del precio, y además una indemnización por daños y perjuicios, en sus artículos 74 y 78.

## **CONCLUSIONES.**

El derecho romano, herencia imperecedera que desde la antigüedad ha pervivido en los ordenamientos jurídicos de los países, se manifiesta más vivo que nunca en la actualidad según, espero, he demostrado en este trabajo.

Es cierto y necesario que la modernidad debe contribuir con nuevas ideas y soluciones jurídicas adaptables a la problemática comercial internacional que, día a día, evoluciona hacia nuevas y desconocidas figuras legales que suplen las deficiencias de los derechos nacionales, posibilitando la adopción de sistemas de carácter supranacional que sortean con facilidad, a veces precisa y otras no tanto, las trabas y rigideces que tienen los ordenamientos de carácter estatal.

El problema que intenta solucionarse a través de la creación de estos ordenamientos, que tienen vida paralela a los nacionales, es el de la inmensa diversidad de sistemas jurídicos a los que las partes pueden verse sometidas cuando abandonan las cómodas fronteras locales para lograr la satisfacción de sus intereses y necesidades.

En este trabajo, que es tributario de muchos otros, se ha intentado demostrar que aún cuando se creen elementos nuevos en el tráfico mercantil, las ideas que sirven de basamento a las nóveles construcciones

siempre se encuentran en el perfecto derecho romano que ha estado vigente por más de veinticinco siglos.

Así, aunque ya no exista imperio, aunque no haya una miríada de juristas que serán recordados por el resto de los siglos, el derecho romano se mantiene vigente e inteligible para poder dar una respuesta a las más variadas problemáticas legales que afectan a las naciones y los particulares e incluso más, aún se legisla al modo romano en estas novedosas formas jurídicas que surgen en la época contemporánea, a las que sólo se le alteran los nombres pero que, en la sustancia, siguen siendo las mismas disposiciones romanas, sabias en su flexibilidad para adaptarse a los cambios sociales y dotadas de un certero sentido de justicia que ya hoy se quisiera para legislar.

En estas líneas se ha caracterizado a la compraventa romana y se ha demostrado su pervivencia en el ordenamiento comercial internacional. También, y he aquí lo más importante de todo, al asimilar la compraventa romana a la compraventa mercantil internacional, se produce el curioso fenómeno de darle a la institución romana un carácter que originalmente no tenía, ya que si las soluciones clásicas del derecho romano se contienen en la compraventa mercantil internacional, puede entonces decirse con propiedad que aquella era también mercantil, lo que implica que la idea del lucro se encuentra informando todas las disposiciones y textos que tratan sobre la compraventa romana.

Se ha visto que fue a través del *ius gentium* que se recibieron las figuras jurídicas que posibilitaron el intercambio comercial entre las personas y los pueblos de la antigüedad puesto que el *ius civile* estaba

reservado sólo para los ciudadanos romanos. Entonces, por lo que este *ius gentium* vino a ser la respuesta a la necesidad de resolver los problemas jurídicos, que se derivaron del creciente intercambio comercial entre Roma y los pueblos dominados.

Hoy en día nuevamente se dan las condiciones para que florezca “*otro ius gentium*”, esta vez entre los operadores del tráfico internacional, ya que el cada vez más importante intercambio comercial entre particulares sometidos a distintos sistemas jurídicos hace otra vez necesario el surgimiento de un derecho comercial internacional de carácter sustantivo, que proporcione una solución óptima a los requerimientos de las personas involucradas en los negocios de carácter internacional.

La manera idónea en que este nuevo derecho se ha ido creando es por el surgimiento de tribunales arbitrales especializados en la aplicación de estas normas de carácter internacional, tal y como ya sucedió hace muchos siglos con la figura del pretor peregrino.

Por último, y a la luz de todo lo que se ha referido en este trabajo, sólo resta decir que el estudio de la disciplina del derecho romano, hoy ya una ciencia, es un requisito que no puede obviarse para el que pretende tener conocimientos completos, tanto desde el punto de vista de la lógica jurídica como de las reglas de interpretación de las normas, de las instituciones jurídicas hoy vigentes que son, a no dudarlo, el legado más grande que nos dejó la Roma antigua.

