

QUIDAM CONTRACTUS EN LAS OBRAS PÚBLICAS DEL TÍTULO XV DEL CÓDIGO TEODOSIANO

ROSALÍA RODRÍGUEZ LÓPEZ (*)

I. Los contratos de permuta entre particulares y el poder público han sido tradicionalmente un medio de solventar el conflicto entre interés privado e interés público ⁽¹⁾, incluso en la actualidad, y fundamentalmente en el ámbito urbanístico ⁽²⁾. También se recurre en el presente a esta figura en la esfera constructiva privada a través de distintas modalidades, como es la cesión del derecho de vuelo a cambio de obra (el cedente retiene el derecho de propiedad sobre el solar y transmite al constructor un derecho real de vuelo, ya sea sobre toda la finca o sobre una parte) ⁽³⁾. Los romanistas desde hace ya varias décadas han subrayado la vigencia de esta institución, insistiendo sobre su importancia tanto en el derecho agrario como en el urbanístico: concentración parcelaria, permutas forzosas, reparcelación, entre otras figuras ⁽⁴⁾.

(*) Universidad de Almería.

(1) MERINO Y HERNANDEZ, J. L., "La permuta en el Derecho egipcio (estudio crítico de ciertos papiros)", *Revista de Derecho Notarial*, 75-enero-marzo (1972), p. 3, alude a un contrato en virtud del cual Meten adquirió del Estado una casa amueblada rodeada de un parque cercado, entregando a cambio cien 'arudes' de tierra.

(2) Al respecto, LÓPEZ FRÍAS, A., *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Barcelona, 1997; RUDA GONZÁLEZ, A., *El contrato de cesión de suelo por obra*, Valencia, 2002.

(3) AVALA SÁNCHEZ, J., *El contrato de permuta inmobiliaria (manuscrito)*. Trabajo fin de carrera para la obtención del título de Diplomado en Ciencias Económicas y Empresariales, especialidad informática de Gestión, Almería 2002. Su naturaleza jurídica suscita erróneos criterios tributarios cuyo ajuste favorecería una correcta exigibilidad del IVA, tal y como expone GARCÍA NOVOA, C., "Permuta y derecho de superficie como alternativas en el proceso de urbanización. Su tributación en el IVA", *Boletín del Instituto universitario de Estudios Fiscales y Financieros (BInUEFF)* 7 (2007), pp. 20-40.

(4) DE LA ROSA DÍAZ, P., *La permuta (Desde Roma al Derecho español actual)*, Madrid 1976, p. 20. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Los contratos de permuta y estimatorio", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 9 (2003), pp. 225-226, escribe: "La escasa regulación de la permuta en los textos legales de Derecho español, básicamente los artículos 1538 a 1541 del Código Civil, se explica por la estrecha relación con la compraventa, lo que da lugar a la norma de remisión contenida en el artículo 1541..., y al carácter residual que el instituto ha tenido en los

En el Derecho actual, respecto de la llamada permuta expropiatoria algunos autores sin embargo la denominan negocio expropiatorio especial, y ello pese a que el legislador autonómico y la jurisprudencia la califican como permuta ⁽⁵⁾. En palabras de Montañés Castillo, esta modalidad expropiatoria supone una cierta desnaturalización de la institución de la expropiación forzosa, no sólo porque la prestación de la Administración no consiste en una entrega de dinero, sino, sobre todo, porque se proclama que la permuta no puede imponerse al expropiado, con cuyo consentimiento se ha de contar. En resumidas cuentas, ni es forzosa, ni el justiprecio se traduce en la prestación dineraria. Es un convenio expropiatorio que facilita el proceso de ejecución urbanístico público. De este modo las permutas urbanísticas se encuadran dentro de la gestión contractual — contratos válidos cuyo incumplimiento genera responsabilidad por los daños causados —, y así el negocio contractual se ha introducido en el Derecho público, sustituyendo el tradicional modo operativo de la Administración, pasando de los procedimientos unilaterales hacia el convenio; consecuentemente de esta situación han debido de ser conscientes el legislador estatal, así como los redactores de las distintas leyes urbanísticas autonómicas que admiten como válidos los convenios urbanísticos. El mismo autor señala también que la permuta urbanística moderna parece haberse convertido en la solución de todos los problemas de financiación de la Administración municipal, pues los ayuntamientos no tienen dinero líquido, sino terrenos y aprovechamientos urbanísticos ⁽⁶⁾.

últimos tiempos. Sin embargo, en el momento actual se asiste a una revalorización de la permuta en el marco del urbanismo y de la legislación agraria, ligada a factores como la inestabilidad económica, la inflación, el auge urbanístico o el elevado precio de los terrenos edificables. Instituciones como la concentración parcelaria o la permuta forzosa de fincas rústicas en el ámbito del derecho agrario, o la reparcelación, y de modo especial, la permuta de cosas futuras, consistente en el contrato de intercambio de solar edificable por piso o local de negocio a construir sobre terreno permutado, en la órbita del derecho urbanístico, han supuesto una especial revitalización de esta figura jurídica”.

⁽⁵⁾ MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y., *Todo sobre expropiaciones urbanísticas con pago en especie*, Navarra, 2007, pp. 111-114. También cita el art. 1456 CC, que trata la enajenación forzosa por causa de utilidad pública; de ahí la doctrina identifica la expropiación con la venta forzosa: en ella no existe libertad de consentimiento, ni la causa civil del art. 1274 CC. para los negocios onerosos, ni le son aplicables los criterios legales de resolución del contrato por incumplimiento, ni las normas sobre obligaciones del vendedor en orden al saneamiento. La causa del expropiante no proviene de quien pierde la titularidad, sino por el ejercicio de la potestad pública basada en el interés común.

