

MISCELÁNEA

# Aproximación al derecho contractual visigodo

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores lagunas de los estudios histórico-jurídicos quizá sea el derecho contractual. Frente a la suerte del derecho de familia y sucesiones, y aun –en cierta medida– de los llamados derechos reales, el derecho de contratos yace todavía arrinconado, sin planteamientos de análisis global. Esta falta de atención se aprecia más por lo que se refiere al derecho visigodo, un objeto que en estos días –de primacía moderna y contemporánea– padece a su vez el muy limitado tratamiento de la historiografía jurídica. En compensación, sin embargo, el derecho visigodo disfruta de exámenes pretéritos, por lo que al derecho contractual se refiere, de indudable seriedad y prestigio: aunque pasan los años sin nuevos estudios, por los estudios que fueron no pasan los años.

En estas páginas se intenta remediar la carencia de un planteamiento global, o panorámica general, del derecho contractual visigodo. Por supuesto que desde la reverencia hacia las investigaciones que serán referente continuo de estas páginas: las de Paulo Merêa y Álvaro d'Ors, en quienes se ha concentrado un alto porcentaje de la ciencia desplegada sobre el derecho visigodo de contratos. En ellos podrá encontrar el lector, además, asimilada y criticada rigurosamente la historiografía –F. Beyerle, L. Mitteis, F. Dahn, H. Brunner, y sobre todo Ernst Levy– de relieve hasta su fecha. Desde luego que un examen pormenorizado de cada una de las figuras contractuales exigiría el tratamiento directo de este material, para un análisis de mayor calado que el que aquí se acomete. Mi intención –insisto– tiene la vocación de panorámica; y por eso me he conformado con la discusión de los principales problemas institucionales a través de la cirugía de los maestros portugués y español.

La «aproximación», si pierde en profundidad de análisis, compensa en cierto modo con la presentación y sistematización de la normativa completa referente a los contratos tipo del *Liber Iudiciorum*. En los trabajos más plenos so-

bre la materia, Álvaro d'Ors se concentra en su conocida palingenesia del Código de Eurico y Paulo Merêa estudia la donación y la compraventa pero con un afán particularizador de algunas cuestiones fundamentales. En este artículo el lector encontrará un punto idéntico de referencia en la tipicidad contractual diseñada por el libro V del *Liber*, pero también una inclusión de aquellas otras leyes de distinto lugar en las que esos contratos-tipo –la donación, la compraventa, el depósito y el préstamo– tienen una presencia significativa, a título de complemento o de especialidad de la estructura institucional de las figuras contractuales.

Por cierto que la aceptación exclusiva de la compraventa (y la permuta), la donación, el depósito y el préstamo como tipos de contrato del derecho visigodo, explican, por lo que tiene de anclaje en la propia *Lex Visigothorum*, la ausencia, en esta panorámica, de alguna figura, como el «precarium», registrable en ciertas leyes y fórmulas visigóticas<sup>1</sup>. Si aquel anclaje es decisivo, extrañará empero la no aparición de la prenda –legislada en el propio libro V de la *Lex*, título sexto– silenciada al vencer la consideración de su esencia como derecho real, contra la naturaleza estricta de contrato<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vid. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ: «El precarium en Occidente durante los primeros siglos medievales», *Études d'Histoire du Droit privé offerts à P. Petot*, Paris, 1959, pp. 481-505, y «El "stipendium" hispano-godo y los orígenes del beneficio prefeudal», *Estudios Visigodos*, Roma, 1971, pp. 281-305.

<sup>2</sup> Sin duda, la prenda puede constituirse contractualmente. Y, por otra parte, la nominación de un contrato de prenda no sería exclusiva de la sistemática del *Liber Iudiciorum*, porque es lugar común de la doctrina, hasta el siglo pasado. Sin embargo, hay en este planteamiento una «anomalía», procedente de que la distinción entre *ius in re* y *ius in personam*, es bajomedieval, opera a efectos de análisis institucional interno, en la doctrina, y no a efectos de clasificación dogmática, incluso durante la Modernidad. Desde luego, una mera ordenación legal o doctrinal de la prenda entre los contratos no es motivo suficiente como para extraer conclusiones sobre su naturaleza jurídica. Un caso de inercia designativa más evidente aún –si se quiere ver que aquí no está aislado– y precisamente en sede de derecho de contratos, lo constituye la identificación del contrato de permuta –éste su nombre– con los contratos innominados, recogida en las *Partidas*. Formalmente, la categoría de derecho real no soporta la simultánea categoría de contrato: si la prenda fuera un contrato, no podría fungir de objeto del contrato que como derecho la constituye. Sucede algo parecido a lo que afecta al censo: también se afirma la existencia de un «contrato de censo». Y sin embargo, la legislación y la doctrina modernas no dudan en plantear la «compraventa de censos», de lo que se deduce la imposibilidad de que un contrato –si el censo lo fuera, y no sólo un derecho real– pueda llegar a ser el objeto de otro. La «anomalía» consiste en que la gravedad del derecho real constituido ha llegado a afectar a la nominación del contrato que lo origina. Y la diferencia respecto de otra garantía como es la fianza –cuya naturaleza contractual resulta defendible– está en que ésta –como el contrato de sociedad– configura obligaciones –*iura in personam* y no *in re*– cualificadas –acesorias, solidarias o mancomunadas– en el propio seno contractual, mientras la prenda significa un derecho inmediato –aun de garantía– sobre la cosa, por mucho que su constitución –como la de otros derechos reales– se haya producido por la vía de un contrato. Léanse las reflexiones, a propósito de la relación entre obligación y derecho real, de Luis Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, 1996, pp. 58-61, y *III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1995, pp. 73-75, más sobre el censo en este último tomo, pp. 91-92, y sobre la prenda, pp. 99-100. En todo caso, para la prenda contractual en el derecho visigodo, vid. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS: *Las garantías reales en el Derecho histórico español. I. La prenda contractual: desde sus orígenes hasta la recepción del Derecho común*, Santiago de Compostela, 1977, pp. 67-109.

## II. EL CONTRATO DE DONACIÓN

### 1. LA DONACIÓN *INTER VIVOS*

La nula *firmitas* de la donación viciada *per vim et metum* es sancionada por una ley *antiqua* que fue de Eurico<sup>3</sup>. Parece una cláusula general, aplicable a todo tipo de donaciones, tanto si *inter vivos* como *mortis causa*. Álvaro d'Ors vincula el precepto a las donaciones testamentarias, en las que la escritura adquiere carácter sustancial, y no puramente probatorio de la *traditio* como es pauta, sin embargo, de las donaciones *inter vivos*<sup>4</sup>: precisamente porque la eventual ausencia de escritura otorga mayor relieve a la emisión del consentimiento –no necesariamente instrumentada– y a su patología, un recordatorio normativo de este calibre merecería la pena sólo respecto de aquellas donaciones que han dejado constancia escrita de la voluntad contractual y por ello arraigan una presunción contra el vicio, que con respaldo legal puede ahora vencerse. En todo caso, esta interpretación apunta una explicación plausible de la génesis del precepto, aunque su finalidad de aplicación general, a toda suerte de donaciones, se posibilita, a la postre, por la falta de especificidades en la ley.

La relación de la escritura con la *traditio* de la cosa que constituye el objeto del contrato de donación, en función sólo de prueba por lo que se refiere a las donaciones *inter vivos*, se desarrolla en la ley *Res donate* de Chindasvinto, que impide la *repetitio* del objeto al donante, si la *traditio* de la cosa donada se produjo en presencia de donante y donatario<sup>5</sup>. Sólo causas ciertas y probadas –decía la antecesora ley de Eurico– permitirían que el donante recuperara la cosa en tal situación<sup>6</sup>. Por lo tanto, la *traditio* de la cosa en la donación *inter vivos*, como la *traditio* de la escritura sustancial en la donación *mortis causa*, consolidan el derecho del donatario<sup>7</sup>. A partir de la *traditio*, la donación se perfecciona y deviene irrevocable, por principio ordinario: sólo causas excepcionales –ciertas y probadas– reducibles por cierto a la ingratitud, conforme a la tradición del derecho romano vulgar<sup>8</sup>, rompen el principio en favor de la revocabilidad.

Esta reducción de las causas de revocación a la ingratitud parece confirmarse por razón de su soledad: es la única que recibe cobertura legal expresa.

<sup>3</sup> LV (= *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio I. Legum nationum germanicarum. Tomus I. Leges Visigothorum*, Hannoverae et Lipsiae, 1902, pp. 33-456), 5.2.1 ant. = CE (= Álvaro D'ORS: *Estudios Visigóticos. II. El Código de Eurico. Edición, Paligenesia, Índices*, Roma-Madrid, 1960, pp. 20-43 (309: «Donatio, que per vim et metum fuerit extorta, nullam habeat firmitatem»).

<sup>4</sup> Álvaro D'ORS: *Estudios Visigóticos. II. El Código de Eurico. Edición, Paligenesia, Índices*, Roma-Madrid, 1960 (= D'ORS, *El Código*), p. 239.

<sup>5</sup> LV 5.2.6 Chindasvinto: «Res donate, si in presenti tradite sunt, nullo modo repetantur a donatore».

<sup>6</sup> CE 308.1: «Res donata, si in praesenti traditur, nullo modo a donatore repetatur, nisi causis certis et probatis».

<sup>7</sup> Paulo MERÊA, «A doação “per cartam” no direito romano vulgar e no direito visigótico», *Estudos de direito visigótico*, Coimbra, 1948 (= MERÊA, «A doação»), pp. 75-76.

<sup>8</sup> D'ORS, *El Código*, p. 235.

En efecto, la ley regula varios casos específicos<sup>9</sup>. Así el de la ley de Eurico y *antiqua* sobre donaciones patronales, donde se establece que la donación por el patrono de armas u otra cosa al bucelario, se mantiene firme –regla de irrevocabilidad que también opera en la donación de armas recibida por el sayón<sup>10</sup>– siempre y cuando el patrocinado no elija otro patrono: en tal caso, tendrá la obligación de restituir todo lo que le fue donado, según mandato que se prolonga en el futuro si persiste relación jurídica entre las sucesivas generaciones sucesoras del patrono y del patrocinado<sup>11</sup>. Otro caso es el de la ley *antiqua* que ordena reviertan al antiguo dueño las donaciones efectuadas al liberto que lo abandona –luego continuaba trabajando en su tierra<sup>12</sup>– para marchar a otro lugar<sup>13</sup>. Asimismo, de las donaciones regias, ora en favor de hombres libres –en la ley de Eurico<sup>14</sup>– ora de cualesquiera personas –en la ley de Chindasvinto– se ordena su persistencia *in iure*, y sólo –esta vez en la ley de Chindasvinto– se defiende la transgresión de tales *principum statuta* si existe culpa del donatario<sup>15</sup>, lo que es decir de las donaciones regias si existe ingratitud<sup>16</sup>: Ervigio añadirá que la potestad debe permanecer transferida a quien la *regalis munificentie conlatio* la atribuyó, en un orden patrimonial incólume aun en el régimen de la sucesión intestada, de nuevo en función del principio de respeto a las donaciones regias a falta de culpa del donatario<sup>17</sup>. Idéntico principio de irrevocabilidad rige en las donaciones a la iglesia que realizan los fieles, san-

<sup>9</sup> D'ORS, *El Código*, p. 244.

<sup>10</sup> LV 5.3.2 ant. (= CE 311): «Arma, que saionibus pro obsequio donantur, nulla ratione a donatore repetantur».

<sup>11</sup> LV 5.3.1 ant. (= CE 310.1-3): «Si quis ei, quem in patrocinio habuerit (CE 310.1: bucellario), arma dederit vel aliquid donaverit, aput ipsum que sunt donata permaneant. Si vero alium sibi patronum elegerit, habeat licentiam, cui se voluerit commendare; quoniam ingenuo homini non potest proiberi, quia in sua potestate consistit; sed reddat omnia patrono, quem deseruit. Similis et circa filios patroni vel filios eius, qui in patrocinio fuit, forma servetur: ut, si tam ipse, qui in patrocinio fuit, quam filii eius filii patroni obsequi voluerint, donata possideant. Si vero patroni filios vel nepotes ipsis nolentibus crediderint relinquendos, reddant universa, que parentibus eorum a patrono donata sunt».

<sup>12</sup> D'ORS, *El Código*, p. 244.

<sup>13</sup> LV 5.7.13 ant.: «Si manumissus sine filiis legitimo coniugio natis transierit, et ei patronus in libertate aliquid donaverit, aut forsitan de eius servitute discesserit et alibi se contulerit, omnia ad patronum sive ad eius heredes sine dubio revertantur».

<sup>14</sup> CE 305: «De his donationibus quae a regibus ad ingenuos conferuntur sive antea conlate sunt, hoc observandum esse iubemus quod gloriosae memoriae patris nostri vel decessorum nostrorum constituit mansuetudo; quia iniquum esset res donatas convelli».

<sup>15</sup> LV 5.2.2 Chindasvinto: «Donationes regie potestatis, que in quibuscumque personis conferuntur sive conlate sunt, in eorum iure persistent; quia non oportet principum statuta convelli, que convellenda esse percipientis culpa non fecerit».

<sup>16</sup> D'ORS, *El Código*, pp. 240-241.

<sup>17</sup> LV 5.2.2: «Donationes regie potestatis, que in quibuscumque personis conferuntur sive conlate sunt, in eorum iure persistent, in quorum nomine eas potestas contulerit regia; ea videlicet ratione, ut ita huiusmodi regalis munificentie conlatio adtributa in nomine eius, qui hoc promeruit, transfusa permaneant, ut, quicquid de hoc facere vel iudicare voluerit, potestatem in omnibus habeat. Quod si etiam his, qui hoc promeruit, intestatus discesserit, debitis secundum legem heredibus res ipsa successione ordine pertinebit, et infringi conlate munificentie gratia nullo modo poterit; quia non oportet principum statuta convelli, que convellenda esse percipientis culpa non fecerit».

cionadas, para mayor consolidación, *pro certo*, las efectuadas *votive ac potentialiter*<sup>18</sup>.

Dicho esto, el contrato de donación se perfila como contrato real, pues aunque la *traditio* se identifique, justamente, como mecanismo para la transmisión de la propiedad del objeto, lo cierto es que la irrevocabilidad –salvo ingratitud– tiene su punto de partida en el momento mismo de la entrega de la cosa.

Ahora bien, Chindasvinto no debilita la fuerza operativa de la *traditio* por el mero hecho de que el objeto de la donación se encuentre lejano. En tal caso admite, a título de *traditio vera*, la entrega de la escritura al donatario *in cuius nomine conscripta*<sup>19</sup>. Recuerda Paulo Merêa que esta función de la escritura, de sentido probatorio, resulta aconsejable, muy especialmente, si se trata de donaciones de bienes inmuebles<sup>20</sup> localizados geográficamente a distancia. Y advierte, asimismo, de que la ley en absoluto exige una entrega de mano a mano, entre donante y donatario, por lo que bastaría que la escritura llegara a encontrarse, por voluntad del donante, en poder del donatario, mediante alguna vía indirecta: no se requiere una *traditio cartae* solemne, sino que vale con que la escritura se integre en posesión del donatario con consentimiento del donante. Una «espiritualización» de la *traditio* que le hace pensar a Paulo Merêa en un tránsito, se diría consumado, hacia el principio de la transmisión consensual de la propiedad, en la medida en la que considera, por una parte, que una *traditio scripturae* ya no es, en puridad, una verdadera *traditio*, sino un puro reflejo de la mentalidad romana que repugna una transferencia de la propiedad sin entrega, más la alternativa asimiladora a una *traditio corporalis*, y por otra parte, que la *traditio* de la escritura es un acto que en cuanto entrega pierde su valor intrínseco suplantado por el propio acto de la donación «que por sí só é transmissor da propriedade, desde que se realize de certo e determinado modo». No hay, en fin, una *traditio cartae* simbólica, desconocida para el derecho romano vulgar<sup>21</sup>. En esta tesitura –cabría pensar– la donación estaría configurándose como contrato consensual, pues la transmisión consensual de la propiedad exige una previa perfección del negocio. Sin embargo, no dejan de aflorar, a este propósito, algunas reflexiones. Así, la consideración legal de la *traditio scrip-*

<sup>18</sup> LV 5.1.1 Recesvinto: «Si famulorum meritis iuste compellimur debite compensare luca mercedis, quanto iam copiosius pro remedii animarum divinis cultibus et terrena debemus impendere et impensa legum soliditate servare. Quapropter, quecumque res sanctis Dei basilicis aut per principum aut per quorumlibet fidelium donationes conlate repperiuntur votive ac potentialiter, pro certo censetur, ut in eorum iure inrevocabili modo legum eternitate firmentur».

<sup>19</sup> LV 5.2.6 Chindasvinto: «Quod si etiam provenerit, ut quod donatur longe sit positum, pro id donatio evacuari non poterit; quia tunc videtur vera esse traditio, quando iam apud illum scriptura donatoris habetur, in cuius nomine conscripta dinoscitur. Hoc tantum observandum est, ut, si donator dixerit, nec dedisse nec direxisse scripturam, sed sublatam sibi fuisse, tunc ille, cui res donate sunt, per testem convinct, ab ipso donatore eandem aut traditam sibi aut directam vel ex eius voluntate in potestate sua redactam, et dum probaverit, stabilis habeatur. Quod si probare neclexerit, invalida remanebit; si tamen qui donabit voluerit».

<sup>20</sup> Como ya se constataba en el derecho romano postclásico, también respecto de la venta de esclavos o de objetos de gran valor: Ramón FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa en el derecho medieval español», *AHDE*, 25 (1955) (= FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa»), pp. 332-333.

<sup>21</sup> MERÊA, «A doação», pp. 76, 79-80.

*turae* como *traditio vera*, quizá salve expresamente las dificultades técnicas existentes para encauzar su operatividad por una *traditio ficta* a título simbólico, contraria a la tradición romano-vulgar según la indicación de Paulo Merêa. Además, sería excesivamente simplificadora la presunción de que, devaluada la trama formal de la *traditio* de la escritura, tuviera que perder peso, en último término, la efectividad de esta entrega documental, para ganarlo el momento del intercambio de voluntades entre donante y donatario en la formación del consentimiento contractual. Quedaría, para mayor abundamiento, por resolver el problema del término inicial de una irrevocabilidad que, para defender una perfección consensual de la donación, debería operar desde la aceptación del donatario –cuando, como Paulo Merêa admite, su punto de referencia es la *traditio*<sup>22</sup>–: y siempre con la prudencia de valorar cómo esta perfección de la donación, en virtud de una naturaleza consensual del contrato, no empece por principio que la transferencia de la propiedad del objeto donado haya de producirse, después, precisamente mediante su entrega. Es entonces cuando el medio de entrega –corporal, documental– admite una alternancia o, mejor dicho, una supletoriedad, cuyas mayores o menores necesidades formales no alcanzan a perturbar el régimen de la institución.