## **FUENTES JURÍDICAS Y BIBLIOGRAFÍA.**

**Fuentes Jurídicas:** 1) El Digesto, Traducción De Álvaro D' Ors. III Vol. Editorial Aranzadi.

2) Instituciones De Gayo. Anotada y comentada por A. Di Pietro, Bs.As., 1987,

Bibliografía:

1. ÁLVAREZ Suárez Ursicino “Curso De Derecho Romano”. Editorial Revista De Derecho Privado. Madrid 1955. Tomo I.
2. ÁLVAREZ Suárez, Ursicino. “El Negocio Jurídico En Derecho Romano”. Madrid: Revista De Derecho Privado, 1954.
3. ANINAT De Viale-Rigo, Eduardo. “Los Contratos Consensuales En El Derecho Romano: Compraventa-Arrendamiento-Sociedad-Mandato”, Santiago, 1946.
4. ARANGIO Ruiz, V., “Instituciones de derecho Romano”, p.325.
5. BOGGIANO, Antonio. “Contratos Internacionales”. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.
6. CARAMES FERRO, J. M. "Instituciones de Derecho Romano" (Parte General), Bs. As., 1963.
7. CÓDIGO CIVIL. Editorial Jurídica de Chile. Edición 2005
8. CÒDIGO DE COMERCIO. Editorial Jurídica de Chile. Edición 2005.
9. CASTELLANOS Ruiz, Esperanza. Granada: Comares “Autonomía de la Voluntad y Derecho Uniforme En La Compraventa Internacional”, 1998.
10. CIFUENTES Fernández, Julio. “El Consentimiento, La Cosa Y El Precio De La Compraventa Ante La Jurisprudencia Romana”. Santiago, 1981. Universidad de Chile.
11. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª Edición, 2001.

12. DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE, Edición 2000.
13. D'ORS Álvaro. "El Derecho Privado Romano". Ediciones Universidad De Navarra, S.A. Pamplona, 1981.
14. D'ORS, Álvaro. "Derecho Privado Romano". 9a. ED. Revisada. Pamplona, España: EUNSA, 1997.
15. DI PIETRO Alfredo "Institutas. Gayo. Texto traducido, notas e introducción por. Editorial Abeledo-Perot". 1997.
16. GONZÁLEZ Ormazábal, Rodrigo "Compraventa Internacional: De La Formación Del Consentimiento". Talca, Chile, 2000 Memoria De Prueba. Universidad De Talca, 2000.
17. GUTIÉRREZ-Alviz y Armario, Faustino "Diccionario De Derecho Romano". Madrid: Reus, 1982. 3ª. Ed.
18. GUZMÁN Brito Alejandro "Derecho Privado Romano". Editorial Jurídica De Chile. 1997. Tomo I Y II.
19. HERNÁNDEZ F. - Tejero, P. Fuentesana-M. García-Garrido Y J. Burillo "El Digesto. Versión Castellana". Editorial Aranzadi. Pamplona. Tomo I, II Y III. 1975.
20. IGLESIAS Juan "Instituciones De Derecho Romano". Editorial Ariel. 1972.
21. KUNKEL, Wolfgang "Historia Del Derecho Romano". 1902- Barcelona: Ariel, 1982. 8ª. Ed.
22. LÓPEZ Blanco, José Luis. "Compraventa Internacional De Mercaderías", Convención De Viena 1980, Incoterms 2000, Normas Sobre Cartas De Crédito. Santiago, Chile: Ace Ediciones Y Publicaciones S.A., 2001.
23. MALUENDA Parraguéz, Rodrigo Esteban "Contratos Internacionales En El Derecho Chileno". Santiago De Chile: Jurídica Conosur, 1998.
24. MENA Marín, Pedro Antonio. "Compraventa En El Derecho Romano: El Esquema Unificador De Justiniano". Santiago De Chile 2003. Universidad de Chile.
25. MUÑOZ Brito, Javier Alejandro, Vicuña De La Cruz, Rodrigo Sebastián. "Derecho Convencional De Los Contratos Internacionales". Santiago, Chile. 2000. Universidad De Chile.
26. PARGA Santelices, Fernando. "Los Contratos Reales En El Derecho Romano". Santiago De Chile: Imprenta Relámpago, 1949.