⁽⁶⁾ MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y., *Todo sobre expropiaciones urbanísticas*, cit., pp. 70-71, 129. En sus pp. 73-98 recoge la regulación del tema en la legislación urbanística española. En sus pp. 105-109 incide sobre la necesidad de consentimiento del expropiado; es una facultad del expropiado (RTC 2001, 164, y el art. 37 de la ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones), pese a que la legislación autonómica incurre en contradicción al permitir la ocupación directa).

II. Centrándonos ya en el s. V dc., se observa que el Poder público romano emprende numerosas obras públicas a lo largo de todo el Imperio, y que para ello recurre a la realización de diversos tipos de contratos. Pero será en la esfera urbanística donde se manifiesten los ejemplos más interesantes del intervencionismo público en la esfera contractual. En concreto destacaré un texto del Código teodosiano en el que los mismos juristas subrayan tales efectos; la fuente en cuestión es CTh. 15,1,50. La constitución dice así:

Impp. Honorius et Theodosius aa. Isidoro praefecto urbi. Opus coeptum extruatur et porticus thermas honorianas praecurrat acie columnarum, cuius decus tantum est, ut privata iuste neglegeretur paulisper utilitas. sed ne census sui quisquam intercepta lucra deploret, sed e contrario cum pulchritudine civitatis etiam fortunas suas auctas esse laetetur, pro loco quod quisque possederat supraaedificandi licentiam habeat. nam in locum privati aedificii, quod in usum publicum translatum est, occupationem basilicae iubemus vetustae succedere, ut contractus quidam et permutatio facta videatur, cum dominus, qui suum dederat civitati, pro eo habiturus sit ex publico remota omni formidine, quod inconcusso robore et ipse habere et quibus velit tradere habebit liberam facultatem. dat. iiii kal. novemb. constantinopoli honorio viiii et theodosio v aa. cons. (412 oct. 29).

Esta constitución merece ser estudiada detenidamente a propósito de la edificación de una obra pública porque condensa, quizá más que ninguna otra disposición del título XV del código teodosiano, el espíritu emprendedor de la Constantinopla de la época ⁽⁷⁾. La ciudad está en plena vorágine constructiva: iglesias, palacios, carreteras, foros y ampliación de las murallas defensivas ⁽⁸⁾. La constitución está dirigida al Prefecto de la ciudad, y no al Senado o al Prefecto del Pretorio como en otras constituciones del mismo título. Paso a analizar detenidamente su contenido:

II.1. La primera parte de este fragmento indica: “*Opus coeptum extruatur, et porticus thermas honorianas praecurrat acie columnarum*”, esto es, que ‘el trabajo que ha sido emprendido debe ser construido’ ⁽⁹⁾, lo que quiere decir que

⁽⁷⁾ Sobre las obras públicas en este periodo, véase MALAVÉ OSUNA, B., *Régimen jurídico financiero de las obras públicas en el Derecho romano tardío: los modelos privado y público de financiación*, Madrid, 2007.

⁽⁸⁾ GRANT, M., *From Rome to Byzantium: The fifth century A.D.*, London, 1998, pp. 81-104.

⁽⁹⁾ DE DOMINICIS, M., “Quelques remarques sur le bâtiment public à Rome dans les dispositions normatives du bas empire”, *Atti dell'Accademia romanistica Constantiniana. I Convegno internazionale 1* (1973), p. 140, califica el derribo de demolición necesaria.

los propietarios con su querrela habían constreñido al Prefecto de la ciudad a interrumpir la construcción de una obra pública, debiendo éste solicitar instrucciones al emperador sobre la resolución del conflicto; y es que desde el Bajo Imperio ningún órgano público podía efectuar un acto de desposesión sin que el emperador emitiese una constitución al respecto ⁽¹⁰⁾. Aunque no siempre el recurso al emperador se resuelve de la misma manera; y así, por ejemplo, un siglo más tarde Codino refiere un caso en el que el propietario (una viuda) rehusó sucesivamente las distintas ofertas que las autoridades públicas le hicieron, por no considerar adecuada la indemnización pecuniaria; sin embargo Justiniano teniendo gran empeño en la construcción de Santa Sofía se personó en la casa de esta mujer instándola a la venta; inmediatamente ella dió su consentimiento pues estimó satisfactorio el pago en conceptos honoríficos: “la estima y distinción que le reportaba la gloria del emperador”. De este modo en CTh. 15,1,50 la cuestión se resuelve con la actuación del emperador, pero en ningún sentido se puede decir que sea un recurso al emperador.

En este inicio del fragmento la constitución nos revela que ha existido una radical transformación del suelo privado, ilegítimamente tomado por la administración pública (la ilegitimidad depende de la falta de un procedimiento autoritativo), cuando la realización de una obra pública implica su irreversible destino, lo que en principio se traduce en un ilícito de naturaleza instantánea que comporta la extinción del derecho de propiedad privada y la adquisición de la misma a título originario por parte del ente público ⁽¹¹⁾.

La segunda parte del fragmento nos informa que ‘y un pórtico con una línea de columnas precederá a los baños de Honorio’. La ciudad de Constantinopla parece haber importado de Oriente la construcción de pórticos, para protegerse de las inclemencias del tiempo; algunos de ellos tenían dos plantas. La *Notitia Urbis Constantinopolitanae* señala al menos 54 pórticos, de los cuales un gran número son calificados como grandes ⁽¹²⁾.