Un caso relacionado sería el que plantea y resuelve la misma ley *Res donate* de Chindasvinto. Reza que la donación de un sujeto instrumentada en escritura, si ésta no se entregó al donatario en vida del donante y se descubre a su muerte, puede ser reclamada por el donatario, con la integridad del objeto que constare en el documento. La ley termina diciendo que la justicia de este precepto se basa en la necesaria atribución de un *robor plenitudinis* a la escritura que en vida del donante en nada se inmutó<sup>23</sup>. Para Paulo Merêa existe aquí una convalidación de una donación imperfecta, por el hecho de la muerte del donante<sup>24</sup>. En realidad, es un supuesto curioso en el que la donación *inter vivos* se transfigura en donación *mortis causa*. La donación, en vida del donante, no contó –podría presumirse– con la aceptación del donatario, o tal vez sí, pero fue la transmisión de la propiedad del objeto de la donación la que no se produjo, en cualquier caso, al no llevarse a cabo la entrega de la escritura. De existir aceptación del donatario, una comprensión de la donación como contrato consensual carecería de sentido –por supuesto, como si no la hubo– porque la falta de entrega de la escritura no podría dar lugar a ninguna convalidación –la que parece ordenar la ley– de lo que desde un principio se entendería fue perfecto. La donación no fue perfecta, sin embargo, tanto si existió como si no la aceptación del donatario, porque no hubo *traditio* y la propiedad de la cosa no fue transmitida, pues si lo hubiera sido tendría sentido que el donatario tras la muerte reclamara

<sup>22</sup> MERÊA, «A doação», p. 73.

<sup>23</sup> LV 5.2.6 Chindasvinto: «Illut sane addi placuit, ut, si quisque scripturam de suis rebus in quibuslibet personis ediderit, si eam vivendo illi, in cuius nomine scripta est, non tradiderit, quamlibet tradita non sit, tamen, dum post eius obitum repperta fuerit, ille sibi eam vindicabit cum omnibus rebus, que ibi conscripte sunt, in cuius nomine donator eam fieri voluisse cognoscitur. Quoniam iustum omnino est, ut talis scriptura robor plenitudinis habeat, quam vivens donator ita salvabit, ut nequaquam videatur aliquatenus inmutata».

<sup>24</sup> MERÊA, «A doação», p. 77.

la cosa objeto de la donación, mas no sería preciso la reclamación, que parece predominante —«ille sibi eam vindicabit cum omnibus rebus, que ibi conscripte sunt»— de la propia escritura. Más bien es la obtención de la escritura la que perfecciona el contrato, transmite la propiedad y permite la reivindicación corporal subsiguiente. Así las cosas, si la escritura no fue entregada en vida del donante, por lo que ni la perfección del contrato ni la transmisión de la propiedad de la cosa tuvo lugar, lo que comenzó donación *inter vivos*, se truncó, para que ahora la muerte perfeccione lo que resulta constituirse como donación *mortis causa*. Sin embargo, a esta donación por causa de muerte le falta la escritura sustancial. Es sólo el descubrimiento *post mortem* de la escritura lo que habilita al donatario «in cuius nomine scripta est» tanto a reivindicar la entrega de la escritura, como a la reclamación del objeto de la donación que según la escritura le fue donado. Obviamente —conviene insistir— la segunda reivindicación es una consecuencia de la primera vindicación de la escritura: una vez la escritura está en manos del donatario —conforme al criterio de una *traditio scripturae* que no requiere mayor formalidad que la resolución en tenencia del objeto por el donatario de acuerdo con el consentimiento del donante— se reclama el objeto de la donación cuya propiedad la entrega de la escritura ha producido, aunque quepa proceder a ambas reclamaciones simultáneamente. La inmutada persistencia de la escritura durante la vida del donante resuelve el problema tangencial de la constatación de que perduró sin falla su voluntad por lo que se refiere a la donación mientras vivió —luego hubiera admitido la entrega— pese a no haber entregado la escritura: que no hubo perfección de la donación *inter vivos*, por falta de entrega, se traduce ahora en que no hubo revocación de la donación *mortis causa*, perfeccionada por la muerte. Esta transfiguración en donación *mortis causa* es la que permite la convalidación del requisito formal sustancial, para ella, de la escritura, mediante su reclamación, y la consiguiente, entonces, del objeto. No hay tanto una convalidación de una donación imperfecta, como la convalidación, gracias a la perfección *mortis causa* de la donación, de la falta de un elemento formal sustancial, como es la escritura, que habría podido dar lugar a la invalidez.

Otra norma de la misma ley de Chindasvinto ordena que la cosa, objeto de la donación, pertenezca al donante o a sus herederos, si el donatario, por *fatalis casus*, fallece «antequam rem sibi donatam caperet»<sup>25</sup>. Desde luego —como Paulo Merêa explica— lo que parece más de acuerdo con la propia interpretación general de la ley es que no se precisara una ocupación efectiva de la cosa, por parte del donatario, para entender que la transmisión del dominio se hubiera producido: habría sido suficiente la entrega de la escritura. Mas, entendido esto, la perfección de la donación no se habrá producido, si tal *traditio* no se ha efectuado<sup>26</sup>.

Además, en su reforma de la ley, Ervigio dice claramente que un donatario «in iure suo perceperit» la cosa donada, «per traditionem condite scripture sive

<sup>25</sup> LV 5.2.6 Chindasvinto: «Quod si ipsum, cui res donate fuerant, fatalis casus ab hac vita subduxerit, antequam rem sibi donatam caperet, ad donatorem vel ad heredes donatoris res ipsa pertineat».

<sup>26</sup> MERÊA, «A doação», pp. 78-79 n. 53.

per consignationem vel traditionem rerum». De modo que si el donatario acepta, una vez transferido el dominio, que el donante posea la cosa, su fallecimiento en nada mermará lo que hubiera dispuesto acerca de la cosa –en posesión del donante por voluntad de aquél– y será a los herederos del donatario, en buena lógica, a quienes pertenecerá<sup>27</sup>.

La propia normativa que adopta la solución de la *traditio scripturae*, en defecto de la corporal del objeto, informa sobre el régimen formal de la donación cuando no se instrumenta documentalmente. Porque si el donante se niega a admitir que entregó la escritura o que la dirigió al donatario, será éste quien tendrá que probar que la cosa fue puesta en su poder, por el mismo medio que debería utilizar si la entrega hubiera sido efectiva del objeto, esto es, mediante testigos. Mientras la prueba por parte del donatario estabiliza la firmeza de la donación, la falta de prueba produce la invalidez de la donación, a no ser que el donante se avenga a la persistencia de su validez. Ervigio exigirá, a falta de prueba del donatario, para ratificar la invalidez, que el donante jure que no dio ni dirigió la escritura al donatario ni por su voluntad llegó a su poder<sup>28</sup>.

Si los testigos sirven a la prueba de la donación *inter vivos* no escriturada, cabe preguntarse aquí por la necesidad de la *insinuatio*, de la que nada dice la ley, y en la que sería lógico pensar, para la donación de bienes inmuebles, o en general para las donaciones de mayor cuantía. Álvaro d'Ors liga el silencio legal a la escasa aplicación práctica del instituto, en el orden propio del derecho romano vulgar y conforme a la situación histórica de desorganización político-administrativa<sup>29</sup>. Los propios términos negativos en los que se plantea legalmente la formalización del contrato, deducidos de la necesidad de prueba en el caso de donaciones *inter vivos* de frustrada escrituración o en el de documentación extraviada, habrían justificado una referencia a la *insinuatio*, más segura aún que la prueba testifical, si hubiera sido realmente operativa, en relación con las donaciones, sobre todo de inmuebles, con una relevante afección patrimonial.

## 2. LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA*

La donación *mortis causa* responde al principio de la revocabilidad, en tanto la muerte del donante no acaece, porque ésta perfecciona la donación. Dice Álvaro d'Ors que la donación visigoda se sitúa bajo las pautas de la donación romano-vulgar, lo que se comprueba en la cercanía entre donación y testamento,

<sup>27</sup> LV 5.2.6: «Certe si quisquis ille rem donatam, sive per traditionem condite scripture sive per consignationem vel traditionem rerum, in iure suo perceperit, et conplacuerit ei, ut donator rem ipsam per voluntatem eius, qui eam donatam percepit, possideat, iam si in postmodum fortasse contigerit, ut ipse, qui rem donatam perceperat, vivente donatore moriens ab hac vita discedat: quicquid de re sibi donata iudicare voluerit, licentiam habeat. Quod si intestatus discesserit, non ad donatorem, sed ad heredes eius, qui rem donatam percepit, res eadem sine dubio pertinebit».

<sup>28</sup> LV 5.2.6: «Quod si probare neglexerit, tunc ille, qui scripturam fecit, iuraturus est, quia eandem scripturam neque per se dedisset neque direxisset, nec per voluntatem suam factum esse, ut eadem scriptura in manus eius veniret, a quo eam videtur repetere, et sic invalida remanebit; si tamen qui donabit voluerit».

<sup>29</sup> D'ORS, *El Código*, pp. 238-239.

vertida en la revocabilidad de la primera, desde su condición *mortis causa*: un tipo de donación tantas veces presente «sin expresión de su carácter específicamente testamentario»<sup>30</sup>. Así sucede en la donación con reserva del derecho de usufructo, que regula la ley *Res donate* de Chindasvinto –preceptiva con origen euriciano– y viene a confundirse, como dice Paulo Merêa, intencionalmente o no, con la donación *mortis causa*<sup>31</sup>. La ley establece que el donante que mantiene la posesión con derecho de usufructo sobre el objeto de la donación, una vez ordenada la transferencia del dominio para el momento de la muerte del donante, puede revocar la donación cuando quiera, aun no habiéndose producido ninguna lesión, lo que debe interpretarse como inexistencia de causa de ingratitud<sup>32</sup>. ¿La razón de este régimen?: «quia similitudo est testamenti»<sup>33</sup>.

La donación se perfecciona con la muerte del donante: hasta entonces, no es firme. Cabe preguntarse hasta qué punto el problema de la revocabilidad de las donaciones con reserva de usufructo –de sustrato *mortis causa*– da lugar a establecimientos legales, de nuevo con génesis euriciano, tal el de la propia ley de Chindasvinto a renglón seguido del precepto anterior, dispositiva de cómo las impensas en la cosa donada, para utilidad del donante, realizadas, en virtud de una engañosa expectativa de donación que a la postre se revela falsa, por el supuesto próximo donatario, deben ser restituidas a éste por el donante o sus herederos, en la cuantía del lucro cesante por la vacía promesa, para que no sufra daño injustamente<sup>34</sup>. En efecto, Álvaro d’Ors ha relacionado esta norma con la referida a la donación con reserva de usufructo, e interpreta que se ocupa del donatario en posesión de la cosa donada que, creyendo será suya a la muerte del donante, efectúa gastos en ella<sup>35</sup>.

El mismo mundo *mortis causa* acoge otras donaciones. Se ocupa de la donación interconyugal una ley *antiqua*, donde se protege –*extra dotem*: al margen, la razón de dote es única excepción para la participación en lo donado por el rey al cónyuge, según ley *antiqua*<sup>36</sup>– la posesión por el cónyuge donatario

<sup>30</sup> D’ORS, *El Código*, pp. 234-235. Puede consultarse, para la conexión entre testamento y donaciones *mortis causa* en el derecho romano vulgar y visigodo, FRANCISCO SAMPER POLO: «La disposición “mortis causa” en el derecho romano vulgar», *AHDE*, 38 (1968), pp. 87-227, y María Luisa MARÍN PADILLA: *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 63-71, 101-125.

<sup>31</sup> MERÊA, «A doação», p. 77. *Vid.* también las consideraciones de José Antonio RUBIO: «“Donationes post obitum” y “donationes reservato usufructo” en la Alta Edad Media de León y Castilla», *AHDE*, 9 (1932), pp. 8-12.

<sup>32</sup> D’ORS, *El Código*, p. 235.

<sup>33</sup> LV 5.2.6 Chindasvinto (= CE 308.2): «Qui vero sub hac occasione largitur, ut eandem rem ipse, qui donat, usufructuario iure possideat, et ita post eius mortem ad illum, cui donaverit, res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam inmutandi voluntatem suam, quando voluerit, etiam si in nullo lesum fuisse se dixerit».

<sup>34</sup> LV 5.2.6 Chindasvinto (= CE 308.3): «Ille vero, qui falsa donatione circumventus aliquid in utilitatem donatoris expendit, aut ab ipso donatore recipiat aut ab eius heredibus, ne iniuste damna sustineat, qui lucrum se habere de inani promissione putabat».

<sup>35</sup> D’ORS, *El Código*, pp. 239-240.

<sup>36</sup> LV 5.2.3 ant.: «Speciali iure decernitur, ut de rebus regia donatione conlatis, si in nomine mariti fuerit conscripta donatio, nihil sibi exinde mulier, excepto quod in dote perceperit, debeat vindicare. Idemque et si in nomine mulieris inveniatur facta donatio, nihil sibi vir exinde post eius obitum adtemtet aliquatenus usurpare vel iuri proprio mancipare, nisi quod meruerit uxoris largitate percipere».

de la cosa donada hasta el día de su muerte, aunque su poder de disposición se reduzca en favor de los hijos del matrimonio al quinto de lo donado –de no existir los cuales, alcanzará a la totalidad– y la donación revierta al otro cónyuge o a sus herederos si el donatario fallece intestado<sup>37</sup>. Esta donación válida es retocada por Ervigio: la salvaguarda de la voluntad del testador es su idea fija. La que confirma –como toda la regulación, por lo demás, con su perfil de los destinos patrimoniales– que se trata de una donación *mortis causa*: no de donaciones interconyugales *inter vivos*, sino de donaciones testamentarias interconyugales<sup>38</sup>. También hace recordar Ervigio la donación con reserva de usufructo –que, ya está dicho, funge de *mortis causa*– al otorgarse al cónyuge donatario la *expendendi vel utendi potestas* sobre los frutos de la cosa a no ser que la voluntad del testador los afecte con una *specialis testatio*<sup>39</sup>. Otra ley *antiqua* concreta, en caso de inexistencia de hijos, la posesión por la uxora de lo donado por su marido, tras la muerte de éste. Como establece la posesión y libre disponibilidad *mortis causa* –siempre conforme a la voluntad del testador, en añadidura de Ervigio– y reversión de lo donado al marido o a sus herederos en caso de fallecimiento intestada, la única novedad se sitúa en la exigencia de la permanencia *in pudicitia* de la mujer o de la *honesta coniunctio* con un segundo marido –presumida la observancia del *tempus lugendi*– para la posesión de lo donado por el primero, y la sanción de la pérdida de todo lo obtenido del patrimonio del marido, que ha de revertir en los herederos del donante o en los hijos legítimos, si comete adulterio o contrae

<sup>37</sup> LV 5.2.4 ant.: «Si mulier a marito extra dotem de quibuscumque rebus, quacumque donatione vel profligatione conquisitis aut illi debitis, quoquo tempore quodcumque donatum acceperit, si filii de eodem coniugio fuerint procreati, mulier usque ad diem obitus sui secreta possideat et de quinta tantumdem parte earum rerum faciendi quod voluerit potestatem obtineat; post obitum vero suum reliqua integra et intemerata filiis ex ipso viro procreatis derelinquat, et nulla occasione exinde, excepto, ut dictum est, quintam partem, quidquam alium mulier alienare presumat. Quod si ex ipso coniugio filii non fuerint procreati, quidquid mulier de rebus sibi donatis facere elegerit, liberam habeat potestatem. Ceterum si intestata discesserit, ad maritum eius, si suprestis extiterit, donatio revertatur. Sin autem maritus non fuerit, ad heredes mariti, qui donationem fecit, eadem donatio pertinebit. Simili ratione et de viris precipimus custodiri de his, que ab uxoribus tempore quocumque donata perceperint».

<sup>38</sup> D'ORS, *El Código*, p. 237.

<sup>39</sup> LV 5.2.4: «Si mulier a marito extra dotem de quibuscumque rebus, quacumque donatione vel profligatione conquisitis aut illi debitis, quoquo tempore quodcumque donatum acceperit, si filii de eodem coniugio fuerint procreati, mulier usque ad diem obitus sui secundum voluntatem vel ordinationem testatoris secreta possideat et de quinta tantumdem parte earum rerum faciendi quod voluerit potestatem obtineat. Fructus tamen, sicut testator ipse, qui hoc testavit, expendendi vel utendi potestatem habere potuit, ita et illa, que usu hoc ad possidendum percepit, omnia, dum advixerit, sine cuiuslibet inquietudine, suis incunctanter utatur expensis; si tamen idem testator aliquam specialem testationem de ipsis frugibus non instituerit; post obitum vero suum reliqua integra et intemerata filiis ex ipso viro procreatis derelinquat, et nulla occasione exinde, excepto, ut dictum est, quintam partem, quidquam alium mulier alienare presumat. Quod si ex ipso coniugio filii non fuerint procreati, quidquid mulier de rebus sibi donatis iuxta prescriptum testatoris ordinem facere elegerit, liberam habeat potestatem. Ceterum si intestata discesserit, ad maritum eius, si suprestis extiterit, donatio revertatur. Sin autem maritus non fuerit, ad heredes mariti, qui donationem fecit, eadem donatio pertinebit. Simili ratione et de viris precipimus custodiri de his, que ab uxoribus tempore quocumque donata perceperint».

*inhonesta coniunctio*<sup>40</sup>. Chindasvinto permite las donaciones interconyugales *pro dilectione vel merito coniugalibus* transcurrido un año de matrimonio, y con anterioridad sólo en caso de peligro inminente de muerte por grave enfermedad del cónyuge<sup>41</sup>.

Precisamente otra ley *antiqua* reguladora de las donaciones testamentarias interconyugales informa, si se generaliza desde su caso especial, sobre los requisitos formales sustanciales de la donación *mortis causa*<sup>42</sup>. La donación debe estar escriturada, y el donante debe confirmar la escritura *manus sue suscriptione vel signo*, a lo que se añade la suscripción por dos o tres testigos libres. Se advierte además de que no se tolera la existencia de violencia —¿qué sucede con el miedo reverencial, en el caso de la mujer?— para obtener la donación<sup>43</sup>. La misma ley de Eurico, que recogía ya tales preceptos, afirmaba la importancia de la intervención de los testigos, sin cuya presencia en la instrumentación de la escritura ésta no alcanzaba validez<sup>44</sup>. Una importancia corroborada además por la posibilidad de que, cuando la *necessitas* libere de la escritura y permita que la donación sea verbal —testamento ya no escrito sino nuncupativo<sup>45</sup>—, los testigos suplan aquel requisito formal dispensado<sup>46</sup>.