27. PARRA Rodríguez, Carmen. “El Nuevo Derecho Internacional De Los Contratos”. Barcelona: J. M. Bosch: Universidad Externado De Colombia, C2001.
28. PERALES Viscasillas, María Del Pilar. Valencia “La Formación Del Contrato En La Compraventa Internacional De Mercaderías” ed. Tirant Lo Blanch, 1996.
29. PETIT, Eugene. “Tratado Elemental De Derecho Romano: Desarrollo Histórico Y Exposición General De Los Principios De La Legislación Romana Desde El Origen De Roma Hasta El Emperador Justinian”. Buenos Aires: Albatros, 1983.
30. RAVEAU Soules, Rafael. “Las Raíces Románicas Del Código Civil: Compraventa-Mutuo-Comodato-Deposito-Prenda”. Santiago: Editorial Universitaria, 1949.
31. RODRÍGUEZ Herrera, Raquel. “Contratos De Compraventa Internacional De Mercaderías”. Santiago, 1987. Universidad de Chile.
32. STRENGER, IRINEU. « La notion de *lex mercatoria* dans le commerce intemational ». Recueil des Cours, 1991. p. 273.
33. TOPASIO Ferretti, Aldo. “Derecho Romano Patrimonial”. México: Universidad Nacional Autónoma De México, 1992.
34. UBEIRA Osses, Cristián Alonso. “La Contratación Mercantil Internacional: Compraventa, Transporte, Seguros E Incoterms”. Santiago De Chile, 2004. Memoria De Prueba. Universidad Central, 2004.
35. UBEIRA Osses, Cristián Alonso.”La Contratación Mercantil Internacional: Compraventa, Transporte, Seguros E Incoterms”. Santiago De Chile, 2004. Universidad de Chile.
36. VÁZQUEZ Lepinette, Tomás, “La Compraventa Internacional De Mercaderías” una Visión Jurisprudencial. Aranzadi, 2000.
37. VIAL DEL RÍO, Víctor. “Teoría General del Acto Jurídico”, 5ª Ed. P.24.

## ÍNDICE DE FUENTES.

### CAPÍTULO I.

1. D.2. 14. 1.1.2
2. D. 2. 14.1.3.
3. D. 2. 14.6
4. D. 2. 14.7.1.2.4.
5. D. 2. 14.7.
6. Gayo, 3.128
7. Gayo, 3. 90.
8. D. 44.7.1.3; 5 y 6
9. Gayo, 3.90; 3.135.
- 10.Inst. 3.14.
- 11.Gayo, 3.93; 3.133.
- 12.D. 19.5.1.
- 13.D. 19.5.2.
- 14.Juliano, D. 19.5.3.
- 15.D.12.1.
- 16.Cicerón, “De Re Pública”.  
4.7.21.
- 17.Cicerón. De Off., 1.7.23.
- 18.Cicerón, De Off., 3.61.
- 19.Cicerón, De off., 3.66.
- 20.Gayo, 33. 88-89.
- 21.D. 16.3.31.
- 22.Gayo, 4.62.
- 23.Cicerón, De Offic 3.15.61.
- 24.D. 18. 1.6.1.
- 25.Gayo, 4.61.
- 26.D. 18.5.3.
- 27.D. 2.14.7.5.
3. D. 18.1-7.
4. CI. 4.38.
5. Inst. 3.23.
6. D. 41.4.
7. CI. 7.26.
8. Gayo 4.62.
9. Inst. 4.4.28.
- 10.D.50, 16, 66. 207.
- 11.Inst. 3, 141.
- 12.Inst. 3.23.2.
- 13.D. 18.1.1.
- 14.D. 18.1.1.2.
- 15.D. 18.1.2.1.
- 16.Gayo 3.139.
- 17.D. 18.1.8.
- 18.D. 18.1.15.
- 19.D. 18.1.57.
- 20.D. 18.4.
- 21.CI. 4.39.
- 22.D. 18.1.8.
- 23.D. 18.1.8.
- 24.D.18.1.8.1
- 25.D. 19.1.11.18.
- 26.D. 18.1.28.
- 27.D. 18.1.16.
- 28.D. 50.17.45.
- 29.D. 18.1.9.
- 30.D. 18.1.2.
- 31.Gayo 3.140.
- 32.D. 18.1.7.1.
- 33.D.19.1.
- 34.CI. 4.49.
- 35.D.19.1.11.