II.2. Seguidamente la constitución refiere: “*Cuius decus tantum est, ut privata iuste neglegeretur paulisper utilitas. sed ne census sui quisquam intercepta lucra deploret, sed e contrario cum pulchritudine civitatis etiam fortunas suas auctas esse laetetur*”, esto es, que ‘la belleza del mismo (esto es, del pórtico) es tan grande que la ventaja privada puede con justificación ser ligeramente aban-

⁽¹⁰⁾ RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *Las obligaciones indemnizatorias en el Derecho público romano*, Almería, 1996, p. 234.

⁽¹¹⁾ Al respecto, en el derecho actual, SALVAGO, S., *Occupazione acquisitiva nelle espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1997, p. 107.

⁽¹²⁾ JANIN, R., *Constantinople Byzantine. Développement urbain et repertoire topographique*, Paris, 1964, p. 87.

donada. Para que nadie pueda lamentar que ningún beneficio de su propiedad pueda ser cortado, pero por el contrario pueda alegrarse tanto por la belleza de la ciudad como por el incremento de su fortuna’.

Todo este fragmento viene a motivar el acto expropiatorio a través de una concreta causa, y es que resulta variada la tipología de *causa expropriandi* fundada en el criterio de interés público; De Robertis señaló seis supuestos: *magna necessitas, decus rei publicae, pulchritudo civitates, communis comoditas, inevitabilis causa y munitio civitatis* (13). En el texto tratado la causa se basa en motivos estéticos (*pulchritudo civitates*). Esta fuente no solamente considera la belleza de la ciudad como un interés colectivo, sino que emborracha el sentido del legislador dando tintes poéticos a sus palabras. Considera tan relevante armonizar los espacios, que ello justifica que la utilidad privada sufra cierta merma frente a lo que se estima de utilidad pública; se emplea el sustantivo utilidad en relación a la utilidad privada pero no en lo concerniente al interés general. De ella Godofredo dice: “*Privatorum scilicet loca, aedificia, publici operis causa, saepe olim iure occupabantur*”, esto es, ‘se entiende como lugares, edificios de los particulares que por causa de obras públicas, a menudo en otro tiempo eran ocupados por derecho’ (14).

En este rescripto, al igual que CTh. 15,1,30; 53; Nov. 7,2,1, se evitan verbos que indiquen un acto de desapoderamiento (como lo serían reclamar, quitar, etc.), y en ellos el poder del Emperador se muestra tajantemente, siendo las indemnizaciones concesiones gratuitas (15); a este respecto se atenderá más adelante en este artículo. Para Levy y Arias Bonet por la intervención estatal se admitían expropiaciones forzosas al igual que en la actualidad; más aún, el propietario había llegado a ser como un mero funcionario cuya conducta estaba determinada por los intereses del Estado más que por los suyos propios (16). En CTh. 15,1,50 se contiene una visión bastante actual de la trascendencia del acto público, tal y como se expresa: “*quisquam intercepta lucra deploret*”. La voz *quisquam* realmente no sustituye al sustantivo *dominus*, pues éste se utilizará varias líneas más abajo. El particular en ningún momento cesa en su condición de titular de un derecho de propiedad; por tanto, el propietario solamente pierde con la desposesión el aspecto material de su derecho, pero no el valor económico de su patrimonio, por ello más adelante el texto expresa: “*pro eo habiturus sit*

(13) DE ROBERTIS, F. M., *La espropiazione per pubblica utilità nel diritto romano*, Roma, 1972, p. 207.

(14) GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Lugduni, 1665, p. 322.

(15) RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *Las obligaciones indemnizatorias*, cit., p. 40.

(16) LEVY, *West roman vulgar law: The Law of Property*, Philadelphia, 1951, pp. 100 ss.; ARIAS BONET, “Dominio y utilidad pública en Derecho romano”, *Homenaje a Pérez Serrano* 1, Madrid, 1959, p. 45.

ex publico remota omni formidine, quod inconcusso robore et ipse habere". En este sentido, la expropiación de la propiedad privada frente a compensación en especie o en dinero era practicada libremente e indudablemente si el interés público parecía requerirlo: *ut privata iuste neglegeretur paulisper utilitas* (17).

II.3. En el siguiente párrafo se dice: "*Pro loco quod quisque possederat superaedificandi licentiam habeat*", esto es, que 'cada hombre podrá, en su lugar por esa estructura la cual él poseía, tener permiso para construir superestructuras' (18).

Es muy significativo que se recoja la *licentia superaedificandi*. La licencia urbanística es un acto administrativo de autorización cuyo objeto y finalidad es comprobar si la actuación proyectada por el interesado se ajusta a las exigencias del interés público urbanístico. En el Derecho actual Parada Vázquez define la licencia como un acto de autorización que remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un Derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento y a las prescripciones establecidas en los Planes (19). Ahora bien, en la antigua ciudad de Constantinopla para que los sujetos expropiados pudieran disfrutar del derecho de sobreedificación necesitaban una licencia administrativa para obviar las limitaciones que por razón de altura estaban vigentes.

Sobre este derecho de sobreedificación merece la pena detenerse unos instantes. Distintas figuras jurídicas han sido utilizadas actualmente para paliar el problema de la vivienda, uno de los más acuciantes en el ámbito social: arrendamientos urbanos, derecho de superficie y sobreedificación. Los derechos de sobreedificación y subedificación tienen un campo de actuación modesto: lograr un mejor y mayor aprovechamiento de los espacios edificados en más altura o en el subsuelo (20). No obstante, la atención que le ha prestado la doctrina al

(17) LEVY, E., *West roman vulgar law, cit.*, p. 111.