Si la escritura es necesaria, ¿qué quiere decir que se planteen como opciones de perfección de la donación la *scriptura* y la *traditio rei* —«per scripturam sive per traditionem rei»— en la ley de Chindasvinto sobre donaciones paternofiliales?: ley que ordena la libertad de disposición por parte de los hijos y sustracción al régimen sucesorio propio de la *inter heredes quoequatio*, en el caso de lo «sive

<sup>40</sup> LV 5.2.5 ant. (= CE 319): «Maritus si uxori sue aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulterii fuerit conversata, sed in pudicitia permanserit, aut certe si ad alium maritum honesta coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum, si filios non habuerit, relinquendi cui voluerit (Erv.: secundum voluntatem testatoris) habeat potestatem. Ceterum si filios non relinquens intestata discesserit, aut ad maritum eius, si suprestis extiterit, aut ad heredes mariti, qui donacionem conscripsit, eadem donatio pertinebit. Si autem per adulterium seu per inhonestam coniunctionem se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti sui fuerat consecuta, totum incunctanter amittat, et ad heredes donatoris vel ad filios legitimos revertatur».

<sup>41</sup> LV 3.1.5 Chindasvinto: «Certe si iam vir habens uxorem, transacto scilicet anno, pro dilectione vel merito coniugalibus obsequii ei aliquid donare elegerit, licentiam incunctanter habebit. Nam non aliter infra anni circulum maritus in uxorem seu mulier in maritum, excepto dotem, ut predictum est, aliam donacionem conscribere potuerint, nisi gravati infirmitate periculum sibi mortis imminere prespexerint». Vid. Alfonso OTERO, «Liber Iudiciorum 3,1,5 (En tema de dote y "donatio propter nuptias")», *AHDE*, 29 (1959), pp. 545-555.

<sup>42</sup> D'ORS, *El Código*, p. 238; MERÉA, «A doação», pp. 73-74.

<sup>43</sup> LV 5.2.7 ant. (= CE 307.1, 307.4): «Maritus si uxori sue aliquid donaverit, de hoc, quod ipsa sibi habere voluerit, scriptura manus sue suscriptione vel signo confirmet, ita ut duo aut tres testes ingenui suscriptores vel signa facientes accedant; et sic voluntas ipsius habeat firmitatem. Similis et de uxoris voluntate, que in maritum conferre voluerit, donacionis hec forma servetur, si tamen violenter a viris non fuerit exacta donatio; servata legum in omnibus sanctione, que in decernendis facultatibus dinoscitur ordinata consistere».

<sup>44</sup> CE 307.2: «Testes vero si ad scripturam non fuerint praesentes (...) us testium, voluntas non valeat».

<sup>45</sup> D'ORS, *El Código*, pp. 236-237.

<sup>46</sup> CE 307.3: «Voluntas autem si necessitas est, coram duobus aut tribus testibus ore tantum ordinari potest».

nuptiarum tempore sive post nuptias filiis quodcumque modo donatum», al igual que Ervigio, al modificarla, vuelve a colocar en paralelo donación con *traditio rei* y *scriptura* —«per traditionem rei, seu per scripturam sive per donationem cuiuslibet rei vel coram testibus tradite»—. Pues bien, no hay otra cosa que la aparición de la dualidad de donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, con referencia a sus mecanismos formales respectivos —*scriptura* de la segunda y *traditio rei* de la primera— habida cuenta de que la ley confirma la libertad de disposición para los hijos en ese doble régimen<sup>47</sup>.

En las donaciones *mortis causa* la revocación por sobreveniencia de hijos, en fin, está expresa en la reforma de Ervigio a una ley chindasvintiana. Ordena en términos de nulidad sobrevenida por esta causa del nacimiento de hijos —una vez realizadas las donaciones interconyugales antes de su nacimiento— en régimen ciertamente *mortis causa*, a saber, instrumentadas por escrito y con naturaleza de *testatio*<sup>48</sup>.

### III. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Las leyes de Eurico y *antiqua* establecen que el vendedor debe ser *idoneus*: a falta de este carácter, deberá dar fiador —de condición libre<sup>49</sup>— al comprador, para que la compraventa tenga firmeza o validez<sup>50</sup>. Álvaro d'Ors explica que la apariencia del precepto conduce a entender que la presencia del fiador es una

<sup>47</sup> LV 4.5.3 Chindasvinto: «Quidquid indiscreta parentum voluntate decernitur, legali necesse est censura coerceatur. Idcirco, quia plerumque parentalis calliditas exigit, id tempore nuptiarum filiis dare, quod quandocumque voluerint auferendi habeant potestatem, abrogata deinceps eadem, qua predictum est, parentum calliditate, hac perpetim lege mansurum per omnia noverint: ut, si quid seu per scripturam sive per traditionem rei (Erv.: per traditionem rei, seu per scripturam sive per donationem cuiuslibet rei vel coram testibus tradite) —extra quod in ornamentis aut vestimentis vel reliquis speciebus, sicut fieri adsolet, pro dignitate nuptialium federum ab aliis fuerit fortasse acceptum; quod utique commodantibus erit reddendum— in mancipiis, terris, vineis, edificiis, vestimentis adque ornamentis fuerit a parentibus sive nuptiarum tempore sive post nuptias filiis quodcumque modo donatum, quodcumque inde filii iudicare voluerint, in eorum consistat arbitrio; eodem tantum ordine reservato, ut post parentum obitum, dum filiis patuerit adeunda successio, excepto id, quod parentes filiis iuxta leges fortasse donaverint, eadem inter heredes quoequatio fiat: ut, quod nuptiarum tempore filius vel filia a parentibus iuxta predictum ordinem possidendum accepit, et licentia sit illi exinde quod voluerit iudicandi, et post parentum obitum aderatione adibita, contropatis his, que tempore nuptiarum promeruit, adque heredibus ceteris eadem compensata equalitate, quidquid super de parentum esse hereditate constiterit, equali teneant hac sequantur divisione».

<sup>48</sup> LV 4.2.19: «Quod si vir et uxor in coniugio positi, antequam filios habeant, invicem sibi unus in alterius nomine de facultate propria donationis faciant scripturam, et post huius testationis ordinem filios talibus habere contingat, talis parentum testatio, si filii ipsi supprestes extiterint, omnino non valeat (...)».

<sup>49</sup> ¿O no es necesaria la exclusión de los siervos y estamos ante una interpolación posterior?: Carlos PETIT, *Fiadores y fianzas en derecho romanovisigodo*, Sevilla, 1983 (= PETIT, *Fiadores*), pp. 157-158 n. 311.

<sup>50</sup> LV 5.4.2 ant.: «Si venditor non sit idoneus, ingenuum fideiussorem dare debet emtori, et emtio habeat firmitatem» (= CE 295: «Si venditor non fuerit idoneus, fideiussorem dare debet emptori»).

condición para la perfección de la compraventa, algo que en seguida matiza, al considerar que, si depende del vendedor la garantía de la idoneidad, y ésta se abandona al juicio del comprador –dada la poco plausible hipótesis de una declaración judicial previa– lo que en realidad se produce es la perfección de una compraventa al cumplimiento de la condición de la presentación de un fiador por parte del vendedor en el supuesto de su no idoneidad<sup>51</sup>. En efecto, ésta parece una interpretación bien fundamentada. Aunque, en mi opinión, no porque el juicio sobre la idoneidad se remita a una valoración efectuada por el comprador: si se entiende idoneidad como solvencia<sup>52</sup> –y se piensa, por ejemplo, en la venta de una cosa futura– ¿qué tipo de datos –de los que nada dice la ley– debería tener el comprador para poder concluir en una valoración fiable? ¿Se impone la mera sospecha del comprador sobre la buena fe –de la que no hay por qué dudar, apriorísticamente– del vendedor? Más bien se trataría de una fundamentación de la rescisión de la compraventa<sup>53</sup> al comprobarse, *a posteriori*, la inidoneidad del vendedor: se permite la defensa de la revocación *ab initio* del contrato, precisamente porque la condición no se cumplió. Pero es al propio vendedor a quien corresponde entender el deber legal con el que carga –debe ser idóneo, o subsidiariamente debe dar fiador: «si (...) non sit idoneus», dice la ley, partiendo de una negatividad a la que se ata un deber que el vendedor mismo ha de entender y cumplir– y actuar en consecuencia. Se asume la posibilidad, pues, de que resten distanciados el momento del pago del precio, anterior, y el posterior de la *traditio rei*<sup>54</sup>. Para Carlos Petit, que apoya la tesis de Álvaro d'Ors<sup>55</sup>, la fianza operaría como instrumento del «comprador escrupuloso» que temiera, por ejemplo, la venta de cosa prohibida o litigiosa<sup>56</sup>: no existiría rescisión de la compraventa por falta de fiadores sino una condición exigible por el comprador para el contrato de compraventa, lo que antepone la lectura de la ley de Eurico, que prescinde de atribución de *firmitas*, a la de la ley *antiqua*, que la predica. Sin embargo, si parece peligroso, como dice Carlos Petit, interpretar *a contrario* la alusión a la *firmitas* por mor de la defensa de la ineficacia de la compraventa por defecto de fiador, más peligroso parece prescindir de una añadidura que podría confirmar una interpretación práctica de la fianza como obligación del vendedor cuyo incumplimiento, en caso de insolvencia, permitiría la rescisión de la compraventa; los casos que el autor plantea como demostrativos de la innecesariedad del mecanismo de la rescisión –por contar con su propia regulación para satisfacer al comprador– son la evicción y la negativa –perseguido como hurto– del vendedor a entregar la cosa enajenada: mas la evicción no tiene relación necesaria con la insolvencia, y el incumplimiento de la obligación de entrega –si se piensa en una insolvencia sobrevenida o en sobreenvidos deberes o créditos preferentes– no tiene por qué prejuzgar la mala fe.

<sup>51</sup> D'ORS, *El Código*, pp. 211-212.

<sup>52</sup> Así D'ORS: *El Código*, p. 28.

<sup>53</sup> De acuerdo con la opinión de Ernst Levy, cf. PETIT: *Fiadores*, p. 158 n. 312, que después la rebate.

<sup>54</sup> PETIT, *Fiadores*, pp. 154-155.

<sup>55</sup> PETIT, *Fiadores*, pp. 158-160.

<sup>56</sup> PETIT, *Fiadores*, pp. 155-156.

Desde luego, entre los requisitos mencionados para la validez de la compraventa no se encuentra la *traditio rei*. La obligación de presentar fiador en caso de insolvencia garantiza personalmente el cumplimiento de la obligación del vendedor. El contrato se constituye, en rigor, sin mella de su naturaleza consensual. Ahora bien, una ley *antiqua* euriciana otorga *plena firmitas* a la compraventa efectuada *per scripturam*, una plenitud de fuerza que alternativamente se otorga a su vez a la compraventa no escriturada si se comprueba fue pagado el precio con la presencia de testigos<sup>57</sup>. Por supuesto, la escritura es elemento formal *ad probationem* y contra el engaño, como constatan las Fórmulas Visigóticas<sup>58</sup>. Dice Álvaro d'Ors que el pago del precio se supone siempre, ora como pago efectivo, ante los testigos, ora como declaración de pago inserta en la escritura de venta<sup>59</sup>. El pago sería lo esencial, y la escritura lo accidental<sup>60</sup>.

La duda está en si esta ley supone una concepción de la compraventa en términos, como juzga Paulo Merêa, de un «acto instantáneo», con un reconocimiento de la propiedad del comprador inmediato a la compra, y no de un acto generador de *iura ad rem*<sup>61</sup>. Es decir, parecería que se está sembrando la duda sobre si en función de esta última ley cabría considerar el contrato de compraventa como un contrato que genera una transmisión consensual del dominio. Bien es cierto que sólo relativamente, porque ahí está el pago del precio, y no la *traditio* de la cosa, exigido por la ley –como si respondiera a una dimensión real y no consensual del contrato– como alternativa a la escritura. Paulo Merêa se pregunta si en el caso de una compraventa verbal la propiedad se transmitiría sólo mediante la entrega del precio, con independencia de la *traditio* de la cosa, y responde que ésta debe ser presupuesta; admite, por lo demás, que en la compraventa escriturada no hay cuestión, porque cabe entender que la propia escritura opera como «sucedáneo» de la *traditio*<sup>62</sup>. Y sin embargo, en ningún momento la ley habla de la formalización o consignación o entrega de la escritura por las partes, lo que dificultaría su entendimiento como *traditio* que sustituye a la corporal. La ley habla, estrictamente, de la *plena firmitas* de la compraventa si se escritura; del *plenum robor* de la compraventa no escriturada si se pagó el precio ante testigos.

<sup>57</sup> LV 5.4.3 ant. (= CE 286.1-2): «Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Ceterum, si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium presentibus testibus conprobetur, et plenum habeat emptio roborem».

<sup>58</sup> FV (= Ioannes GIL, *Miscellanea Wisigothica*, Sevilla, 1972, pp. 69-112) 12: «Distrahentium definitio licet fidei uinculis adligetur, tamen solidius est ut scripturae firmitas emittatur, ut nec distractoris <pars> per metas temporum quolibet ingenio dissimulando subripiat quae tacendo firmauerat, nec partium comparantis ulla aduersitas calumniantis eueniat. Ideoque distrahere me tuae charitati profiteor et distraxi hoc et illud (...)». FV 13: «Licet in contractibus empti et uendi<ti> qu(ae) bona uoluntate definiuntur uenditionis instrumenta superflue (r)equirantur, tamen ad securitatem comparatoris adiungitur si definitio ipsa scripturae soliditate firmatur. Ac per hoc distrahere me uestrae dominationi profiteor et distraxi hoc et illud (...)».

<sup>59</sup> D'ORS, *El Código*, p. 212.

<sup>60</sup> Vid. FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», pp. 339-344.

<sup>61</sup> PAULO MERÊA, «Sobre a compra e venda na legislação visigótica», *Estudos de direito visigótico*, Coimbra, 1948 (= MERÊA, «Sobre a compra e venda»), pp. 87-91.

<sup>62</sup> MERÊA, «Sobre a compra e venda», p. 91.

En mi opinión, no hay deducción posible –por esta última alternativa– sobre transmisión dominical inmediata ni se precisa esa difusa categoría de acto instántaneo que pueda asumir la compraventa. Me arriesgo a entender, en primer lugar, que esta ley –ley 3– debe leerse, necesariamente, en función de la ley anterior –ley 2– sobre la idoneidad del vendedor. Nótese que si la ley 2 decía *firmitas*, la ley 3 dice *plena firmitas*. Tal subrayado de la validez podría depender de que el sentido de la regulación parte de una crisis en la relación jurídica de la compraventa. Si he entendido bien, la ley 2 permite la revocación de la compraventa al comprador si comprueba que el vendedor es inidóneo y no presentó fiador. Pero, ¿qué sucede si, en ese momento, el comprador ya ha pagado el precio? Entra en juego entonces la ley 3, que vendría a distinguir dos casos. Si la compraventa se escrituró, no hay problema: se ratifica –se otorga plenitud, confirmada, plena, a– la compraventa, lo que supone la existencia de una obligación para el vendedor de cumplir con la entrega de la cosa o de resarcir por su incumplimiento; por supuesto, siempre a salvo que el comprador quiera ejercer la acción de revocación por inidoneidad. Si la compraventa no se escrituró, la prueba –por testigos– del pago del precio ratifica la compraventa –le otorga plena firmeza– con el fin de que permanezca incólume la obligación del vendedor de cumplir con su correspondiente obligación de entrega de la cosa o de resarcir los daños; por supuesto, de nuevo, si no prefiere el comprador la revocación de la compraventa. La naturaleza consensual del contrato en nada se merma, ni la transmisión real del dominio.

De esta transmisión real del dominio es prueba, en segundo lugar, la ley dedicada por Chindasvinto a la escritura. Para la validez de la escritura, el legislador requiere la signación por testigos<sup>63</sup>. Mas si la ley *Venditio* ofrecía para la validez del contrato de compraventa la alternativa entre la escritura y el pago del precio ante testigos, y la escritura incorpora la presencia misma de éstos, obviamente el elemento diferencial relevante cuaja en el pago del precio. Y es el pago del precio lo sustancial –operativa su declaración en la escritura formalizada– no porque la *traditio rei* no sea relevante a los efectos de la transmisión del dominio, sino justamente al contrario, porque desde el punto de vista de un contrato generador de obligaciones el derecho a que el dominio sea transmitido mediante la *traditio* queda apuntalado desde el momento en el que el pago del precio sustancia ese *ius ad rem*. En otras palabras, la preocupación del derecho visigodo no se centra en el medio de transmisión del dominio, cuya naturaleza real se presume, sino justamente en los instrumentos que destacan la naturaleza consensual del contrato, y en la generación de las obligaciones, frente a la tensión que pudiera ejercer una interpretación proclive a su naturaleza real.

Además, la ley *antiqua* euriciana *Si pars pretii* establece que, en el caso de que parte del precio se pague y parte del precio se prometa –sin que deba tratarse de una promesa formal<sup>64</sup>–, la compraventa permanece válida, de modo que si

<sup>63</sup> LV 2.5.1 Chindasvinto: «Scripture, que diem et annum habuerint evidentem expressum adque secundum legis ordinem conscripte noscuntur, seu conditoris vel testium fuerint signis aut suscriptionibus roborate, omni habeantur stabiles firmitate». Vid. FERNÁNDEZ ESPINAR: «La compraventa», pp. 368-369.

<sup>64</sup> MERÊA, «Sobre a compra e venda», p. 92.

el comprador en el tiempo establecido no paga el resto del precio debido, quedará obligado a pagar las usuras –lo que hace presumir que el vendedor ya entregó la cosa<sup>65</sup>, en el momento de la actuación *ad interesse*– a no ser que se convenga entre las partes la devolución de la cosa comprada al vendedor<sup>66</sup>. A mi modo de ver, se complementa aquí la ley que permite la prueba de la compraventa a través del pago del precio ante testigos, si no se escrituró<sup>67</sup>. El discurso negativo –«non propter hoc vindicio facta rumpatur»– confirma esta razón complementadora: si sólo se pagó parte del precio y parte se prometió, valga, regulándose a continuación las consecuencias de un futuro incumplimiento de la promesa. La naturaleza consensual del contrato de compraventa, una vez más, en nada sufre: es la transmisión de la propiedad la que se dirime con el pago –en este caso parcial, equiparado al total en la jurisprudencia postclásica<sup>68</sup>– del precio.

Algo más hay ordenado a propósito del pago del precio, en una euriciana ley *antiqua*. No se puede impugnar la firmeza de una compraventa porque se vendiera la cosa *vili pretio*<sup>69</sup>. No cabe rescisión, pues, por *laesio enormis*<sup>70</sup>. En nada afecta a este régimen la ley de Recesvinto en la que se ordena que el pago de una cantidad menor a la establecida en el contrato –éste es el justo precio al que alude la ley: el convenido<sup>71</sup>– asegurando el comprador fraudulentamente o contra la voluntad del vendedor que el precio pagado fue mayor, obliga al comprador a restituir al vendedor el duplo de lo defraudado<sup>72</sup>.