### CAPÍTULO II.

1. Gayo 2.14 a-17.
2. Tit. Ulp. 19.1.

36.D. 18.1.25.1	73.D. 18.6.15.1.
37.D.19.1.11.8	74.D. 47.2.14.
38.D. 19.1.30.1.	75.D. 19.1.31.
39.D. 18.1.18.1	76.D. 47.2.14.
40.D. 18.1.78.1.	77.D. 18.6.15.1.
41.D. 18.1.28.	78.D. 18.1.35.4.
42.D. 12.6.37	79.D. 18.6.8.
43.D. 18.1.16.	80.D. 47.2.14.
44.D. 50.17.45.	81.Inst. 3.23.3-3a.
45.D. 18.1.80.3.	82.D. 18.6.15.
46.Gayo 4.131.	83.D. 18.6.8.
47.D. 10.1.11.2	84.D. 18.6.10.
48.D. 19.1.13.17.	85.D. 18.6.13a 15.
49.D. 19.1.11.2.	86.D. 18.1.35.5-6.
50.D. 18.1.68.1-2	87.D. 18.6.5.
51.D. 19.1.6.8-9	88.CI. 4.48.2.
52.D. 19.1.13.4	89.D. 18.1.35.7.
53.D. 19.4.1.	90.D. 18.6.7.
54.D. 18.6.17.	91.D. 19.1.13.13.
55.D. 18.1.43.2.	92.D. 21.2,
56.D. 18.1.43.	93.CI. 8.44.
57.D. 19.1.1.	94.D.21.2.16.1.
58.D. 19.1.11.9.	95.D. 19.1.11.8-9
59.D. 19.1.1.1.	96.D. 21.2.6
60.D. 19.1.13.19.	97.D.21.2.37.2.
61.D. 19.1.11.2.	98.D. 21.2.60.
62.D. 19.1.13.20-22	99.D. 45.1.5.
63.CI. 4.49.13	100. D. 19.1.2.
64.CI. 4.49.16.	101. D. 19.1.6.
65.D. 18.4.22	102. D. 19.1.34.
66.D. 19.1.13.8	103. D. 19.1.4.1.
67.D. 21.1.31.8	104. D. 19.1.34.
68.D. 44.4.5.4.	105. D. 18.1.45
69.CI. 8.44.5.	106. D. 19.1.4.
70.D. 18.6.15.1.	107. D. 19.1.6.4
71.D. 18.1.35.4.	108. D. 19.1.11.3.
72.D. 18.6.3.	109. D. 19.1.13.

- |      |               |      |                 |
|------|---------------|------|-----------------|
| 110. | D 19.1.21.2.  | 147. | CI. 4.54.2 y 7. |
| 111. | D. 19.1.11.3. | 148. | D. 18.1.3.      |
| 112. | D. 21.2.31.   | 149. | D. 41.4.2.5.    |
| 113. | D.21.1.       | 150. | D. 18.5.6.      |
| 114. | CI.4.58.      | 151. | D. 10.5.20.1.   |
| 115. | D. 21.1.1.1.  | 152. | D. 18.1.75.     |
| 116. | D. 21.1.38.   | 153. | D. 19.1.21.5.   |
| 117. | D. 21.1.1.7   |      |                 |
| 118. | D. 21.1.05.1. |      |                 |
| 119. | D. 42.1.00.   |      |                 |
| 120. | D. 50.16.113. |      |                 |
| 121. | D. 21.1.1.6.  |      |                 |
| 122. | D. 21.1.28.   |      |                 |
| 123. | D. 21.2.37.1. |      |                 |
| 124. | D. 21.1.23.7  |      |                 |
| 125. | D. 21.1.60.   |      |                 |
| 126. | D. 21.1.19.6. |      |                 |
| 127. | D.21.1.18.    |      |                 |
| 128. | D. 21.1.38.   |      |                 |
| 129. | D. 18.2.      |      |                 |
| 130. | CI. 4.54.     |      |                 |
| 131. | D. 18.2.4.6.  |      |                 |
| 132. | D. 18.2.7.    |      |                 |
| 133. | D. 18.2.8.    |      |                 |
| 134. | D. 18.2.9.    |      |                 |
| 135. | D. 18.3.      |      |                 |
| 136. | CI. 4.54.     |      |                 |
| 137. | D 18.3.4.     |      |                 |
| 138. | D. 18.3.1.    |      |                 |
| 139. | D. 41.4.2.3.  |      |                 |
| 140. | D. 18.3.2.    |      |                 |
| 141. | D. 18.1.6.1.  |      |                 |
| 142. | D. 18.3.4.    |      |                 |
| 143. | D. 18.3.4.2.  |      |                 |
| 144. | D.18.3.6.2.   |      |                 |
| 145. | D. 18.3.7.    |      |                 |
| 146. | D. 19.5.12.   |      |                 |

**CAPÍTULO III.**

1. D. 18.1.18.1.
2. D. 78.1.
3. D.19.1.11.13.
4. D 19.1.3.4.
5. D. 18.6.15.14.
6. D.17.1.7.4.
7. D.41.2.18.2.
8. D.46.3.79.
9. D.41.2.51.
- 10.D.39.5.31.1.
- 11.D.41.2.18.
- 12.D. 41.1.13.
- 13.D.42.2.
- 14.D.19.1.3.4.
- 15.D.18.6.1.4.2.
- 16.D.5.16.21.
- 17.D.45.1.41.1.
- 18.D.60.
- 19.D.73.
- 20.D.45.1.14.
- 21.D.137.3.
- 22.D.45.1.73.
- 23.D.19.1.13.8.
- 24.D.19.1.11.13.
- 25.D.19.1.1.