(18) HOMO, L., *La evolución de la Humanidad. La Roma imperial y el urbanismo en la Antigüedad*, Mexico, 1956, p. 394.

(19) HERNÁNDEZ SALGUERO, E., et alii, *Urbanismo: La propiedad ante el urbanismo, planificación y gestión urbanística: licencias y disciplina urbanística, expropiación forzosa*, Granada, 2006, p. 303.

(20) MARTÍN-RETORTILLO, C., "Derecho a construir nuevas viviendas sobre la existente", *ADC* 9 (1956), pp. 1269-1270, dice que la utilización de este derecho responde a razones de economía nacional: Hace innecesario la ocupación de nuevos solares; aprovechamiento integral de instalaciones y servicios ya en uso; economiza materiales de construcción — ya que las cimentaciones existen —, alumbrado público, alcantarillas, agua potable, ...; evita disgregar la población a barrios extremos alejados de la zona de comercio, escuelas, iglesias, organismos oficiales; mayor seguridad tanto en las personas como en las cosas (es más fácil la vigilancia social y política de los moradores que los moradores que hayan de ocupar las nuevas viviendas).

tema es exigua, en palabras de Franco Paz, y una de las razones puede ser su poca utilización práctica, a lo que también han contribuido, sin duda, los límites urbanísticos.

Los autores en obras de derecho civil incluyen la sobreelevación dentro del derecho de superficie, y esa atribución al régimen superficiario implica el ejercicio de un derecho real sobre cosa ajena, que pasado cierto tiempo se extingue, ya que la admisión de la perpetuidad del mismo llevaría a la desmembración del derecho de propiedad. Por el contrario, el derecho de sobreedificación supone para los administrativistas, según Franco Paz, la propiedad sobre lo edificado, lo cual podría llevarnos a la conclusión de que, en realidad, no se produjo una extinción del mismo, sino una conversión en dominio sobre lo construido. Se utilizan muchos términos (derecho de elevar, de sobreelevación, de levante, de vuelo), pero ‘de sobreedificar’ es el más expresivo de que la construcción se realiza sobre otra, y en la legislación española sólo encontramos el derecho de sobreedificación en la compilación de derecho civil foral de Navarra, leyes 435-442. La adquisición de lo construido se produce *ipso iure* por decisión del ordenamiento jurídico, independientemente de la voluntad de los interesados. Concluyendo la tesis de Franco Paz, el efecto adquisitivo es un elemento definidor de este derecho, independientemente de su condición crediticia o real (21).

Respecto a la constitución del código teodosiano no sabemos en que consiste el derecho de sobreedificación de la basílica: ¿una o dos plantas sobre el edificio?, ¿el vuelo o espacio aéreo situado a continuación de la cubierta del edificio?

II.4. De nuevo retomo el análisis del siguiente párrafo para tratar de comprender el ámbito al que se aplica este derecho de sobreedificación: “*Nam in locum privati aedificii, quod in usum publicum translatum est, occupationem basilicae iubemus vetustae succedere, ut contractus quidam et permutatio facta videatur, cum dominus, qui suum dederat civitati, pro eo habiturus sit ex publico*”, esto es, ‘pues en el lugar del edificio privado el cual ha sido transferido al uso público (22), ordenamos que la ocupación de la antigua basílica se siga, así que allí parezca que existe algún tipo de contrato y de permuta, desde

(21) FRANCO PAZ, F., *El derecho de sobreedificación: su naturaleza jurídica*, Pamplona, 2001, pp. 81, 82-85, 94-119.

(22) CTh. 16,10,19.2 es dada por los emperadores Arcadio, Honorio y Teodosio al prefecto de la ciudad, Curtius en el año 408. Dice así: Los edificios de los templos que están situados en las ciudades, sitios fortificados o fuera de ellos serán vindicados para el uso público. Los altares serán destruidos en todos los lugares, y todos los templos situados en nuestros dominios serán transferidos a convenientes usos. Los propietarios serán compelidos a destruirlos.

que el propietario quien dio su propiedad a la ciudad ⁽²³⁾ tendrá por ello de lo público’.

Lo primero que se indica en este párrafo es que tras el *auferre* se ordena a los sujetos pasivos del acto expropiatorio la *occupatio* obligatoria de la basílica ⁽²⁴⁾. Y hay que tener presente que el tema de la ocupación ilegal, esto es usurpación, preocupa constantemente al poder público de los s. IV y V dc. ⁽²⁵⁾. Aunque la administración pública desde un primer momento había comenzado a realizar una ‘expropiación de hecho’ ⁽²⁶⁾, los problemas derivados de la apropiación del bien privado, motivan la constitución del emperador, y mediante

⁽²³⁾ JANVIER, Y., *La législation du Bas-empire romaine sur les édifices publics*, Aix-en-Provence, 1968, p. 273, es porque se trata de Constantinopla, y el Estado indemniza las cesiones de bienes. No sería forzosamente lo mismo para una ciudad cualquiera; de ahí, aquí, la mayúscula. Por otra parte, las termas honorarias son una de las ocho termas referidas en la *Notitia Urbis Constantinopolitanae*.