Por otra parte, una ley *antiqua emendata*, con reflejo euriciano, dispone que quien recibe arras por una cosa, «*id cogatur implere, quod placuit*»<sup>73</sup>. A Paulo Merêa le resulta extraña esta obligación de cumplimiento con el precio pactado imputada por la ley ¡al vendedor! y considera que la función de las arras como un elemento formal, a efectos probatorios, del contrato consensual, tiende a asumir la constatación de la existencia misma del contrato, hasta devenir un elemento formal que tiene efectos perfectivos respecto del contrato consensual

<sup>65</sup> D'ORS, *El Código*, p. 216.

<sup>66</sup> LV 5.4.5 ant. (= CE 296): «*Si pars pretii data est et pars promissa, non propter hoc vindicio facta rumpatur; sed si emptor ad placitum tempus non exhiberit pretii reliquam portionem, pro pretii partem, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res empta venditori debeat reformari*».

<sup>67</sup> En este sentido, D'ORS, *El Código*, pp. 216-217.

<sup>68</sup> MERÊA, «Sobre a compra e venda», pp. 92-94.

<sup>69</sup> LV 5.4.7 ant. (= CE 294): «*Vinditionis hec forma servetur, ut seu res aliquas vel terras seu mancipia vel quodlibet animalium genus venditur, nemo propterea firmitatem vinditionis inrumpat, eo quod dicat, rem suam vili pretio vindidisse*».

<sup>70</sup> D'ORS, *El Código*, p. 217. La influencia del cristianismo permitirá la consideración, en el derecho romano postclásico, de la *laesio enormis*, a efectos de la salvaguarda del requisito del justo precio, mediante su reclamación, aunque en ningún caso como causa de rescisión del negocio: FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», p. 328.

<sup>71</sup> D'ORS, *El Código*, p. 217 n. 721.

<sup>72</sup> LV 5.4.6 Recesvinto: «*Si in contractu venditionis minus pretium datum fuerit, et per fraudem aut etiam contra voluntatem vendentis amplius datum pretium nuntietur, quantum de iusto pretio fraudatum est, tantum duplum emtor restituat venditori*».

<sup>73</sup> LV 5.4.4 ant. emend. (= CE 297): «*Qui arras pro quacumque re acceperit, id cogatur implere, quod placuit*».

mismo<sup>74</sup>: más adelante considera que se trata del caso de acuerdo ratificado por medio del arra, cuando ni el precio se ha pagado ni la cosa se ha entregado<sup>75</sup>. En esta línea, Álvaro d'Ors entiende que el contrato no exige el pago del precio, de posible aplazamiento mediando arras, las que funcionarían como señal ratificadora de un contrato consensual<sup>76</sup>. Ésta parece ser la interpretación más ajustada, habida cuenta de que la ley no se refiere a la *firmitas*, sino al cumplimiento debido del contrato. Así, en efecto, la ley obligaría a cumplir su prestación al vendedor, desde el momento en que hubiera recibido no el precio, sino las arras como signo de perfección del contrato consensual, y quedaría obligado –sinalagmáticamente– a la aceptación del pago del precio estipulado.

Según esta ley *Qui arras*, cuando el comprador, por enfermedad o una grave necesidad inevitable, no comparece en el día fijado para cumplir con el pago del precio, debe designar a quien por él acuda en el tiempo establecido para que efectúe tal pago: si no lo hace así, y ni él comparece ni comparece otro por él, de suerte que el precio no resulta pagado, el contrato no valdrá y se le restituirán las arras que dio<sup>77</sup>. Es ahora la insolvencia –o puro incumplimiento– del comprador, y la ausencia de un cumplimiento subsidiario, lo que degenera en invalidez. Para Álvaro d'Ors, la compraventa en la que median arras es, por lo tanto, perfecta, pero si sometida a un término suspensivo esencial, de ser incumplido, resoluble con los efectos propios de una revocación retroactiva<sup>78</sup>. Así las cosas, este autor defiende que el hecho de que el pago del precio adquiera una relevancia literal de gran calibre –ya comprobada en la ley anterior– ayuda a situar a la compraventa en el tránsito, propio del derecho romano vulgar, entre la categoría de contrato consensual y la de contrato real, siempre que se entienda cómo, en efecto, se trata moderadamente de un tránsito, de modo que la falta de pago, y la consiguiente falta de validez –«res definitiva non valeat»– no afecta, aunque lo parezca, a las recíprocas obligaciones de comprador y vendedor, a la naturaleza consensual del contrato, sino a la estricta transmisión de la propiedad<sup>79</sup>. Por otra parte, como dice Paulo Merêa, el incumplimiento del pago del precio a término no deriva en la desaparición de la obligación del vendedor –ni del comprador, lógicamente, a quien le será exigible responsabilidad– sino en la concesión a éste de la facultad de considerarse liberado de su prestación si la otra parte no cumple con la suya<sup>80</sup>. Lo que permite, por paralelismo, ratificar –creo– la lectura de las anteriormente citadas *antiquae* 2 y 3.

<sup>74</sup> MERÊA, «Sobre a compra e venda», pp. 95, 101-102.

<sup>75</sup> MERÊA, «Sobre a compra e venda», pp. 103-104.

<sup>76</sup> D'ORS, *El Código*, p. 214.

<sup>77</sup> LV 5.4.4 ant. emend.: «Emptor vero, si per egritudinem aut gravem necessitatem, que vitari non potuerunt, ad constitutum non occurrerit diem, quem voluerit pro se dirigat, qui pretium tempore definito perconpleat. Quod si constituto die nec ipse successerit nec pro se dirigere voluerit, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definitiva non valeat» (= CE 297: «Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodo recipiat quas dedit, et res definitiva non valeat»).

<sup>78</sup> D'ORS, *El Código*, pp. 214-216.

<sup>79</sup> D'ORS, *El Código*, pp. 218-219.

<sup>80</sup> MERÊA, «Sobre a compra e venda», p. 102.

Precisamente la ley euriciana *antiqua* 3 termina con una referencia a los vicios del consentimiento. La compraventa viciada por violencia o miedo –o por amenaza de secuestro<sup>81</sup>, en la ley de Eurico– carece de validez<sup>82</sup>. En verdad, la violencia y el miedo, como el dolo, habrían permitido la rescisión, tanto de la donación como de la compraventa, en el derecho romano postclásico<sup>83</sup>. La misma eliminación de la firmeza por violencia y miedo la atribuye una ley euriciana *antiqua* al contrato de permuta, junto con una equiparación en la *firmitas* a la compraventa<sup>84</sup> que podría abonar el desplazamiento de ésta hacia la naturaleza de contrato real. Sin embargo, las razones apuntadas hasta este momento impiden desconocer la naturaleza consensual de la compraventa, amén de explicarse la cercanía entre permuta y compraventa como propia del derecho romano vulgar<sup>85</sup>. Otra cosa es que, como ocurre en las Fórmulas Visigóticas, la aparición conjunta de compraventa y permuta, constatando la naturaleza probatoria de la escritura, remita a una *traditio rei* ya efectuada, que por una parte puede deberse a la presencia de la permuta, en efecto, pero que en todo caso se predica del hecho de que las cosas estén «in singulorum iure translatas», luego transferido su dominio y así la potestad «habendi, tenendi et possidendi faciendique (...) quod voluerimus»<sup>86</sup>.

#### IV. INSTITUCIONES TANGENCIALES DE LA DONACIÓN Y LA COMPRAVENTA

Donar y vender constituyen un binomio que expresa la libertad de disposición. Valga como ejemplo la ley *antiqua* que permite al hijo que adquiere en vida por razón «de munificentia regis aut patronorum beneficiis» disponer de su peculio vendiendo o donando<sup>87</sup>. Incluso una ley que comienza a propósito de

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», p. 370; D'ORS, *El Código*, p. 213.

<sup>82</sup> LV 5.4.3 ant.: «Venditio vero, si fuerit violenter et per metum extorta, nulla valeat ratione» (= CE 286.3: «Venditio si fuerit violenter extorta, id est per metum mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione»).

<sup>83</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», p. 335.

<sup>84</sup> LV 5.4.1 ant.: «Commutatio, si non fuerit per vim et metum extorta, talem qualem et emptio habeat firmitatem» (= CE 293: «Conmutatio talem qualem emptio habeat firmitatem»).

<sup>85</sup> D'ORS, *El Código*, p. 211.

<sup>86</sup> FV 27: «Domino et fratri ill. ill. Licet largiente lege commutationis ordo uinditionis optineat uires, tamen oportunum est hoc pro futuris temporibus per scripturae conscribere tramitem, ut et pro conseruanda memoria eius pateat series et ea que sponte conueniunt nullius manente obstaculo pere(n)iter su(m)ant uigorem. Ac per hoc bona electione alterutrum conuenit ut tibi hoc et illud iuris mei causa commutationis dare d(e)berem, quod et dedisse me manifestum est, pro quod igitur e contrario titulo commutationis a uobis accepimus hoc et illud. Quas igitur res superius memoratas, a nobis utraque uoluntate in singulorum iure translatas, habendi, tenendi et possidendi faciendique unicuique nostrorum de re sibi tradita quod uoluerimus libera in Dei nomine nobis per omnia maneant potestas. Quod etiam iuratione firmamus (...)».

<sup>87</sup> LV 4.5.5 ant.: «Filius, qui patre vel matre uivente aliquid adquisierit, sive de munificentia regis aut patronorum beneficiis promeruerit, et exinde aliquid cuicumque vendere vel donare uoluerit, iuxta eam condicionem, que in aliis nostris legibus continetur, in ipsius potestate consistat; nec

compraventa, como la *antiqua* que prohíbe la venta del caballo errante encontrado, establece la pena del hurto aplicada tanto al supuesto de venta como al de donación<sup>88</sup>. Otras veces la alternativa es más amplia, como en el supuesto de la ley de Chindasvinto de que un liberto a quien se manumitió con la condición de que no «distraxerit vel donaverit» de su peculio, lo haga, bajo invalidez<sup>89</sup>; si en esta ley se especifica la donación, en la *antiqua* euriciana que regula la patria potestad del marido sobre los hijos cuando fallece la madre otorgándole la posesión de sus bienes, si no contrae nuevo matrimonio, «ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare presumat», especifica la venta<sup>90</sup>, y a donación y compraventa retorna la ley siguiente que otorga cuota igual a la de los hijos, mas usufructuaria, a la viuda que no contrae nuevo matrimonio, sobre el patrimonio del marido<sup>91</sup>. Nuevo caso que reúne a la donación, la compraventa y la permuta, es el de la ley de Ervigio dispositiva de que la realización de tales contratos con tierra ajena, si el adquirente edifica o planta y el dueño de la tierra no reclama aun sabiéndose engañado —o se encuentra lejos o no tiene conocimiento de la situación— para obtener después el provecho de lo que en la tierra se realizó, desembocan en que el enajenante tenga que dar al dueño «alteram et similem terra in duplo» y el adquirente no pierda las empresas en la tierra consumadas<sup>92</sup>. Aún otro caso general a partir de la venta —«venditionis causa vel

---

sibi aliquid, dum filius vivit, exinde pater vel mater vindicare presument. Quod si inter leudes quicumque, nec regis beneficiis aliquid fuerit consecutus, sed in expeditionibus constitutus de labore suo aliquid adquisierit, si communis illis victus cum patre est, tertia pars exinde ad patrem perveniat, duas autem filius, qui laborabit, obtineat». *Vid.* Alfonso OTERO, «Liber Iudiciorum 4,5,5 (En torno a las limitaciones de la patria potestad)», *AHDE*, 41 (1971), pp. 127-140.

<sup>88</sup> LV 8.5.8 ant.: «Caballum captum errantem nullus tondere vel vendere presumat. (...) Quod si quis inventum animal vendere aut donare presumerit, secundum leges sicut fur teneatur». *Vid.* Edorta CÓRCOLES, *El "furtum" en la "Lex Wisigothorum"*, tesis doctoral (inédita), Donostia, 2003 (= CÓRCOLES, *El "furtum"*, pp. 257-259).

<sup>89</sup> LV 5.7.14 Chindasvinto: «Qui mancipium suum per scripturam liberum faciens constituerit fortasse, non licere ei de peculio suo aliquid iudicare, si quid exinde libertus libertave distraxerit vel donaverit, modis omnibus invalidum erit, patronus eius scilicet aut patroni filii omnia sibi vindicaturi».

<sup>90</sup> LV 4.2.13 ant. (= CE 321.1): «Quod si marito supreste uxor forsitam moriatur, filii, qui sunt ex eodem coniugio procreati, in patris potestate consistant, et res eorum, si novercam non superdixerit, ea condicione possideat, ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare presumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet».

<sup>91</sup> LV 4.2.14 ant. (= CE 322.1): «Mater, si in viduitate permanserit, equalem inter filios suos, id est qualem unusquisque ex filiis, usufructuariam de facultate mariti habeat portionem; quam usque ad tempus vite sue usufructuario iure possideat. Ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis conferre presumat».

<sup>92</sup> LV 10.1.6 Ervigio: «Hoc tamen adicimus, ut, si quicumque alteri terram vendiderit aut donaverit sive commutatam acceperit, que tamen repperiatur quandoquidem non eius iuris fuisse, qui dedit, si ille, qui terram ipsam acceperit, in eadem terra domum edificaverit aut vineam plantaverit sive oliveta, horta vel pomeria fecerit, sive etiam si quid utilitatis ibi aut laboris adiecerit, et dominus terre illius, cui terra ipsa debita fortasse manebat, callidum se servans contestari nolit, aut fortasse longe commanens id ipsum aut nescierit aut contestari neglexerit, ut in postmodum laboratum ibi auferre aliquid possit: dum hoc ipse, cuius eandem terram esse paterit, coram iudice propulsaverit, ab auctore, qui terram ipsam iniuste alteri dedit, alteram et similem terram in duplo recipiat; et ille, qui in eadem terra labores suos exercuit, id, quod laboravit, nullo modo perdat».

quibuslibet aliis modis»– incluye en ley de Égica a todas las enajenaciones de bienes inmuebles realizadas por cristianos a judíos, sancionando con la confiscación<sup>93</sup>.

## 1. LA EVICCIÓN

Es dudoso si el régimen del saneamiento por evicción resulta común a los contratos de donación y compraventa.

La ley de Eurico estatuye que si un romano dona a un godo, o realiza la *traditio* de un objeto, que se encuentra pendiente de reclamación judicial, y el godo lo ocupa, el *possessor* podrá recibirlo por ejecución judicial, sin que quepa repetición posterior de la cosa, aunque exista causa para ello, si bien el romano deberá compensar al godo con cosa de igual calidad o mediante la devolución del precio<sup>94</sup>. Álvaro d'Ors cree que el nudo del precepto no se halla tanto en la existencia o no de litigio, cuanto en la posesión de un tercero contra quien no ha recaído sentencia<sup>95</sup>, y llama la atención sobre la falta de coincidencia del derecho romano vulgar, que habría exigido el *duplum*, con esta última solución de la restitución del simple precio<sup>96</sup>. La misma falta de coincidencia que se aprecia en una ley *antiqua*: en efecto, la ley *Si quis rem* ordena que habiendo sido reclamada en juicio una cosa, la compraventa o donación que la afecte antes de haber vencido judicialmente quien la efectúe, o la entrega para su ocupación, privando de este modo sin audiencia judicial de su dominio al *possessor*, se yugule al permitir que éste reciba, por ejecución judicial, la cosa, sobre la cual ninguna repetición será posible después –incluso si existe *bona causa petentis*– de manera que quien vendió o donó o dispuso su ocupación, carente de la posibilidad ya de reivindicar la cosa justamente, quedará obligado a compensar con cosa de igual calidad o con el precio a quien se la dio<sup>97</sup>. Por otro lado, en la ley *Quo-*

<sup>93</sup> LV 12.2.18 Égica: «(...) et tam mancipia quam edificia, terras, vineas atque etiam oliveta vel alias quascumque res immobiles, quas a christianis venditionis causa vel quibuslibet aliis modis accepisse noscuntur, quamvis iam multa annorum curricula effluxissent, reddito tamen illis propter ea de publico pretio, totum fisci erit viribus sociandum, ut, cui hoc regia potestas donare elegerit, libero perfruatur arbitrio».

<sup>94</sup> CE 312: «Romanus qui Gotho donaverit rem que est iudicio repetenda, aut tradiderit occupandam priusquam adversarium iudicio superarit, si etiam eam Gothus invaserit, tum possessor rem suam per executionem iudicis quae occupata fuerit statim recipiat, nec de eius postmodum repetitione pulsetur, etiam si bona sit causa repententis; sed Romanus Gotho eiusdem meriti rem aut pretium repensare cogatur».

<sup>95</sup> Álvaro D'ORS: «Varia Romana», *AHDE*, 27-28 (1957-1958) (= D'ORS, «Varia»), pp. 1159-1160.

<sup>96</sup> D'ORS, *El Código*, p. 225.

<sup>97</sup> LV 5.4.20 ant.: «Si quis rem, que est per iudicium repetenda, priusquam adversarium iudicialiter superaret, ita vendiderit vel donaverit alicui aut forsitan tradiderit occupandam, ut absque audientia iudicantis privetur dominium possessoris, ipse, qui possedit, per executionem iudicis rem, que occupata fuerat, statim recipiat nec de eius postmodum repetitione contendat, etiam si bona sit causa petentis. Ille vero, qui hoc vendidit aut donabit vel occupari precepit, quod iuste vindicare nullatenus potuit, eiusdem meriti rem aut pretium ei, a quo victus fuerit, repensare cogatur; quia rem, antequam vindicaret, fecit invadi».

*tiens*, una *antiqua* con espejo euriciano, se recoge el pago de la cosa doblada al dueño, impuesto al que se atrevió –y ya es convicto– a vender o a donar cosa ajena, quien debe además devolver el precio al comprador –y cumplir con la pena convencional escriturada, según el añadido de Ervigio– sin que el comprador mismo, pues, sufra perjuicio, en este supuesto de contienda judicial acerca de una cosa vendida o donada de la que llega a constar su alienidad<sup>98</sup>; además, se establece la «iuris alieni satisfactio iusta», estimada judicialmente, por parte del vendedor o donante, de las impensas y mejoras en la cosa efectuadas por el comprador o donatario<sup>99</sup>; precepto que se extiende, en fin, a toda cosa, siervo o animal pesado<sup>100</sup>.