⁽²⁴⁾ CASTRO, A., “D. 41,7,2: Reflexiones sobre la ‘*traditio in certam personam*’ y otras puntualizaciones sobre la ‘*occupatio*’”, *El Derecho de familia y los Derechos reales en la romanística española*, Huelva, 2001, pp. 353-368, indica que el *animus possidendi* es inherente al acto unilateral de la ocupación. Que la posesión de una cosa puede ser obtenida por ocupación es evidente: basta, si se trata de un inmueble, con realizar ciertos actos que denuncien su apropiación con carácter permanente. La ocupación se completa en función de la causa: ... Requiere una *derelictio* mostrada al exterior, y se da un abandono efectivo y también jurídico del bien. La usucapición verifica la *derelictio* y la ocupación, aunque no es necesaria cuando la primitiva señoría voluntariamente y de modo evidente cesó.

⁽²⁵⁾ Citaré simplemente algunas constituciones que se dictan en estos años para reprimir las usurpaciones: CTh. 15,1,12 (364), trata de la ocupación de unos graneros; CTh. 15,1,47 (409) contiene: “Si cualquier lugar dentro la tierra del palacio imperial en esta ciudad es impropriadamente ocupado por edificios privados, todos los edificios que están dentro de tales lugares deben ser demolidos tan pronto como sea posible y el lugar restaurado para el palacio, porque el palacio no debe ser abarrotado por los muros de las casas privadas. Para la residencia imperial se necesitan campos extensivos que están separados de todos los otros, así que dentro de las tierras habrá un lugar habitable sólo para esas personas que han sido seleccionadas para las necesidades legítimas de nuestra majestad y el gobierno establecido del estado. A todas las personas les está prohibido el empleo de tales usurpaciones”. En CTh. 16,8,20 pr. (412) se establece: “Si sucediera que cualquiera lugares son frecuentados por encuentros religiosos de los judíos y son llamados con el nombre de sinagogas, nadie se atreverá a violarlas o a ocuparlas y retienen tales lugares, puesto que todas las personas deben de retener su propiedad en indiscutible derecho, sin ninguna reclamación por religión o creencia”; y en el mismo sentido, CTh. 16,8,25 (423). Igualmente en Nov Th. 22.2.2 (443) escribe: ‘Por nuestra prudente resolución, comprobamos la excesiva licencia de tales personas y prohibimos incluso a los decuriones el derecho basado en su propia autoridad de ocupar la propiedad de una persona fallecida.

⁽²⁶⁾ VOLPE, F., *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Milano, 1996, pp. 6 ss., escribe que en el acostumbrado procedimiento de expropiación al privado se dispone la simple indemnización, en presencia de la ablación consiguiente a la material ocupación y transformación de los fundos se reconoce el derecho al completo resarcimiento del daño. En ambos casos se verifica la extinción coactiva del original derecho dominical.

ella cual intenta conciliar los intereses privados con lo que podría parecer la articulación de un instrumento contractual; de ahí la expresión *qui suum dederat civitati, pro eo habiturus sit ex publico*. Se articula, pues, un pago en especie como satisfacción del justiprecio en tanto resarcimiento del daño (27). La ocupación directa en Derecho administrativo actual permite ‘ocupar’ anticipadamente, y es una modalidad de expropiación con pago en especie; otra figura afín es la permuta, pero a diferencia de la anterior requiere del consentimiento previo del particular afectado. Permuta forzosa y ocupación directa tienen el mismo régimen administrativo (28).

Este acto de intercambio patrimonial en líneas precedentes se ha calificado también con el término *pro loco* (29). La misma expresión es utilizada en otra constitución del código teodosiano con idéntico sentido (30). Ahora bien, resulta significativo que en los dieciséis libros del código teodosiano no encontremos ninguna otra referencia más a la institución de la permuta que se expresen con la voz ‘*permutatio*’ (31); quizá su *nomen* quede desdibujado porque en general en este periodo sus rasgos propios vuelven a perderse en una antigua confusión ya superada (32).

Al espíritu del Derecho romano no le repugna que la indemnización tenga lugar de cualquier modo, puesto que la conversión de derechos que implica la desposesión y la equivalencia económica del bien sustraído, que ha de ser la base

(27) LOZANO CORBI, E., *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el Derecho romano*, Zaragoza, 1994, p. 99.

(28) MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y., *Todo sobre expropiaciones urbanísticas*, cit., pp. 43, 162-163.

(29) LOMBARDI, “Aperçus sur la compensation chez les juristas classiques”, BIDR 66 (1963) pp. 52 ss., refiere que también se concibe como permuta el supuesto recogido en Nov. 7,2,1, a modo de *indemnitate servata et recompensanda re eis ab eo*. E incluso en C. 10,27,2 se habla de venta y también de compensación.

(30) C.Th.16.8.25 pr.: *Idem aa. asclepiodoto praefecto praetorio. placet in posterum nullas omnino synagogas iudaeorum vel auferri passim vel flammis exuri et si quae sunt post legem recenti molimine vel ereptae synagogae vel ecclesiis vindicatae aut certe venerandis mysteriis consecratae, pro his loca eis, in quibus possint extruere, ad mensuram videlicet sublatarum, praebere* (423 febr. 15).

(31) Dicha institución no aparece en el *edictum theodorici*; si en el epítome *Juliani* — dedicado a los bienes de la iglesia.

(32) D’ORS, A., *El Código de Eurico. Edición, palingenesis, índices*, Roma-Madrid, 1960, p. 211: “En el código de Eurico se da la equiparación, inevitable en un ambiente de derecho no-clásico, entre *commutatio* (permuta) y *emptio*; se trata de una antigua manera de ver superada por los proculeyanos, y que se restablece victoriosa en el derecho vulgar”. San Isidoro, 5,24,23: *Emptio et venditio est rerum commutatio atque contractus ex convenientia veniens*: Compra y venta es la permutación de objetos y la transacción que tiene su origen en una conveniencia. 24: *Emptio autem dicta dicta, quod a me tibi sit: venditio quasi venundatio, id est a nundinis*: Se dice “compra”, porque de mí pasa a ti; “venta” viene a ser como *venundatio*, derivado de *nundina* (feria).

de la indemnización, lo mismo puede conseguirse con el pago en dinero (lo más frecuente) que indemnizando in natura. Esta concepción plasmada ya en esta constitución es sostenida por los administrativistas modernos. Los sabinianos admitían cualquier cosa como precio, mientras que los proculeyanos propugnan su restricción a una cantidad de dinero. Esta última será la postura plasmada en el código⁽³³⁾. De la Rosa Díaz subrayaba que en la permuta la entrega tiene por exclusiva finalidad obtener una contraprestación, y en su promesa, y no en la entrega misma, — que en estos contratos es definitiva — radica el fundamento intrínseco de la obligación contraria. Ahora bien, análogamente a los contratos reales es un contrato que no se forma desde que los interesados convienen, sino desde que una parte entrega el objeto prometido a la otra. En épocas anteriores a Justiniano se exigía la entrega — *traditio* — de la cosa por una de las partes para que naciera la permuta⁽³⁴⁾, aún sin ser todavía considerada contrato⁽³⁵⁾. Si ésta era la tónica seguida en las compraventas del periodo justiniano, sin embargo la indemnización dada por el acto privativo no siempre se efectuaba en dinero, lo que significa que el legislador concibe el acto de desposesión, no como una compraventa — aunque forzosa —, sino que da cabida a otras estructuras formales, conformándose como un derecho de uso o disfrute, dispensa de pagar ciertos impuestos o como permuta⁽³⁶⁾. La indemnización desempeña

(33) Al respecto, GUZMÁN BRITO, A., “Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: Del derecho romano al código civil de Chile”, *Revista de Historia del Derecho privado* 2 (Santiago de Chile, 1999), pp. 26-33.

(34) Tanto la permuta como la compraventa, en cuanto suponen actos jurídicos encaminados a la adquisición de la propiedad, se llevarían a cabo mediante *mancipatio* o mediante *traditio*; al respecto, BELDA MERCADO, J., “La transmisión de la propiedad a través de la permuta y la compraventa”, *El Derecho de familia y los Derechos reales en la romanística española*, Huelva, 2001, pp. 305-315. Sobre el Derecho actual véase REDÍN, G., *Compraventa civil y permuta*, Pamplona, 2006, pp. 299-310.

(35) DE LA ROSA DÍAZ, P., *La permuta*, cit., pp. 20, 110-111, 120. MONTAÑÉS CASTILLO, L. Y., *Todo sobre expropiaciones urbanísticas*, cit., p. 112 n. 81, insiste en que la permuta en Derecho romano alcanza directamente sus fines con su propia realización, sin representar el acto de dar un cumplimiento a una obligación previa. También cita el art. 1456 CC., que trata la enajenación forzosa por causa de utilidad pública; de ahí la doctrina identifica la expropiación con la venta forzosa: en ella no existe libertad de consentimiento, ni la causa civil del art. 1274 CC. para los negocios onerosos, ni le son aplicables los criterios legales de resolución del contrato por incumplimiento, ni las normas sobre obligaciones del vendedor en orden al saneamiento. La causa del expropiante no proviene de quien pierde la titularidad, sino por el ejercicio de la potestad pública basada en el interés común.

(36) RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *Las obligaciones indemnizatorias* cit., pp. 117-119. DE ROBERTIS, F. M., “Sulla espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano”, Milano, 1962, pp. 442-443, refiere que en el 413 dc, con un negocio *sui generis* se concede a los propietarios de algunas tierras expropiadas, no el pago en dinero, sino el uso de las torres construidas sobre aquellas (CTh. 15,1,51). También, LEONE, A., *Byzantine North Africa: processes of transformation from late antiquity to*

una función sustitutoria del bien (*premium, permutatio*). En época postclásica la indemnización, en los términos que se recoge, excluye cualquier tipo de derecho del expropiado, que disfrutará de una compensación por la generosidad del emperador, y sin que tenga capacidad para intervenir en la formación del precio⁽³⁷⁾. Bonfante cree que no se puede saber si tal indemnización era verdaderamente irrisoria y tampoco se puede decir que el consenso del propietario a aceptarla a cambio de la desposesión había sido espontáneo o no, pero se exigía, *ut contractus quidam et permutatio facta videatur*⁽³⁸⁾. En los casos de permuta el momento de cumplimiento de la indemnización queda sin fijar. Sin embargo Piccinelli afirma que en el supuesto de permuta de *praedia urbana* será previa, porque si los particulares se ven privados durante un espacio de tiempo del lugar donde se alojaban se atentaría contra la equidad y contra un principio de orden público⁽³⁹⁾. Por el contrario, las fuentes que se manejan muestran una realidad muy distinta; tanto en CTh. 15,1,50 como en Nov. 7,2,1 se efectúan permutas, y la indemnización es posterior a la desposesión.