Pues bien, Alfonso García-Gallo recuerda que el saneamiento por evicción es propio de los contratos onerosos, en el caso de que su objeto sea cosa ajena, con la restitución del *duplum* al comprador, lo que no rige, por el contrario, en los contratos gratuitos. En el derecho germánico, ahora bien, tanto compraventa como donación serían contratos onerosos. El caso es que la ley de Eurico relativa a las donaciones interraciales precisaría la obligación de saneamiento por evicción para un caso –la donación– que resultaría de discutible naturaleza, por lo que se refiere a su onerosidad como presupuesto de la evicción, al relacionarse en ella sujeto de derecho romano –contrato de donación gratuito– con sujeto de derecho germánico –contrato de donación oneroso– para imponer en definitiva la solución propia del régimen de este último<sup>101</sup>. La ley *Quotiens*, al incluir expresamente la donación junto a la compraventa, cubriría de forma general lo que en la ley de Eurico fue precisión del caso problemático particular, al establecer la obligación de saneamiento por evicción en ambos contratos: como esa inclusión de la donación junto a la compraventa se produce también en la ley *Si quis rem*, Alfonso García-Gallo considera que Leovigildo regula dos supuestos diferentes, a saber, la evicción para el caso de que el enajenante no tenga derechos sobre la cosa, con el pago del *duplum* –en la ley *Quotiens*– y la evicción para el caso de que el enajenante tenga derechos –mejor diríamos: no los tenga excluidos, operando una suerte de presunción a su favor, habida cuenta de la no apertura aún del contencioso o de la litispendencia– sobre la cosa, con la restitución del simple precio –en la ley *Si quis rem*–<sup>102</sup>. Sin embargo,

<sup>98</sup> LV 5.4.8 ant.: «Quotiens de vendita vel donata re contentio commovetur, id est, si alienam fortasse rem vendere vel donare quemcumque constiterit, nullum emtori preiudicium fieri poterit. Sed ille, qui alienam rem vendere vel donare presumpsit, duplam rei domino cogatur exolvere; emtori tamen quod accepit pretium redditurus (Erv.:) et penam, quam scriptura continet, impleturus» (= CE 289.1-2: «Quoties de vindita re contentio commovetur, si alienam fuisse constiterit, nullum domino praeiudicium comparetur. Et domino qui vendere aliena praesumserit duplum cogatur exolvere, nihilominus emptori quod accepit praetium redditurus».

<sup>99</sup> LV 5.4.8 ant. (= CE 289.3): «Et quidquid in profectum comparate rei emptor vel qui donatum accepit studio sue utilitatis adiecerat, a locorum iudicibus extimetur, adque ei, qui laborasse cognoscitur, a venditore vel a donatore iuris alieni satisfactio iusta reddatur».

<sup>100</sup> LV 5.4.8 ant.: «Similis scilicet et de mancipiis vel omnibus rebus adque brutis animalibus ordo servetur».

<sup>101</sup> Alfonso GARCÍA-GALLO, «Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda», *AHDE* 13 (1936-1941) (= GARCÍA-GALLO, «Nacionalidad»), pp. 207-211.

<sup>102</sup> GARCÍA-GALLO, «Nacionalidad», pp. 211-212.

Álvaro d'Ors defiende que los visigodos excluyeron de su derecho la donación onerosa germánica y se atuvieron al régimen del contrato gratuito, sin *vicissitudo*. Así, la norma de Eurico que regula las donaciones interraciales estaría concretando un supuesto particular, en efecto, pero no relativo al saneamiento por evicción, sino a la necesidad de respetar el orden de las *sortes Gothicae*, cuando el romano entrega un fundo al godo: Eurico recogería la norma, procedente de Teodorico I, en un momento en el que el reparto de tierras habría perdido actualidad, de manera que para generalizarla habría extendido lo que originalmente sería una referencia exclusiva a la *traditio ad occupandum*, a la donación, generalización por lo demás no del todo consecuente –¿o consecuente con la idea de la pérdida de derecho vinculada a la cesión de acción en cuanto *translatio ad potentiores*?– habida cuenta de que mantiene la referencia interracial –todas las donaciones, pero de romano a godo– cuando en puridad tendría que haber generalizado con supresión de referencias raciales, como haría después Leovigildo<sup>103</sup>. Ahora bien, para Álvaro d'Ors, aunque Leovigildo distingue el caso de que el cedente tenga derecho del caso de que no lo tenga, sancionando por la *invasio* en el primer caso con la pérdida del derecho –ley *Si quis rem*– y en el segundo con el duplo –ley *Quotiens*–, la extensión del régimen de la venta al de la donación en el supuesto de *invasio* no se traduce en la obligación de saneamiento por evicción para el donante, sino en una mera tipificación conjunta del delito de disponer de cosa ajena, bien por venta, bien por donación, con la sanción del duplo<sup>104</sup>, habida cuenta de la aproximación entre la *actio furti* y la *reivindicatio* que se produce en el derecho romano vulgar, tomando la segunda un carácter penal, máxime en el supuesto de venta de cosa ajena<sup>105</sup>. Paulo Merêa tampoco cree en la existencia de una donación onerosa visigótica: los requisitos sustanciales y formales de la donación presentes en la legislación visigoda en nada apoyan la existencia de una necesaria contraprestación, amén de que la obligación de saneamiento por evicción no tiene por qué considerarse un efecto necesario de la onerosidad de la donación, y de que la cita del capítulo 14 de los *Fragmenta Gaudenziana*<sup>106</sup>, con su exclusión de la *vicissitudo*, no tiene por qué *a contrario* interpretarse como confirmación de una práctica antes que como la consolidación de una negativa –lo que, sin embargo, tiene en contra, podría apuntarse, la voluntariedad que se constata en la fuente–<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> D'ORS, «Varia», pp. 1160-1162, y *El Código*, p. 246.

<sup>104</sup> D'ORS, «Varia», p. 1163.

<sup>105</sup> D'ORS, *El Código*, pp. 231-232.

<sup>106</sup> *Fragmenta Gaudenziana* 14 (= *Monumenta Germaniae Historica. Legum Sectio I. Legum nationum germanicarum. Tomus I. Leges Visigothorum*, Hannoverae et Lipsiae, 1902, pp. 469-472): «Si quis donaverit aliquid alio homini peculium suum, aut aurum sive argentum, aes aut ornamentum, mancipia aut de peculio aliquid, non requirat postea quod donavit, neque vicissitudinem requirat; nisi quod et ille sua voluntate retribuere voluerit. Habeat tamen testes duo aut tres ingenuos, testantes, quod illum non inpromutuaverit, sed donaverit. Si autem donator ille mortuus fuerit, heredes illius non repetat quod donatum est. Et si non habuerit testes ingenuos, qui ibidem presentes fuerint in ipsa donatione, restituat ei, quod ille promutuavit».

<sup>107</sup> Paulo MERÊA, «Para uma crítica de conjunto da tese de García Gallo», *Estudos de Direito Visigótico*, Coimbra, 1948 (= MERÊA, «Para uma crítica»), pp. 223-226, 228.

En mi opinión, Paulo Merêa resuelve completamente la cuestión cuando advierte lo que sigue: la ley *Quotiens*, al plantear el saneamiento por evicción, dada la existencia de una adquisición *a non domino*, no equipara donación y compraventa sobre la base de su común onerosidad, sino que fija los efectos de la enajenación de cosa ajena, manteniendo al propietario en su derecho, definiendo la responsabilidad del vendedor para con el comprador y estableciendo la pena del duplo –como en el derecho romano postclásico<sup>108</sup>– en favor del propietario. Pues bien, el mantenimiento del propietario en su derecho es solución perfectamente aplicable tanto a la compraventa como a la donación, y lo mismo sucede con la pena del duplo, dado que la afección al derecho del propietario es idéntica en ambos casos: cuando los regímenes de donación y compraventa pueden distinguirse, en sede de saneamiento por evicción, a propósito de la responsabilidad del enajenante para con el adquirente, la ley se limita a hablar del comprador –«nullum emptori preiudicium fieri poterit»– y no menciona al donatario<sup>109</sup>.

Es ley *antiqua* aquélla que mantiene la afección tanto a la compraventa como a la donación de la ley de Eurico, en la prohibición de los contratos sobre cosa litigiosa, añadiendo la prohibición de transferencia a otro lugar<sup>110</sup>. Y otra ley *antiqua* establece para la adquisición, con mala fe, de cosa hurtada, el deber de presentar *auctor*<sup>111</sup> y cumplir con la composición del hurto; si no se presenta *auctor*, la pena será la «dupla conpositio, que a furibus debetur»<sup>112</sup>. Esto lo interpreta Álvaro d'Ors –dado que la composición del hurto, presentando *auctor*, alcanza de por sí al duplo– como el doble de la composición del duplo, esto es, el *quadruplum*<sup>113</sup>. Se trata de un precepto que tiene relación con la ley *Quotiens*, evidentemente, ahora ocupándose de la adquisición *a non domino* con mala fe: la interpretación de índole penal que se dio a aquella ley –por lo que se refiere a la conjunta aparición de compraventa y donación– parece confirmarse en la utilización del término *conparare*, con sentido generalizador. El mismo término se utiliza en la ley de Recesvinto que establece que ningún hombre libre –lo que se extiende a los siervos– puede adquirir *universa res* de un hombre des-

<sup>108</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», pp. 320, 335-336.

<sup>109</sup> MERÊA, «Para una crítica», pp. 226-228.

<sup>110</sup> LV 5.4.9 ant.: «Rem in contentione positam, id est, quam alter aut repetere cepit aut recipere rationabiliter poterat, non liceat nec donare nec vindere nec aliquo loco transferre» (= CE 298: «Rem in contemptione positam non liceat donare nec vindere»). Para la dubitada nulidad de la venta de cosa litigiosa en el derecho postclásico, *vid.* FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», pp. 317-318.

<sup>111</sup> *Vid.* Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, «Escodriñamiento y otorficación. Contribución al estudio de la reivindicación mobiliaria en el derecho español medieval», *Estudios medievales de Derecho Privado*, Sevilla, 1977, pp. 174-183

<sup>112</sup> LV 7.2.9 ant.: «Si quis rem furtivam sciens a fure conparaverit, ille, qui emit, suum representet autorem et postea tamquam fur componere non moretur. Si vero furem non invenerit, duplam compositionem, que a furibus debetur, exolvat; quia apparet illum furi esse similem, qui rem furtivam sciens conparasse cognoscitur. Quod si servus hoc fecerit, aut medietatem compositionis de ingenuis persolvat, aut hunc servitutum dominus tradat».

<sup>113</sup> D'ORS, *El Código*, pp. 227-228. *Vid.* CÓRCOLES, *El "furtum"*, pp. 143-147, 173-178, que calcula el duplo respecto de la pena del novécuplo de LV 7.2.14 ant., que considera ordinaria y no exclusiva de un *furtum manifestum*.

conocido a no ser que presente fiador –a quien se pueda creer– para la excusación de su ignorancia –un fiador cuya función no es tanto la demostración de que el vendedor era un desconocido, cuanto la de suplir en tal circunstancia su responsabilidad frente al comprador<sup>114</sup>–: de no observarse esta regla, el juez le conminará a presentar *auctor* en término suficiente; si no puede encontrar a su *auctor* y niega la existencia de hurto, debe demostrar su inocencia mediante juramento o testigos, y en tal caso restituir la cosa, por la mitad del precio que pagó, al dueño, jurando con éste que habrá de perseguir al hurtador: si no descubren el hurto, bastará con la restitución de la cosa al dueño, pero si el ladrón es descubierto y el dueño no quiere hacerlo público, perderá totalmente la cosa, que restará en posesión del comprador<sup>115</sup>. La razón de esta última norma está en la antijuricidad del encubrimiento: según Álvaro d’Ors, al plantearse en la ley el encubrimiento del dueño de la cosa, y no del comprador de mala fe, se permite interpretar, en paralelo, que el comprador de mala fe que responde –ya se explicó– con el *quadruplum*, si no presenta al *auctor* de su derecho, está debiendo el doble de la *compositio* del ladrón, una vez como ladrón y otra como encubridor<sup>116</sup>.

Al comprador de buena fe se protege, sin embargo, en la ley *antiqua* que se ocupa de las ventas de los comerciantes de ultramar, si los objetos de estas ventas fueron después vendidos *competenti pretio* y se prueba tratarse de cosas hurtadas<sup>117</sup>. Según Álvaro d’Ors, no se trata de una protección *erga omnes* del comprador de buena fe, pues el dueño podrá actuar contra él si prueba que la cosa le fue hurtada, si bien entonces el comprador tendrá la facultad de retenerla hasta que aquél le pague la mitad del precio razonable que a su vez él pagó al mercader<sup>118</sup>. Pero parece que el *competens pretium* no se refiere en la ley al precio que se paga en la venta del mercader, sino al precio de la venta hecha a su vez por el comprador a un tercero. La exigencia de prueba podría no ser sino un presupuesto, lógico, para la consideración del problema de cosa hurtada, que hace sobreentender que su dueño está reclamando, mas en el sentido de liberar de toda responsabilidad definitiva al comprador. El *competens pretium* podría

<sup>114</sup> PETIT, *Fiadores*, pp. 161-162.

<sup>115</sup> LV 7.2.8 Recesvinto: «Universam rem nulli ingenuo liceat de incognito homine comparare, nisi certe fideiussorem adhibeat, cui credi possit, ut excusatio ignorantie auferatur. Quod si aliter fecerit qui comparaverit, a iudice districtus autorem presentet infra tempus sufficienter a iudice constitutum. Quem si non potuerit invenire, adprobet se aut sacramento aut testibus innocentem, quod eum furem nescierit, et quod aput eum agnoscitur, accepta pretii medietate, restituat, adque ambo datis invicem sacramentis promittant, quod furem fideliter querant. Quod si omnino fur invenire nequiverit, rem tantum, que empta est, domino rei emptor ex integritate reformet. Si vero dominus rei furem noverit et eum publicare noluerit, rem ex toto amittat, quam emptor quiete possideat. Haec et de servis forma servabitur». Vid. CÓRCOLES, *El “furtum”*, pp. 129-141.

<sup>116</sup> D’ORS, *El Código*, p. 229.

<sup>117</sup> LV 11.3.1 ant.: «Si quis transmarinus negotiator aurum, argentum, vestimenta vel quelibet ornamenta provincialibus nostris vendiderit, et competenti pretio fuerint venundata, si furtiva postmodum fuerint adprobata, nullam emptor calumniam pertimescat».

<sup>118</sup> D’ORS, *El Código*, p. 230. Parece coincidir con su opinión, aunque no lo cite, Antonio PÉREZ MARTÍN, «Observaciones a Liber Iudiciorum 11.3», en *Historia. Instituciones. Documentos* 14 (1987), p. 155.

significar su cualidad de comprador de buena fe –hasta ahora no explicitada en la ley– de forma negativa, esto es, entendiendo que sólo si la venta que él realizó fue con precio adecuado a la cosa, su buena fe debe ser presumida, porque si abarató o encareció abusivamente la cosa cabría presumir una receptación o una complicidad con el ladrón o al menos un conocimiento de la procedencia delictiva de la cosa.

## 2. LA SERVIDUMBRE COMO CONDICIÓN DEL SUJETO DEL CONTRATO DE DONACIÓN O COMPRAVENTA

Para la ley de Eurico, la adquisición de la cosa por un siervo, sin que lo sepa su dueño, no alcanza firmeza si el dueño no quiere –pues lo que adquiere el siervo le pertenece, según el derecho romano vulgar<sup>119</sup>– habiéndose de devolver el precio al comprador<sup>120</sup>. En cuanto esta norma presupone la validez del negocio del siervo ratificado por su dueño<sup>121</sup>, será limitada por Chindasvinto. Éste ordena que si un sujeto recibe, de quien conoce ser un siervo o sierva ajena, «domum, agrum vel vineam seu mancipium», bajo cualquier fórmula contractual, la donación, en primer lugar, no tendrá validez, mas sin que al donatario haya de devolverse el «datum commodum pro sepositione», ni la compraventa, en segundo lugar, la tendrá, mas con pérdida para el comprador del precio<sup>122</sup>. Parece que junto a la compraventa podría caber aquí el supuesto de una donación onerosa. Amén, una ley de Recesvinto subtrayará la invalidez del pacto alcanzado por el siervo, aun por escritura o ante testigos, sin el mandato del dueño<sup>123</sup>, acaso contra la presunción práctica de su roboración en virtud del cumplimiento de tales requisitos formales.

Sin embargo, si la venta es de cosas del peculio del siervo o percibidas de sus dueños o de terceros *negotianti occasione*, el acto será firme –conforme al derecho romano vulgar<sup>124</sup>– de manera que el dueño, para la rescisión de la compraventa, deberá probar, por testigos legítimos o juramento, que la cosa no per-

<sup>119</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», p. 310.

<sup>120</sup> CE 287: «Si quid a servo fuerit comparatum domino nesciente, si dominus firmam esse no- luerit emptionem, praetium reddat emptori, et emptio nihil habeat firmitatis».

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», pp. 344-345.

<sup>122</sup> LV 5.4.13 Chindasvinto: «Res iuris alieni sine domini voluntate ab eo, qui non habet distrahendi personam, alienari non patimur. Ideoque, cum promulgata sanctio iuris antiqui non sine dominorum dispendio servorum venditiones in irritum preceperit devocari, providentiori decreto consulimus, si leges patrias ad equitatis regulam redigamus; sitque melius earum statuta corrigere, quam cum eis pariter oberrare. Quapropter, si quis servum vel ancillam alienam sciens, ab eis deinceps domum, agrum vel vineam seu mancipium sub quacumque definitionem perceperit, donatio si- quidem vel sepositio de talibus personis contracta non valeat, ita ut nec datum commodum pro se- positione reddatur; venditio vero cum dispendio comparantis inrupta sic ad servi vel ancille dominum in integrum revocetur, ut emtor pretium ex omnibus perdat. Iuste enim quod per ambitionem dederat videtur amittere, qui suo dominio rem census alieni nititur adplicare».

<sup>123</sup> LV 2.5.6 Recesvinto: «Et honestas hoc habet, et iustitia hoc adfirmat, ut que servi non iu- bentibus dominis suis seu per scripturam paciscuntur sive per testem definiunt, nullo firmo robore penitus habeantur».

<sup>124</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», p. 315.

tenece al peculio del siervo, sino a su propio derecho, y que sin su voluntad fue vendida<sup>125</sup>. He aquí ahora presente, solitario, el contrato de compraventa, ¿o se sobreentiende incluida una donación onerosa? ¿O se trata, antes bien, de que la donación onerosa se presenta sólo cuando resultan afectados los bienes inmuebles<sup>126</sup>? Estas normas referidas rigen, con todo, siempre que se trate «de vilibus et parvis rebus», porque si se trata «de maioribus et necessariis», queda en potestad del dueño revocar o consolidar el negocio<sup>127</sup>.