Ahora bien la consideración de la naturaleza jurídica de esta *permutatio* es discutida por algunos autores⁽⁴⁰⁾; así para De Robertis se trata de un negocio análogo a aquel derivado de un contrato, pero que no llega a identificarse con el contrato, que debía entonces advenir efectivamente si se hubiese tratado de una compraventa⁽⁴¹⁾. Se utiliza en el texto el verbo 'parecer', por lo que claramente se hace hincapié en la transposición de esquemas del *ius civile* al *ius publicum*, aunque un poco después revela que no es exactamente un cambio, puesto que el particular da algo, y no tiene seguridad de que el otro cumpla⁽⁴²⁾, o lo que es lo mismo, en caso de incumplimiento de la otra parte no podrá ejercer ninguna acción; esto se deduce de la expresión contenida en la línea final: "alejado todo

the Arab conquest, *Changing townscapes in north Africa from late antiquity to the arab conquest*, Bari, 2007, p. 193, n. 130, señala que En algunos casos hay también evidencias de edificios ex públicos dados a los particulares a cambio de la expropiación de tierra o de un complejo edilicio.

⁽³⁷⁾ BAUNY DE RECY, *Théorie de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, 1871, pp. 42-43, en relación a CTh. 15, 1,50; 51; 53, afirma que el resarcimiento queda abandonado a la discreción del poder imperial contra el cual no es posible otra vía de recurso.

⁽³⁸⁾ BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, Milano, 1966, p. 297

⁽³⁹⁾ PICCINELLI, *Della espropriazione per causa di pubblica utilità considerata nel diritto romano*, Firenze, 1882, p. 80.

⁽⁴⁰⁾ Para HOMO, L., *La evolución de la Humanidad*, cit., p. 257, se trataba en este texto de una donación de una propiedad a la ciudad por la que recibiría una indemnización.

⁽⁴¹⁾ DE ROBERTIS, F. M., *La espropriazione*, cit., p. 254.

⁽⁴²⁾ DE LA ROSA DÍAZ, P., *La permuta*, cit., pp. 122, 132, señalaba que la permuta es un contrato a título oneroso, pues tiene lugar entre partes desprovistas la una hacia la otra de toda idea de liberalidad y movidas fundamentalmente por el deseo de obtener a cambio de aquello una ventaja recíproca; ahora bien, la adquisición de la propiedad no queda condicionada a la otra entrega por cuanto que en Roma no se admite una adquisición de la propiedad *ad tempus*.

su temor” (*remota omni formidine*). En este texto la entrega del bien no puede identificarse como una permuta ⁽⁴³⁾.

Teniendo presente todo lo anterior subrayo que en CTh. 15,1,50 se establece que la permuta versará sobre unas viviendas privadas y una antigua basílica. La constitución también da a entender que el bien del que se apropia el ente público es una construcción, sin que a lo largo de su desarrollo se hagan menciones más explícitas ⁽⁴⁴⁾. Por lo que se refiere a la basílica, desde tiempos de Constantino la antigua basílica civil romana se adopta y adapta a la arquitectura eclesiástica, sino antes ⁽⁴⁵⁾. Las basílicas albergan salas donde se desarrollan procesos judiciales, otras sirven para que los comerciantes concluyan sus negocios, e incluso hay tiendas; incluso la famosa universidad de Constantinopla se encontraba allí. Janin refiere que la basílica estaba dotada de una gran cisterna, llamada igualmente la basílica ⁽⁴⁶⁾. La *Notitia Urbis Constantinopolitanae* menciona que en la región VIII se sitúa la basílica teodosiana, y en la región IV otra basílica, que ha de ser la vieja basílica. Las termas honorianas se hallan en la región V ⁽⁴⁷⁾. Schlange-Schöningen menciona que a cambio de sus propiedades urbanas los particulares tuvieron derecho a ocupar la vieja basílica, que también albergaba estudios superiores ⁽⁴⁸⁾, así como entre otros usos, había tiendas.

¿Pero realmente el bien a permutar es la basílica en toda su extensión o simplemente la constitución de unos derechos sobre la misma?

Según Arias Bonet al particular se le conceden como permuta dos derechos distintos: la facultad de edificar en otros lugares, y la ocupación de una vieja basílica ⁽⁴⁹⁾. Sin embargo, la conjunción *nam* vincula el *ius supraedificandi* a

⁽⁴³⁾ RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *Las obligaciones indemnizatorias*, cit., p. 57.

⁽⁴⁴⁾ En C. 8,12,9 el objeto de la desposesión son también edificios.

⁽⁴⁵⁾ MANGO, M. M., “Building and architecture”, *The Cambridge ancient history. Late antiquity: empire and successors, ad. 425-600*, Cambridge, 2000, p. 956. San Isidoro, 15,4,11: Inicialmente se llamaban basílicas a los palacios de los reyes, y de ahí tomaron su nombre, pues *basileús* significa “rey”, y *basilicae*, “palacios reales”. Hoy día se aplica el nombre de basílicas a los templos, porque en ellos se rinde culto y se ofrecen sacrificios a Dios, rey de todos.

⁽⁴⁶⁾ JANIN, R., *Constantinople Byzantine. Développement urbain et repertoire topographique*, Paris, 1964, pp. 157-158. MANGO, M. M., “The Commercial Map of Constantinople”, *Dumbarton Oaks*, 54 (2000), pp. 189-206, escribe: ‘From “the large Basilike market” and Basilike Gate on the shore of the Golden Horn, the Portico of Domninos (or, as the Russian pilgrims called it in the 14th century and later, the Maurianos Embolos) led south to the area of the Constantinian and Theodosian fora’.

⁽⁴⁷⁾ Sobre la basílica, su disposición y localización MANGO, C., *The brazen house: A study of the vestibule of the imperial palace of Constantinople*, 1959, pp. 42-51. DRAGON, G., *Naissance d'une capitale. Constantinople et ses institutions de 330 a 451*, Paris, 1974, p. 374.