Por lo demás, en otra ley *antiqua* se alternan donación y compraventa, cuando se prohíbe a los siervos de la corte regia la venta de sus siervos y tierras, salvo que no dispongan de otro patrimonio, pero nunca a hombre libre, sino exclusivamente a otros siervos de la corte, prohibiendo a su vez la donación de siervos y tierras a la iglesia o a los pobres, a quienes sólo se permite la donación *pro animabus* del resto de bienes, y en quienes redundará el precio pagado por el hombre libre cuyo contrato resulte anulado<sup>128</sup>. La referencia al *pretium*, aunque figura tras la frase referida «ad contractum emptionis», en la medida en que tal oración se limita a retomar la primera prohibición de venta de la ley —«ita ut, sicut supra dictum est»— a la que seguía la de donación, ¿puede tener un sentido general que abarque la donación onerosa? Téngase en cuenta que la ley de Recaredo que —en la línea del derecho romano postclásico<sup>129</sup>— prohíbe al judío comprar o recibir en donación siervo cristiano, instituye como sanción que «pretium perdat», además de la libertad de éste<sup>130</sup> —todavía, dicho sea al margen, una ley de Ervigio concederá un plazo para que los judíos vendan sus siervos cristianos, bajo «cognitio sacerdo-

<sup>125</sup> LV 5.4.13 Chindasvinto: «Predictae vero serviles persone si animalia quelibet bruta venderint seu res quascumque vel ornamenta distraxerint, que tamen, aut sui sint peculii, aut a dominis suis vel aliis negotiandi hoccasione distrahenda perceperint, ita perenniter firma subsistant, ut, si dominus eiusdem servi vel ancille, qui vendidit, rescindere venditionem ipsam voluerit, seu rem, que vendita est, non servi peculium, sed sui esse proprii domini adseruerit, non aliter vinditio rescindatur, nisi ille, qui rescindendam venditionem proponit, aut per testes legitimos aut per sacramentum suum non servi peculium, sed suum proprium doceat esse, quod querit, et sine voluntate sua venditum fuisse, quod acquirere cupit».

<sup>126</sup> Ésa era una duda de GARCÍA-GALLO, «Nacionalidad», p. 209 n. 62.

<sup>127</sup> LV 5.4.13 Chindasvinto: «Et hoc quidem de vilibus et parvis rebus; nam de maioribus et necessariis in domini potestate erit infringere an stabilire negotium».

<sup>128</sup> LV 5.7.16 ant.: «Servis nostris sine permissu nostro libertatem mancipiis suis dare non sinimus. Quod si dederint, libertas data non valeat; sed hec tantummodo libertas habeat firmitatem, que ex nostra preceptione conceditur. Simili modo servis nostris mancipia sua aut terras ad liberos homines non liceat vinditione transferre, nisi tantummodo aliis servis nostris vendendi habeant potestatem. Quod si terras sive mancipia ecclesie sive pauperibus donare voluerint, donatio hec vel voluntas nulla ratione subsistat. Illud enim eis tantum pietatis contemplatione concedimus, ut pro animabus suis ecclesie vel pauperibus de aliis facultatibus largiantur. Et si preter terras vel mancipia nihil habeant facultatis, tunc de terris adque mancipiis eis vendendi tribuimus potestatem; ita ut, sicut supra dictum est, a servis nostris tantummodo, quod conservus eorum vendiderit, comparetur, nec liber ullus ad contractum huius emtionis adspiret. Pretium autem, quod de terra vel mancipiis acceperint, erogare pro animabus suis ecclesie vel pauperibus non vetentur».

<sup>129</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», p. 324.

<sup>130</sup> LV 12.2.12 Recaredo: «Nulli Iudeo liceat christianum mancipium comparare vel donatum accipere. Quod si comparaverit vel donatum acceperit et eum circumciderit, et pretium perdat, et quem acceperat liber permaneat».

tum vel iudicium»<sup>131</sup>-. ¿Se registran legalmente, en consecuencia, datos que apoyen la tesis de Alfonso García-Gallo sobre una donación visigoda onerosa –tratada en páginas anteriores– o hay que equilibrar estos datos con los serios argumentos contrarios ya referidos, para quizá limitar los supuestos ahora contemplados e interpretarlos, no tanto en función de donación onerosa, como en función de una donación eventualmente remuneratoria a título lucrativo?

### 3. LA DONACIÓN O COMPRAVENTA DE COSA ECLESIAÍSTICA

Una ley *antiqua* establece que si un obispo vende cosas de la iglesia, su sucesor debe devolver el precio para restituir la cosa, «cum omni augmento», en el derecho de la iglesia<sup>132</sup>. Luego el patrimonio eclesiástico queda fuera del comercio, de acuerdo con la tradición canónica conciliar<sup>133</sup>. Otra ley *antiqua* señala cómo la firmeza de toda compraventa o donación de cosa eclesiástica por obispo, presbítero o cualquier otro clérigo, al margen del consentimiento del resto de los clérigos, se condiciona al respeto de los santos cánones<sup>134</sup>. Así, concreta formas contractuales donde la ley de Eurico<sup>135</sup> aludía a mera disposición, remite al derecho canónico<sup>136</sup> donde aquélla sólo se refería al concurso del consentimiento clerical, y no especifica mención de bienes inmuebles.

<sup>131</sup> LV 12.3.12 Ervigio: «Hoc tantum illis more concedimus pietatis, ut a primo anno regni nostri, id est a kal. Feb. usque in sexagesimum diem habeat quisquis ille Iudeus iuxta tenorem predicte legis licentiam christiana venundare mancipia, non tamen sine cognitione sacerdotum vel iudicum, ad quorum territoria pertinere noscuntur: ne et hii, qui venundandi sunt, damna mortis perferant vel salutis, et hii, qui venditores existunt, locum agende fraudis vel inferende repperiant ultionis».

<sup>132</sup> LV 5.1.2 ant.: «Quod si et aliquid de rebus ecclesie vendere presumserit, succedens episcopus reddito pretio, quod a venditore acceptum est, cum omni augmento rem ad ius reducat ecclesie et nullam calumniam pertimescat».

<sup>133</sup> Vid. FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», p. 352 y n. 241.

<sup>134</sup> LV 5.1.3 ant.: «Si quis episcopus aut presbiter vel quicumque ex clericis preter consensum ceterorum clericorum aliquid de rebus ecclesie vendiderit vel donaverit, hoc firmum non esse precipimus, nisi ita fuerit facta vindictio sive donatio, quemadmodum sanctorum canonum instituta constituunt adque decernunt».

<sup>135</sup> CE 306.1: «Si quis episcopus vel presbyter aliquid praeter consensu omnium clericorum de rebus aeclesiae facere crediderit, hoc firmum non esse precipimus; nisi praebeat omnis clericus consensum suum, seu de fundo seu de hereditate».

<sup>136</sup> Concilio III de Toledo, capitulum III (José VIVES-Tomás MARÍN MARTÍNEZ-Gonzalo MARTÍNEZ Díez, *Concilios visigóticos e hispano-romanos*, Barcelona-Madrid, 1963): «Haec sancta synodus nulli episcoporum licentiam tribuet res alienare ecclesiae, quoniam et antiquioribus canonibus prohibentur; si quid vero quod utilitatem non gravet ecclesiae pro suffragio monachorum vel ecclesiis ad suam parochiam pertinentium dederint, firmum maneat; peregrinorum vero vel clericorum et egenorum necessitati salvo iure ecclesiae praestare permittuntur pro tempore quo poterint».

#### 4. LA DONACIÓN O COMPRAVENTA CON VÍNCULO TRIBUTARIO O DE GLEBA

Una ley de Chindasvinto prescribe, por *utilitas publica*, que aquellos curiales o privados que tienen el deber de *caballos ponere* o de tributar *in arca publica*, no deben vender, donar o permutar su patrimonio<sup>137</sup>. No obstante, si acaece que, por su voluntad o por necesidad, venden, donan o permutan *omnis facultas*, el adquirente debe pagar el censo anterior, que ha de persistir escriturado con el vínculo preexistente<sup>138</sup>. Tal es un criterio que coincide con el derecho romano postclásico<sup>139</sup>, y que persigue que la enajenación de heredades gravadas con impuestos y servicios no las libere de éstos por causa de la eventual condición jurídica del adquirente<sup>140</sup>. En el caso de que se enajene, sin embargo, sólo *medietas facultatis*, o alguna parte en siervos, tierras, viñas o casas, habrá de cumplirse la *functio publica* de acuerdo con la proporción patrimonial recibida<sup>141</sup>. Así las cosas, cuando el adquirente no exhibe la escritura, o demora por un año el pago del censo, conocido que fuera esto por el rey –el conde o el juez– perderá el precio, y la potestad regia podrá restituir la cosa a quien la enajenó o dársela a otro<sup>142</sup>. En todo caso, a tales privados y curiales sí les es lícito vender, donar o permutar entre sí, siempre que el adquirente no rehúse el pago por utilidad pública de la *functio rei accepte*<sup>143</sup>.

La misma ley de Chindasvinto establece en su última oración que los plebeyos no tienen la potestad de enajenar su gleba, y que si lo hacen habrán de perder el precio, como si alguien se atreve a adquirir viñas, tierras, casas o esclavos «ab officii huius hominibus»<sup>144</sup>.

<sup>137</sup> LV 5.4.19 Chindasvinto: «Si cura rei familiaris omitti non debet, quanto magis utilitatis publice, quam semper exerceri vel augeri necesse est. Curiales igitur vel privati, qui caballos ponere vel in arca publica functionem exolvere consueti sunt, numquam quidem facultatem suam vendere vel donare vel commutatione aliqua debent alienare».

<sup>138</sup> LV 5.4.19 Chindasvinto: «Tamen si contigerit, aut voluntate aut necessitate, eos alicui, sive vinditione aut donatione seu commutatione, omnem suam facultatem dare, ille, qui acceperit, census illius, a quo accepit, exolvere procurabit, et hanc ipsam summam census eiusdem scripture sue ordo per omnia continebit».

<sup>139</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», pp. 321-322.

<sup>140</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», pp. 354-355.

<sup>141</sup> LV 5.4.19 Chindasvinto: «Sed et qui medietatem facultatis talium personarum vel partem aliquam in mancipiis, terris, vineis domibusque perceperit, iuxta quantitatem accepte rei functionem publicam inpleturus est».

<sup>142</sup> LV 5.4.19 Chindasvinto: «Qui autem de talibus personis accipiens aut per scripturam illius, a quo accepit, non ostenderit, quid exinde functionis exolvat, aut vel uno forsitan anno reddere censionem ipsam distulerit, mox regis auditibus sive comitis aut iudicis huius rei actio innotuerit, possessor amisso pretio, vel si quid econtra dederat, id etiam, quod accepit, ex omnibus perdat; ita ut principis potestas, seu illi, qui dederat, reddere voluerit, sive alii fortasse, conferre licentiam habeat».

<sup>143</sup> LV 5.4.19 Chindasvinto: «Ipsis interim curialibus vel privatis inter se vendendi, donandi vel commutandi ita licitum erit, ut ille, qui acceperit, functionem rei accepte publicis utilitatibus inpendere non recuset».

<sup>144</sup> LV 5.4.19 Chindasvinto: «Nam plebeis glebam suam alienandi nullam umquam potestas manebit; amissurus procul dubio pretium, vel si quid contigerit accepisse, quicumque post hanc legem vineas, terras domosque seu mancipia ab officii huius hominibus accipere quandoque presumerit».

## 5. LA DONACIÓN O COMPRAVENTA DE LIBRE

Para el caso de compraventa de sujeto libre <sup>145</sup>, la ley de Eurico ordenaba que, en el caso de probarse su libertad, había de recibir del vendedor un siervo o el precio de un siervo, y a su vez el comprador, del mismo vendedor, el duplo del precio <sup>146</sup>. Una regulación que varía con una ley *antiqua*, instituyente de lo que sigue. Si un hombre libre se atreve a vender o a donar a un hombre libre, el juez no deberá dilatar su detención, de manera que aquel libre vendido o donado, una vez restituido en su estado, perciba del vendedor cien sueldos de oro, composición con la pena prevista supletoria de cien azotes y entrega en servidumbre de aquél a quien se atrevió a vender o a donar. Si es un siervo quien se atreve a vender o a donar a una persona libre, padecerá doscientos azotes y decalvación *turpiter*, entregado en perenne servicio de aquélla. Dos reglas que han de ser observadas también por lo que respecta a la compraventa o donación de las mujeres libres <sup>147</sup>. De esta suerte, lo que con Eurico era daño, con Leovigildo adviene delito <sup>148</sup>.

Por otra parte, ordena una ley *antiqua* que si un hombre libre –mayor de veinticinco años, decía la ley de Eurico– permite ser vendido –posibilidad que constatan las Fórmulas Visigóticas en caso de necesidad <sup>149</sup>– y reparte el precio con el vendedor, con el fin de engañar al comprador, cualquier reclamación posterior por su parte no será atendida, antes bien permanecerá en la servidumbre a la que se aquietó. No es digno de libertad –se dice lapidariamente– quien por su propia voluntad se somete como siervo <sup>150</sup>. Ervigio añadirá, empero,

<sup>145</sup> Vid. sobre el estatuto de libertad las breves consideraciones de Alfonso GARCÍA-GALLO, «Curso de Historia del Derecho Privado», *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, 1982, p. 48.

<sup>146</sup> CE 290: «Si quis ingenuum vendiderit, cum ille suam probaverit libertatem, servum aut praetium servi ab illo qui vendidit accipiat ille sibi quem vinditum fuisse constiterit, excepto quod emptori in duplum praetium quod accepit cogatur exsolvere. Haec et de mulieribus forma servetur».

<sup>147</sup> LV 5.4.11 ant.: «Si ingenuus ingenuum vendere vel donare presumerit, huiusmodi presumptorem iudex comprehendere non moretur; ita ut ingenuus ille, in statum suum reductus, centum auri solidos a presumptore percipiat; aut si non habuerit, unde componat, C flagellis publice verberatus, in potestate eius serviturus tradatur, quem vendere aut donare presumerat. Servus autem in ingenuam personam talia facere fortasse presumens, comprehensus a iudice, ducentorum flagellorum hictibus publice verberetur et decalvatus turpiter eius perenniter servitio addicatur. Adque etiam de mulieribus ingenuis venditis vel donatis huius ordinis forma servetur».

<sup>148</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», pp. 351-352.

<sup>149</sup> FV 32: «Domino semperque meo ill. ill. Licet sanctione legum sit constitutum, tamen nullus pro sua uoluntate suum statum deteriorat; sed quotiens prae legitimam quis <causam> suam portando personam necessitate uel miseria aliqua laborare uidetur, sua causa constringitur de suum statum qualem uult ferre iudicium, (utr)um meliorandi an deteriora(n)di liberam habeat p(o)testatem. Ideoque propriae mecum deliberaui ut statum meum uenundandum proposui. Quod etiam uestra dominatio haec audiens, et per mea supplicatione uester accreuit adsensus, et datos a tua dominatione solidi (N.) tot propter hoc et illud me accepisse manifestum est. Et ideo memoratum statum meum ex hodierna die habeas, teneas et possideas, iure dominioque tuo imperpetuum uindices ac defendas, uel quicquid in meam uel de meam personam facere uolueris, directa tibi erit per omnia uel certa potestas. Quod etiam iuratione (...)».

<sup>150</sup> LV 5.4.10 ant. (= CE 300): «Quicumque ingenuus (CE 300: post annum vicisimum) se vindi permiserit et pretium cum venditore partitus est, ut circumveniret emptorem, proclamans postea nullatenus audiatur; sed in ea, qua voluit, servitute permaneat; quoniam non est dignus, ut liber sit, qui se volens subdidit servituti».

cómo si aquel que permitió su venta tiene el precio para redimirse —o sus parientes quieren pagarlo— una vez devuelto íntegramente, la venta podrá ser revocada «ad ingenuitatis titulum»<sup>151</sup>.

Según ley *antiqua*, en fin, no es lícito que los padres vendan, donen o empañen a sus hijos, de modo que quien adquiera un hijo de sus padres, ningún derecho propio podrá defender, antes bien perderá el «pretium vel sepositionis commodum»<sup>152</sup>. Explica Álvaro d'Ors que esta solución normativa resulta tajante si se compara con la tendencia del derecho romano cristiano —en el derecho romano postclásico aún se permite la enajenación del hijo, aunque se aprecie la tendencia a su prohibición<sup>153</sup>— a tolerar en ciertas condiciones la venta, a pesar de la repulsión por la inmoralidad del acto, con la intención de evitar el efecto contraproducente de la exposición de infantes, del infanticidio o del aborto<sup>154</sup>. Todavía otra ley *antiqua* se refiere a venta —mas como término subsumido en el de *plagiare* o *sollicitare*— en relación con los delitos cometidos sobre hijos o hijas de hombres y mujeres libres, considerados *non leuius* que el *homicidium*<sup>155</sup>.

## 6. LA DONACIÓN O COMPRAVENTA DE SIERVO

Conforme a una ley *antiqua* de raíz euriciana, si un sujeto vende a un siervo —o sierva— propio y este siervo acusa a su anterior dueño de un crimen, el vendedor lo recibirá y devolverá el precio al comprador, para inquirir en su siervo el crimen del que se le ha acusado<sup>156</sup>. Una resolución de la venta derivada, como dice Álvaro d'Ors<sup>157</sup>, de que el siervo vendido, donado o permutado, no pueda

<sup>151</sup> LV 5.4.10: «Et tamen si ipse, qui se vendiderit vel venundari permiserit, pretium, unde se redimat, habere potuerit, aut si parentes eius redemptionem pro eo ei, cui se vendidit, dare elegerint, reddito ad integrum pretio, quod pro venditi persona emptor accepit, ad ingenuitatis titulum ille, qui se vendiderit, poterit revocari».

<sup>152</sup> LV 5.4.12 ant. (= CE 299): «Parentibus filios suos vendere non liceat aut donare vel obignorare. Nec ex illis aliquid iuri suo defendat ille, qui acceperit; sed magis pretium vel sepositionis commodum, quod dederat, perdat qui a parentibus filium comparavit».

<sup>153</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa», pp. 323, 352.

<sup>154</sup> D'ORS: *El Código*, pp. 221-223. Sobre la legislación visigoda y la normativa conciliar en materia de aborto e infanticidio, *vid.* Enrique ÁLVAREZ CORA, «Derecho sexual visigótico», *Historia. Instituciones. Documentos*, 24 (Sevilla, 1997), pp. 18-22, 44-45.

<sup>155</sup> LV 7.3.3 ant.: «Qui filium aut filiam alicuius ingenui vel ingenue plagiaverit aut sollicitaverit et in populo nostro vel in alias regiones transferri fecerit, huius sceleris autor patri aut matri fratribusque, si fuerint, sive proximis parentibus in potestate tradatur; ut illi occidendi aut vendendi eum habeant potestatem, aut, si voluerint, compositionem homicidii ab ipso plagiatore consequantur, id est solidos CCC; quia parentibus venditi aut plagiati non leuius esse potest, quam si homicidium fuisset admissum. Quod si eum ex peregrinis ad propria potuerit revocare, plagiator CL solidos, hoc est medietatem homicidii, exolvat, aut si non habuerit, unde componat, ipse subiaceat servituti».

<sup>156</sup> LV 5.4.14 ant. (= CE 288): «Si quis servum suum vendiderit, et ipse servus priori domino aliquod crimen obiecerit, ille, qui vendidit, recipiat quem vendiderat, pretium redditurus emtori, ut ipse in servo suo crimen, quod sibi obiectum est, inquirere vel vindicare studeat. Id autem et de ancillis precipimus custodiri».

<sup>157</sup> D'ORS, *El Código*, p. 219.

ser torturado «in priorum dominorum capite», ni ser creído si acusa de crimen al dueño anterior<sup>158</sup>. Cierta ley de Chindasvinto, además, decreta que la enajenación –a título de donación, compraventa o permuta– de un siervo, acusado de un crimen, deriva en que el primer dueño haya de ser compelido a entregar al siervo *pro culpa* o a componer por él, una vez quien lo adquirió, si no quiere satisfacer por su crimen, lo restituya recibiendo el precio que pagó. Así, en definitiva, responde aquel dueño bajo cuyo dominio consta el siervo perpetró el delito<sup>159</sup>.

La venta de un siervo propio con desconocimiento de su patrimonio –dice una ley *antiqua* euriciana– no elimina la libre potestad del vendedor en cuanto a inquirir y reivindicar si se descubre una cosa que se ignoraba perteneciese al siervo<sup>160</sup>. El peculio si determinado, pues, se incluye en la venta a título de accesorio del siervo vendido<sup>161</sup>. En esta línea, otra *antiqua* ley euriciana establece que si fuera comprado un siervo *de suo peculio* y el dueño no lo supiera, no se sustraerá a la potestad de éste, porque en la compraventa se obtuvo, no un precio, sino cosa del siervo en ignorancia de su dueño<sup>162</sup>. La compraventa es válida, como afirma Álvaro d’Ors, pero se otorga la retención del siervo al vendedor hasta que se le pague realmente, pues es la transferencia de la propiedad, y no la perfección del contrato, la que depende del verdadero pago del precio, siempre presumiendo que el vendedor ignore el origen del dinero, pues de conocerlo se concluiría en que el comprador actúa en virtud de título de mutuo o de donación, pero en cualquier caso cumpliendo con su obligación de pago<sup>163</sup>.

Es también ley *antiqua* la que intenta remediar el fraude que se produce cuando los siervos –o siervas– buscan asilo en las iglesias y se querellan de las injusticias cometidas por sus dueños para que los clérigos intercedan y logren del dueño su venta, o cuando un clérigo u otro sujeto se interpone como comprador y entrega un precio en realidad ajeno, de suerte que sin conocimiento del dueño el siervo sea vendido a quien públicamente nunca concurrió en el inicial contrato de compraventa<sup>164</sup>. Dispone la ley que nadie venda sin voluntad un siervo pro-

<sup>158</sup> LV 5.4.14 ant.: «Idem tamen servus vel ancilla, seu venditi sive donati vel commutati, in priorum dominorum capite non torqueantur, neque credantur eis, si prioribus dominis crimen obicerint».

<sup>159</sup> LV 5.4.18 Chindasvinto: «Non pretermittendum est legali sanctione decernere, unde plerumque in pugnationis occasio videtur existere. Idecirco, si criminis reatu servus obnoxius ad alterum fortasse dominum donationis, vinditionis aut commutationis titulo transierit serviturus, hisdem prior dominus aut servum pro culpa tradere aut pro eo componere compellendus est. Nam qui talem servum comparasse dinoscitur, si respondere vel satisfacere pro crimine eius noluerit, hunc priori domino pretio recepto restituet. Ipse quoque pro scelere servi redditurus est petenti responsum, sub cuius dominio servum constiterit perpetrasse reatum».

<sup>160</sup> LV 5.4.15 ant. (= CE 291): «Si quis servum suum vendiderit, eius nesciens facultatem, habebit inquirendi liberam potestatem, ut sibi vindicet ille, qui vendidit, cum potuerit invenire rem servi venditi».

<sup>161</sup> D’ORS, *El Código*, p. 220.

<sup>162</sup> LV 5.4.16 (= CE 292): «Si servus de suo peculio fuerit emtus, et hoc dominus eius forte nescierit, de domini sui potestate non exeat; quia non pretium, sed res servi sui dominus, dum ignorat, accipit».

<sup>163</sup> D’ORS, *El Código*, pp. 217-218.

<sup>164</sup> LV 5.4.17 ant.: «Sepissime leges oriuntur ex causis, et cum aliquid insolite fraudis existit, necesse est contra notande calliditatis astutiam preceptum nove constitutionis opponi. Conperimus

pio; que el clérigo o quien custodie la iglesia restituya sin dilación al siervo, excusado de culpa<sup>165</sup>, a su dueño; que quien causó error en el dueño al comprar como persona interpuesta pierda el precio, e incluso si aquél conoció *commerci tempore* que se le engañaba, tome posesión de su propiedad, en tanto si lo supo después, reivindique y obtenga por ejecución judicial su siervo; y por último que quien fraudulentamente se presentó como servidor de la compraventa, reste obligado a entregar otro siervo de igual calidad al dueño<sup>166</sup>.

Otra ley *antiqua* se refiere a cuando se vende a un siervo «extra provincias nostras ad alias regiones» y después el siervo regresa y el dueño –movido por *cupiditas*– lo vuelve a vender: la compraventa se rescinde por orden judicial, el siervo deviene libre, y el vendedor ha de indemnizar al primer comprador con otro siervo *paris meriti* y devolver al segundo comprador el precio<sup>167</sup>. Una ley de Sisebuto permite la venta de siervos por hebreos a cristianos siempre que se ajuste *iustissimo pretio*: el siervo, como objeto, se entrega con todo su peculio, o en su defecto con lo que el comprador considere suficiente «ad excolendum vel gubernandum», para que así –excluida la confiscación de bienes– no sea viable la simulación, como compraventa, de un disimulado *exilium*; y prohíbe, por lo demás, la venta de siervos por hebreos «in alias regiones»<sup>168</sup>. Una ley de Re-

---

multorum servos vel ancillas ad ecclesiam quorundam sollicitatione confugere et illic de iniusto dominorum imperio sepiissime querellari, ut ita intercedentibus clericis religionis obtentu domino necessitatem vinditionis extorqueant. Hic etiam plerumque domino error inponitur, ut aut clericus aut quicumque alius se velut emtor interponat, pretium traditurus alienum, et sub huius argumentatione concludii interdum domino nesciente servus vendatur inimico, adque eveniat, ut in vicina forsitam loca constitutus, eum ille possideat, qui publice nullatenus ad contractum vinditionis accessit».

<sup>165</sup> Lo que se interpreta en conexión con LV 9.3.3 ant.: «Si quis de altaribus servum suum aut debitorem, non traditum sibi a sacerdote vel ab ecclesie custodibus, violenter abstraxerit, si honestioris loci persona est, ubi primum iudici de eo fuerit relatum, altario, cui iniuriosus fuit, cogatur exolvere solidos C, inferioris loci persona det solidos XXX. Quod si non habuerit, unde componat, correptus a iudice in conventu C flagella suscipiat. Dominus vero servum, sive creditor debitorem recipiat excusatum».

<sup>166</sup> LV 5.4.17 ant.: «Proinde hac profutura omnibus lege sancimus, ut nullus servum suum vendat invitus; sed clericus aut ecclesie custos, sicut in aliis legibus continetur, excusatum a culpa domino servum amota dilatione restituat. Satis enim videtur indignum, ut in eo loco servi contumaciam rebellionis adsumant, ubi castigationis disciplina et obtemperandi predicantur exempla. Si quis itaque dominum suum in hunc inducit errorem, pretium qui per suppositam personam comparavit amittat; quod ille aut ipso commercii tempore, qui inducebatur, usurpet sue proprietati habiturus, aut si hoc, posteaquam fuerat inductus, agnoverit, iudicis executione percipiat et servum nihilominus sue vindicet potestati. Hic autem, qui se ministrum fraudulente vinditionis ingressit, alium paris meriti servum domino, cui instruxit insidias, reformare cogatur, et tam notande fraudis inprobitas precepti huius coerceatur obiectu».

<sup>167</sup> LV 9.1.10 ant.: «Si quis proprium servum extra provincias nostras ad alias regiones venditione transtulerit, hac postmodum reversus servus fuerit, et dominus eum iteratim venundaverit, cogatur a iudice, ut eum ab emtore recipiat, et receptum deinceps servum nullo modo inquietet; sed liber permaneat. Ipse vero, qui eum ex peregrinis locis ad patriam remeantem notanda iterum cupiditate distraxerat, alium servum paris meriti priori reddat emtori, nihilominus et illi, qui postea comparavit, pretium redditurus. Et tamen servum ex peregrinatione reversum nec vendere prior dominus nec servitio suo applicare presumat; et perenniter hisdem servus in libertate persistat».

<sup>168</sup> LV 12.2.14 Sisebuto: «Ob hoc hac in perpetuum valitura lege sancimus adque omni cum palatino officio futuris temporibus instituentes decernimus: nulli Hebreo ab anno regni nostri feliciter primo christianum liberum vel servum mancipium in patrocinio vel servitio suo habere, nullum

cesvinto prescribe que la recuperación de siervos arrebatados por los *hostes* se resolverá en la obtención de la tercera parte del valor justo que constare de cada siervo, habiendo de ser restituidos a sus dueños<sup>169</sup>; si la recuperación se produce mediante compraventa, deberá manifestarse con juramento el precio pagado, y el comprador recibirá, tanto este precio, cuanto la mejora, del dueño del siervo, a quien inexcusablemente se lo restituirá<sup>170</sup>. Una ley de Égica, por último, estatuye que la compra de siervos por hombres de España a vendedores desconocidos, deberá ser sometida a la fiscalización de un juez o de hombres buenos del lugar donde la venta se produzca, para que investiguen si el siervo vendido es propio o ajeno del vendedor, exigiéndose juramento a éste: si se constata que el siervo es ajeno, por instancia judicial se reintegrará a su dueño, y el vendedor será retenido en custodia hasta que comparezca aquél y obtenga su composición legal<sup>171</sup>.

## 7. LA ESCRITURA DEL CONTRATO DE DONACIÓN O COMPRAVENTA

Ya se ha explicado el distinto valor que tiene la escritura en los contratos de donación *–inter vivos y mortis causa–* y de compraventa. Ambos son afectados por una ley de Égica, que plantea la contradicción posible entre la escritura de instrumentación de tales contratos y la manifestación de voluntad realizada ante los testigos presentes en su perfección. La ley resuelve a favor de la

---

ex his mercennarium nullumque sub quolibet titulo sibimet adherentem hec divalis sanctio fore permittit. Vendere tamen infra fines regionum nostrarum in his locis, ubi conmanere videntur, cum omni peculio christiano, cui fas fuerit, iustissimo pretio libera facultas subiaceat. Nec liceat venditoribus in alias eos regiones transferre, nisi ubi eorum manciorum sessio iudicatur et mansio. Quod si ita proveniat, ut hii, qui transacti fuerint, nihil in suo cernantur habere peculio, tantum his mancipiis a venditoribus dare precipimus, quantum illis sufficere ad excolendum vel gubernandum se invenerit comparantis electio; ne sub nomine emtionis non tam transactio, quam videatur esse exilium».

<sup>169</sup> LV 5.4.21 Recesvinto: «Quecumque mancipia de regionibus nostris ab adversis hostibus extiterint occupata, si ab hominibus regni nostri repperiantur excussa, ille, qui ab oste abstulit, ex quo unumquodque mancipium valere iuste constiterit, tertiam partem pretii habeat et mancipia domino nihilominus reddat».

<sup>170</sup> LV 5.4.21 Recesvinto: «Quod si venditum ab hostibus mancipium fuerit acceptum, cum iuramento manifestetur pretium datum; hac tunc ille, qui dedit, integrum pretium, et quantum mancipium melioravit acceptum, a domino recipiat moxque illi suum mancipium inexcusabiliter reddat».

<sup>171</sup> LV 9.1.21 Égica: «Quicumque tamen hominum infra fines Spanie commanentium vel consistentium a quibuslibet personis mancipia ab incognito accipere voluerint, non aliter ipsa venditio fiat, nisi prius coram iudice vel bonis hominibus, qui in loco illo fuerint, ubi mancipium venditur, perquiratur, utrum proprium an alienum servum vendere videatur, specialiter dicat, et hoc, quod dixerit, ipsum iurando affirmet. Ac postmodum servus ille, quem venundare voluit, per examinationem pene cogatur transire. Et si perventum fuerit, quod non sit illius, qui vendidit, servus, sed alienum constat esse mancipium, tunc proprio domino iudicis instantia reformetur. Illum tamen, qui alienum mancipium vendere voluit, tamdiu in custodie vinculo mancipatum retineat, quamdiu dominus servi illius ibidem occurrens pro iudiciali examinatione suum prosequatur negotium et legaliter compositionis accipiat summam».

*scriptura*, sancionando el dolo con la pena que en la propia escritura estuviera impuesta, más la de infamia, prohibiendo al sujeto que engañó cualquier repetición del bien. La ley rige «inter equales gradu vel ordine». Sólo si se constata que la escritura debe su realización a una «potestas atque compassio» que destruye su libre elaboración, se sancionará inválida y pasará al adquirente todo derecho de posesión sobre la cosa<sup>172</sup>. Por lo tanto, en las eventuales alternativas entre la escritura y otra formalización contractual, sobrepuja la eficacia de la primera.

## V. LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO Y DE PRÉSTAMO

### 1. DEPÓSITO, COMODATO Y LOCACIÓN

El tratamiento de los contratos de depósito y préstamo en el derecho legal visigodo merece a menudo una regulación común, armónica por su naturaleza de contratos reales, y congruente con la equiparación que entre ellos se produce en el derecho romano vulgar<sup>173</sup>.

Es ley *antiqua* euríciana la que establece, tanto para el contrato de depósito –perdida su denominación en derecho romano vulgar, impuesto el verbo *commendare*<sup>174</sup>– como para el contrato de comodato, que si a un sujeto se cedió en custodia, por una merced convenida, un caballo, buey o cualquier otro género de animal, y éste perece, deberá pagar con otro del mismo valor que aquél dado en custodia, si efectivamente recibió la merced o remuneración<sup>175</sup>. De no haberse

<sup>172</sup> LV 2.5.18 Égica: «Cum sive sint verba sive scripturarum quedam indicia, que tamen vera esse oporteat adque simplicia, per que unus in alterius cognitionem, transferat notitiam suam, novellis nunc agitur argumentis, ut in donationibus vel transactionibus scripturarum promta videatur quorundam donatorum voluntas; que tamen testibus aliut alliget occulte, quam quod per scripture seriem noscitur definisse. In qua bifarie duplicitatis astutia quid aliut quam duplex comprobatur voluntas, quia, simplicitatis puritate exclusa, aliut foris publicat, aliut per occultum alligat testem? Quapropter, cum quisquis de quibuslibet rebus scripturam donationis vel venditionis in alterius faciens nomine aliut reperiatur conligare per testem, quam quod per manifestam scripturam cognoscitur definisse, noverit se parti illi penam scripture debere persolvere, cui circumventionem callida noscitur inlusisse, et insuper cum infamio sue persone, quod semel eum constat dedisse, nulla unquam poterit repetitione repossere. Nec testis illic ad testificandum aliut admittatur, qui aliquid aliut protestetur, quam quod prolata donatoris scriptura testatur, ut, repulsa deinceps omni argumentationis sollicitudine, quidquid per manifestam et legitimam scripturarum seriem definitur, nulla subordinati testis machinatione devocetur in irritum. Et hec quidem lex inter equales gradu vel ordine promulgata servabitur. Ceterum si eiusdem potestatis atque compassionis sit ille, qui scripturam se accepisse obiecerit, ut potius exacta ab eo, quam oblata ei scriptura credatur, quidquid de huiusmodi occasionibus ab auctore scripture convinci poterit, tunc et scriptura ipsa invalida erit, et res in donatoris iure possessura transibit».

<sup>173</sup> D'ORS, *El Código*, p. 203.

<sup>174</sup> Max KASER, *Das Römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die Nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975 (= KASER, *Das Römische Privatrecht*), pp. 371-372.

<sup>175</sup> LV 5.5.1 ant. (= CE 278): «Si quis caballum vel bovem aut quodlibet animalium genus placita mercede ad custodiendum susceperit, si id perierit, aliud eiusdem meriti ille, qui commendata vel commodata suscepit, exolvat; si tamen mercedem fuerit pro custodia consecutus vel pro conducto».

convenido merced, al custodiante no podrá exigírsele nada, por extinguirse el objeto, siempre y cuando preste juramento de que la muerte de los animales no se produjo ni por su culpa ni por su negligencia: esto le eximirá del pago<sup>176</sup>.

Es evidente que la norma tiene dos partes, cuya sucesión da cuenta de la confusión de naturalezas de tipos contractuales. La primera parte se ocupa de un depósito o comodato en cuanto préstamo de uso, desde el tronco común de la custodia remunerada. La obligación del pago de «*aliud eiusdem meriti*» se condiciona no sólo, lógicamente, a la extinción de la cosa, sino también al hecho mismo de la obtención de la remuneración, sin hacer en tal caso juicio de valor alguno sobre la culpa. Con este dato, y la imprecisa referencia –sin exigirla moderada– a la remuneración, potencialmente el contrato del que se trata es de depósito, de comodato, pero estrictamente –y casi innominado– contrato de locación: «*pro custodia consecutus vel pro conducto*». Lo que ha sucedido tiene su atmósfera en el derecho romano vulgar, sin lugar a dudas: el perfil del comodato se ha difuminado en favor de un evanescente concepto de *commodare*, sobre el que se impone el eje de una obligación *ad custodiendum* extendida a todo tipo de entrega, incluida, pues, tanto la que caracterizaría al depósito, como la que se identificaría con el uso propio –perdida además la gratuidad esencial de depósito y comodato– de la locación<sup>177</sup>.

La segunda parte se ocupa propiamente del depósito o comodato, respetando su gratuidad esencial. El depositario o comodatario tiene responsabilidad por dolo y culpa lata –culpa y negligencia, en la ley– por la extinción de la cosa.

Precisamente una ley *antiqua* euriciana, que se ocupa del préstamo de semovientes, prescribe que si un sujeto presta algún jumento o caballo u otro animal, y por alguna enfermedad muere en poder de aquel que lo recibió, éste deberá jurar que la muerte no se produjo por su culpa ni negligencia, y nada pagará entonces. Confirmando la regla, en caso de que la muerte se haya producido por un peso excesivo, acarreo de leña u otra carga o golpe, sin ninguna excusa deberá restituir al dueño animal del mismo valor. Y si el animal prestado causó alguna *debilitas* o *damnum*, compondrá precisamente aquél que lo había tomado en préstamo<sup>178</sup>. He aquí, por lo tanto, un caso –aun enunciado particular– que responde al régimen general de la responsabilidad por dolo o culpa lata propio del depósito y del comodato.

Este régimen de responsabilidad, según Álvaro d'Ors un «reparto del peligro» netamente euriciano entre el dueño y el depositario-comodatario, se com-

<sup>176</sup> LV 5.5.1 ant. (= CE 278): «*Quod si ille, qui nullum placitum pro mercedem susceperat, rem mortuam esse probaverit, nec ille mercedem accipiat, nec ab illo aliquid requiratur; ea tamen ratione, ut prebeat sacramentum ille, qui commendata susceperat, quod non per suam culpam neque per negligentiam animal morte consumtum sit, et nihil cogatur exolvere. Eadem et de commodatis forma servetur*».

<sup>177</sup> KASER, *Das Römische Privatrecht*, pp. 371-372.

<sup>178</sup> LV 5.5.2 ant. (= CE 279): «*Si quis alicui iumentum aut caballum vel aliud animal prestiterit, et per aliquam infirmitatem aput eum, qui accepit, moriatur, sacramentum prebere debeat, quod non per suam culpam neque per negligentiam morte consumtum sit, et nihil cogatur exolvere. Si autem nimium sedendo vel fascas caricando aut quocumque honere vel percussione mortuum fuerit, eiusdem meriti animal domino sine aliqua excusatione restituat. Si vero prestitum animal alicui aliquid debilitatis intulerit vel damni, ille conponat, qui eum aput se susceptum habuisse dinoscitur*».

pleta normativamente con una especialidad, típicamente romana<sup>179</sup>, acerca del peligro, respecto de la coexistencia del objeto del depósito o comodato –cosas muebles no semovientes, con excepción de la pecunia<sup>180</sup>– y objetos propios del custodiante, regulada por otra ley *antiqua* euriciana. Reza ésta que si un sujeto toma objetos en depósito o préstamo y salva de ruina, incendio, naufragio o cualquier caso similar, todas sus cosas propias, sin perder ninguna de ellas, estará obligado a pagar lo que recibió en depósito o comodato sin ninguna excusa<sup>181</sup>; en el caso de que salvara sólo parte de sus cosas propias, pagará, conforme a la proporción de cosas perdidas y salvadas, cuanta porción se estime deducida según la razón del juez<sup>182</sup>; si pierde todas sus cosas para salvar la ajena depositada o prestada, y se deduce una similar proporción entre estas cosas salvadas y las perdidas, recibirá parte de lo que salvó al arbitrio del juez, porque es justo que en tal supuesto no afronte el daño sólo quien se expuso a graves peligros para salvar lo menos de lo ajeno perdiendo lo más de lo propio<sup>183</sup>.

El régimen jurídico del peligro se completa con dos leyes *antiquae* euricanas más. Conforme a la primera ley, cuando, sin saberlo el dueño, un objeto fuera depositado en manos de un siervo, la extinción del objeto no responsabiliza ni al dueño ni al siervo por el daño, imputado a quien sin conocimiento del dueño depositó sus cosas en siervo ajeno<sup>184</sup>. Si se trata de algún animal, que se descubre dañado por fraude de los pastores, habrá de ser restituido<sup>185</sup>. Lo mismo debe observarse en los comodatos, en circunstancias análogas de intervención de fraude o malicia *consumta aut dissipata*<sup>186</sup>. La segunda ley se ocupa de la responsabilidad por peligro cuando se actúa *per interpositam personam*, en concreto a través de un siervo propio. Establece que si el dueño ha pedido en comodato a través de su siervo y el siervo se fuga con las cosas prestadas, el dueño queda obligado a restituirlas<sup>187</sup>; si el siervo miente al de-

<sup>179</sup> D'ORS, *El Código*, p. 207.

<sup>180</sup> D'ORS, *El Código*, p. 205 y n. 666.

<sup>181</sup> LV 5.5.5 ant. (= CE 282.1): «Qui commendata susceperit vel commodata et de ruina aut incendio vel hostilitatis naufragio seu quolibet simili casu sua omnia liberaverit et aliena perdiderit, quod accepit sine aliqua excusatione cogatur exsolvere».

<sup>182</sup> LV 5.5.5 ant. (= CE 282.2): «Si vero partem aliquam de rebus propriis liberasse cognoscitur, illi, cuius res secum habuerat, iuxta modum perditae rei vel liberatae restituat, qualem iudex rationem deducta estimaverit portionem».

<sup>183</sup> LV 5.5.5 ant. (= CE 282.3): «Si autem sua omnia perdiderit, cum liberaret aliena, et de liberatis et de perditis rebus similis ratio deducatur, ut partem arbitrio iudicantis qui liberabit accipiat. Iustum est enim in simili casu, ut ille non damnus solus excipiat, qui se gravibus obiecerit periculis, et dum aliena minora conatur liberare, sua maiora cognoscitur perdedisse».

<sup>184</sup> LV 5.5.6 ant. (= CE 283.1): «Quod nesciente domino servo fuerit commendatum, si id perierit, nec dominus nec servus ullum damnus incurrant. Sue enim inputet culpe, qui servo alieno res suas commendaverit domino nesciente».

<sup>185</sup> LV 5.5.6 ant.: «Si vero alicuius rei animal sit, et per fraudem pastorum diminutum repperiatur, hec reddere compellatur».

<sup>186</sup> LV 5.5.6 ant. (= CE 283.2): «Similis et de commodatis forma servetur, si fraude aut malitia consumta aut dissipata noscuntur».

<sup>187</sup> LV 5.5.7 ant. (= CE 284.1): «Si dominus per servum suum quodcumque sibi petierit commodandum, et servus cum rebus commodatis in fuga fuerit elapsus, tunc dominus obligetur, ut commodata restituat».

cir que actúa por orden de su dueño y de esta suerte recibe el objeto supuestamente para entregárselo, la destrucción o extravío, cuando el siervo fugitivo no puede ser descubierto, obliga a su dueño a jurar, para no sufrir sanción, que ni envió al siervo ni conoció su conducta<sup>188</sup>: tanto el dueño como el prestamista se encargarán de buscar diligentemente al siervo<sup>189</sup>. Y lo mismo se ha de observar –dice la ley, en la habitual comunión– respecto de los depósitos<sup>190</sup>.

## 2. DEPÓSITO DE COSA MUEBLE Y HURTO

Según una ley *antiqua* euriciana, encomendado a un sujeto oro, plata, ornamentos u objetos –cosas muebles, no semovientes, con excepción de la pecunia<sup>191</sup>– o entregados para su custodia o venta –«sive custodiende tradite, aut forte vendende»: una expresión vulgar que designa el depósito<sup>192</sup>– la extinción en su casa por incendio con sus propias cosas, le obliga a jurar, con los testigos, que no obtuvo ningún beneficio o aprovechamiento, y entonces nada tendrá que pagar, salvo el oro y la plata, incombustibles<sup>193</sup>. El sujeto que, mientras las llamas consumen la casa, en apariencia presta auxilio, mas en verdad roba, debe restituir al dueño el cuádruplo<sup>194</sup>: *quadruplum* que concuerda con la interpretación de Álvaro d'Ors sobre la sanción de la adquisición de cosa hurtada con mala fe si no se presenta *auctor*; por supuesto, en caso de descubrirse alguna de las cosas depositadas, no debe demorarse su restitución al dueño<sup>195</sup>. Si se prueba que se ha consumado un hurto, al depositario –sin culpa<sup>196</sup>– se le concederá un espacio de tiempo para que investigue y localice al culpable, de suerte que, si lo encuentra, bastará con que entregue las cosas al depositante, perteneciéndole a él la composición del hurto, mientras que si en el período de tiempo establecido no lo descubre, restituirá al dueño de las cosas depositadas su mitad, para que así entre

<sup>188</sup> LV 5.5.7 ant. (= CE 284.2): «Si vero servus petisse dominum mentiat et sic quasi deportanda ad dominum susceperit, et que susceperit aut evertat aut forte perdiderit, et fugitivus non potuerit inveniri, dominus servi prebeat sacramentum, se eundem servum, ut susciperet, non misisse, et cum id peteret, ignorasse; et nihil calumnie pertimescat».

<sup>189</sup> LV 5.5.7 ant.: «Servum tamen tam dominus quam ille, qui commodavit, querere sollicito procurabunt».

<sup>190</sup> LV 5.5.7 ant. (= CE 284.3): «Haec eadem et de commendatis precipimus custodire».

<sup>191</sup> D'ORS, *El Código*, p. 205 y n. 666.

<sup>192</sup> D'ORS, *El Código*, pp. 205-206 n. 667.

<sup>193</sup> LV 5.5.3 ant. (= CE 280.1): «Si alicui aurum, argentum vel ornamenta vel species fuerint commendate, sive custodiende tradite, aut forte vendende, id si perierit vel in domo ipsius, qui accepit, cum rebus eius fuerit incendio concrematum, una cum testibus veniat et brevem det ille, qui commendata susceperat, et prebeat sacramentum, quod nihil exinde suis profuisset compendiis, et nihil cogatur exolvere, excepto aurum et argentum, quod ardere non potuit».

<sup>194</sup> LV 5.5.3 ant. (= CE 280.2): «Et si quis, dum domum flamma consumit, se quasi auxilium prebiturus ingesserit et aliquid forte rapuerit, dominus domus diligenter inquirat, et si eum invenire potuerit, ille, qui rapuerit, in quadruplum rapta restituat».

<sup>195</sup> LV 5.5.3 ant. (= CE 280.3): «Et si de commendatis rebus aput susceptorem aliquid forte repererit, domino restituere non moretur».

<sup>196</sup> D'ORS, *El Código*, p. 206 y n. 670.

ambos carguen con el daño *ex medio*<sup>197</sup>. Si más tarde el dueño descubre cosas sustraídas en casa del depositario que hubiera asegurado fueron perdidas o hurtadas, éste deberá cumplir la composición por hurto conforme a ley<sup>198</sup>.

No muy clara es la ley *antiqua* que juzga como ladrón a quien «pignus alteri depossuerit pro aliquo debito», si *illut ipse* fuera hurtado<sup>199</sup>. Según una interpretación, la calificación *pro fure* opera contra el mismo deudor pignorante que depositó, al recuperar de forma ilícita el bien depuesto<sup>200</sup>. Si se prefiere la lectura *illo* a *illut*<sup>201</sup>, el precepto parece más claro, pues el hurto implica una desidia en el deber de custodia que vincula al depositario o acreedor pignoraticio: «pro fure teneatur».

Un caso especial del depósito de cosa mueble, en fin, es el depósito de documentos. Del depósito de documentos se ocupa una ley *antiqua*. Concretamente, en primer lugar, del depósito de testamentos, y ordena que el depositario, una vez publicado el testamento ante testigos, lo devuelva al heredero a quien le corresponde la mayor parte de lo testado: de entregárselo a un *adversarius*, tendrá que restituir una composición del duplo a aquél a quien defraudó<sup>202</sup>.

Respecto de las escrituras que deben ser entregadas en común a las partes –testamentos, juicios, pactos, donaciones u otras– el depositario que las entrega a un solo comunero, ausentes los demás, deberá revocar lo que dio y restituir sin demora a la totalidad de los comuneros<sup>203</sup>. La obligación de custodia alcanza a la preservación de los derechos que rigen sobre el objeto del contrato.

### 3. MUTUO Y USURA

Reza una euriciana ley *antiqua*: cuando un sujeto recibe pecunia *sub cautione* –lo que se reduce a un documento escrito<sup>204</sup>– con un interés o usura esta-

<sup>197</sup> LV 5.5.3 ant. (= CE 280.4-5): «Si vero que commendata fuerant furto probantur ablata, ei, qui commendata suscepit, spatium tribuatur, ut ordo docet, donec furem sua investigatione perquirat. Et si eum invenerit, commendatori res suas proprias tantummodo reformare cogatur; compositio vero furti ad eum, qui habuit commendata, pertineat. Certe, si fur non fuerit infra statutum tempus inventus, medietas rerum commendatarum domino a suscipiente reddatur, ut damnum ex medio uterque sustineant».

<sup>198</sup> LV 5.5.3 ant. (= CE 280.6): «Et si postmodum dominus rerum apud eum, cui commendaverat, que fuerant suppressa forte repererit, cum hec ille se prius dixerit perdidisse vel furto fuisse sublata, sicut fur pro his, que celabit, secundum legum statuta compositionem implere cogatur».

<sup>199</sup> LV 5.6.2 ant.: «Si quis pignus alteri deposuerit pro aliquo debito, et illut ipse, qui deposuerit, furatus fuerit, pro fure teneatur».

<sup>200</sup> CÓRCOLES, *El "furtum"*, pp. 232-233.

<sup>201</sup> ZEUMER, «Lex Visigothorum», p. 232, línea 27.

<sup>202</sup> LV 5.5.10 ant.: «Testamentum ab eo, cui fuerit commendatum, posteaquam hoc ante testes publicaverit, sicut est in legibus constitutum, illi, qui maiorem partem de eodem testamento est consecuturus, reddatur heredi. Quod si alii redditum fuerit vel adversario eius traditum, qui tradiderit duplam compositionem restituat, quam illi, cui fraudulentus fuerit, inferre voluerat».

<sup>203</sup> LV 5.5.10 ant.: «Illas vero scripturas, que simul tradi partibus debent, si commendatas quicumque suscepit, id est: testamenta, iudicia, pacta, donaciones vel cetera talia, si alteri altero absente tradiderit, ille, qui dederat, revocet quod dedit, et omnibus, quibus in commune debebatur, restituere non moretur».

<sup>204</sup> D'ORS, *El Código*, p. 207 n. 679.

blecido, si la pecunia se extingue por caso fortuito, habrá de satisfacer sólo la pecunia, mas de extinguirse por fraude, culpa o negligencia, pagará también el interés<sup>205</sup>. La operatividad del documento, de la *cautio* o recibo, en su calidad de promesa de la devolución del dinero –así lo manifiestan las Fórmulas Visigóticas<sup>206</sup>– ha sustituido, de acuerdo con las pautas del derecho romano vulgar, a la *traditio* del objeto propia de los contratos reales, extendiéndose no sólo a la suerte principal, sino al interés accesorio<sup>207</sup>. En el supuesto de que con la pecunia prestada se hubiera obtenido algún lucro antes de que restara extinguida, su proporcionalidad conduce a la restitución tanto de la pecunia como del interés –la mitad de éste, decía la ley de Eurico–<sup>208</sup>. Luego la obligación del pago del *tantumdem* por el prestatario rige en toda circunstancia, en virtud de su asunción del peligro, mas el interés ha de pagarse sólo en el caso de que la extinción del objeto sobre el que crece pueda imputarse a dolo o culpa lata; la obtención de lucro con la pecunia, antes de su pérdida, obliga a una compensación.

Así las cosas, se trata de un contrato de mutuo, terminológicamente indiferenciado, conforme al derecho romano vulgar<sup>209</sup>. A pesar de que la ley de Eurico utilice el término *commodare* y la *antiqua commendare*, no hay duda posible: mutuo, y no depósito irregular, desconocido para el derecho romano vulgar<sup>210</sup>. Un contrato de mutuo, por otra parte, cuya usura o interés tiene un límite legalmente prescrito. Es una ley *antiqua* euriciana la que dispone el interés o usura limitado anualmente a no más de tres *siliquae* por sueldo y un noveno por cada ocho sueldos: en definitiva, un 12,50% anual<sup>211</sup>, que añadido a la pecunia conformará la suma máxima objeto de pago por el mutuuario<sup>212</sup>. En consecuencia, si el acreedor extorsiona al deudor –con abuso de su necesidad– forzándole a una *cautio* por encima de tal límite, esta condición, contra las leyes inserta, no tendrá

<sup>205</sup> LV 5.5.4 ant. (= CE 281.1-2): «Si quis pecuniam sub cautione suscepit, daturus usuras, si per casu pecunia perierit, non culpa aut negligentia debitoris, ille, qui pecuniam commendavit (CE 281.1: *commodavit*), solam pecuniam summam recipiat et non requirat usuras. Si vero per ipsius fraudem vel culpa factum est, et pecuniam et usuras solvat».

<sup>206</sup> FV 38: «Domino et fratri ill. ill. Profiteor me per hanc cautionem meam cabere et cabeo tibi, domine et frater ill., propter auri solidi numerus tot, quos pro necessitate mea imperante tibi Domino praestare iusisti. Quos solidos, si Deo dictum placuerit, tibi ad diem Calendas ill. istius anni proximi futuras cum gratiarum actione me spondeo esse redditurum, et in beneficio solidorum ipsorum daturum me tibi(b) spondeo hoc et illud. Quod si minime fecero et diem huius meae cautionis excessero, iuratus dico per hoc et illud quia liceat tibi cautionem mea(m) cui tu ip(se) uolueris trad(ere) et adhibito mihi executore supra (dicta)p(ec)unia una cum beneficio suo duplicata cogar (ex)olueri. In qua cautione praesens praesentibus stipulatus sum et sponendi (...)».

<sup>207</sup> KASER, *Das Römische Privatrecht*, p. 369.

<sup>208</sup> CE 281.3: «Et si aliqua lucra est ex ea pecunia consecutus, et postmodum contigit ut pecunia pereat, extra summam quod acceperat mediam usurarum partem restituit». LV 5.5.4 ant.: «Quod si aliqua lucra est ex ea pecunia consecutus, et postmodum contingat, ut pecunia pereat, si tanta sunt lucra, quanta pecunia fuit, et pecuniam et usuras restituit».

<sup>209</sup> KASER, *Das Römische Privatrecht*, p. 369.

<sup>210</sup> D'ORS, *El Código*, p. 207; KASER, *Das Römische Privatrecht*, p. 373.

<sup>211</sup> D'ORS, *El Código*, p. 208.

<sup>212</sup> LV 5.5.8 ant. (= CE 285.1): «Si quicumque pecuniam commodaverit ad usuram, non plus per annum quam tres siliquas de unius solidi pascatur usuris; si tamen fuerit, unde detur. Et de solidis octo nonum solidum creditori, qui pecuniam ad usuram dedit, exolvat; et sic summam pecuniae et usuras ille, qui dederat, a debitore recipiat».

validez<sup>213</sup>. De forma general, toda actuación contra la preceptiva legal se traduce en la restitución de la cosa dada en préstamo sin el pago de las usuras predefinidas en la *cautio*<sup>214</sup>. Todavía otra ley *antiqua* especifica que el préstamo de frutos secos o húmedos –vino y aceite, o cualquier otro género de víveres– no admite un interés superior a la tercera parte, esto es, por cada dos modios que reciba el prestatario, habrá de devolver además un tercero<sup>215</sup>.

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

---

<sup>213</sup> LV 5.5.8 ant. (= CE 285.2): «Quod si cautionem ultra modum superius comprehensum per necessitatem suscipientis creditor extorserit, condicio contra leges inserta non valeat»

<sup>214</sup> LV 5.5.8 ant. (= CE 285.2-3): «Si quis autem contra hordinationem hanc fecerit, eam rem, quam commodaverat, recipiat, et que caute fuerant in nullo solvantur usure».

<sup>215</sup> LV 5.5.9 ant.: «Quicumque fruges aridas et humidus, id est: vinum et oleum, vel quodcumque annone genus alteri commodaverit, non plus ab eo propter usuram quam tertiam partem accipiat; id est, ut super duos modios qui accepit tertium reddat. Quam legem ad solas fruges precipimus pertinere; nam de pecunia commodata secundum superiorem legem valere et observare censemus».