⁽⁴⁸⁾ SCHLANGE-SCHÖNINGEN, H., *Kaisertum und Bildungswesen im spätantiken Konstantinopel*, Stuttgart, 1995, p. 107.

⁽⁴⁹⁾ ARIAS BONET, J. A., “Dominio y utilidad pública en Derecho romano”, *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, Madrid, 1959, p. 43.

la *occupatio basilicae*; en esta línea se posicionaba también algún autor, argumentando que el valor de la basílica es superior al de las tierras, concediéndoseles el derecho de edificar encima⁽⁵⁰⁾. Los bienes de dominio público son inalienables y su desaparición es una incidencia a posteriori que exige una desafectación previa⁽⁵¹⁾; sin embargo, en terminología administrativista actual, los bienes del ‘patrimonio municipal del suelo’ son esencialmente alienables; este es su destino desde su incorporación al patrimonio⁽⁵²⁾. La basílica, por el contrario, estaba afectada a múltiples usos públicos.

Para intentar explicar por qué considero que el expropiado sólo consigue un derecho de sobreedificación de una antigua basílica, habría que detenerse en la descripción de la preocupante situación de la vivienda en la ciudad de Constantinopla⁽⁵³⁾. Ya a las alturas del s. V dc., Constantinopla es un polo casi único de movilidad social en el Imperio⁽⁵⁴⁾. Zosimo escribe respecto a los inicios del reinado de Teodosio II que falta lugar, que es peligroso circular a causa del gran número de personas y de bestias, que — a fin de agrandar la superficie habitable — se construye hasta el mar casas de tipo palafito⁽⁵⁵⁾, y se intentan usurpar los espacios públicos⁽⁵⁶⁾. También los monjes ‘extranjeros’ afluyen de todas partes, viven en la calle o con los habitantes, e incluso algunos levantan monasterios en los suburbios de la ciudad. Es, en palabras de Teodoreto ‘un universo poblado de un oceano de seres humanos, y que recibe en su seno a estos que, de todas partes, afluyen hacia ella como rios, ...’⁽⁵⁷⁾. Las nuevas murallas se empiezan a alzar entre el 412-413, y doblan la superficie de Constantinopla, absorbiendo los suburbios ya urbanizados⁽⁵⁸⁾. Ellas son en cierta manera

(50) COLLIGNON, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris 1882, p. 32.

(51) MURGA, J. L., “Una constitución de Mayoriano en defensa del patrimonio artístico de Roma”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 50 (1980) p. 587, escribe que siempre se podrá, si interesa, enajenar esos bienes afectados a un uso colectivo si el poder público lo autoriza.

(52) HERNÁEZ SALGUERO, E., et alii, *Urbanismo*, cit., pp. 427-437.

(53) Más extensamente en RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., “Les politiques migratrices à Constantinople (IV-Viè siècle)”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 54 (2007), pp. 435-459.

(54) BRÉHIER, L., *La civilización bizantina* (trad. Almona, J.), Méjico, 1955, p. 57, cree que la ciudad debe de contar con 500.000 ó 600.000 habitantes, y para hacer este cálculo se basa en la *Notitia Urbis* del s. V. la ciudad tiene 322 *vici*, 4388 *domus*, 20 panaderías públicas y 120 particulares. Y en un discurso pronunciado por Temistius, *Orationes* XII, se menciona el rápido crecimiento de la población, que se concentra en el angosto recinto de Constantinopla. Otras estimaciones de población en SIRKS, A. J., “The size of the grain distributions in Imperial Rome and Constantinople”, *Athenaeum* 79,1 (1991), pp. 226-227.

(55) Zos. II,35.

(56) CTh. 15,1,25; 38; 39; 45; 46; 47.

(57) Theodt. Cyr. ep. 15.

(58) MANGO, C., *Le développement urbain de Constantinople (IVe-VIe siècles)*, Paris, 1985, p. 46, señala que la población creciente se había desbordado fuera de la muralla de Cons-

el nuevo limes del imperio constantiniano que puede reducirse sin daño irreparable a las dimensiones de la capital; de ahí que, durante todo el s. V dc., exista una evidente diferencia de población entre los barrios nuevos y los antiguos. Constantinopla estaba firmemente delimitada por sus límites físicos. No podía asumir más habitantes de los que podían mantener sus mecanismos y recursos presentes, ni podía invadir el espacio abierto requerido para el cultivo; incluso las normas urbanísticas, Además, salvando reglas mínimas de seguridad y salubridad, y que se conocen por la constitución de Zenon, se establecieron medidas urbanísticas menos exigentes para acoger este desarrollo poblacional, estableciendo distancias mínimas entre edificios, aunque dándole más proximidad que en disposiciones anteriores, reducción de los espacios públicos y aumento de la altura de los edificios privados ⁽⁵⁹⁾, y todo ello para evitar fricciones comunales provocadas por la densidad edilicia ⁽⁶⁰⁾. También se adoptaron al respecto medidas políticas que forzaban a los propietarios de casas desocupadas a sacarlas al mercado ⁽⁶¹⁾.

2.5. Para concluir el legislador teodosiano escribió que: “*Remota omni formidine, quod inconcusso robore et ipse habere et quibus velit tradere habebit liberam facultatem*”, esto es, que: ‘Así todo miedo será removido, y él tendrá poder sin restricción para mantenerlo y para transferirlo a quien él desee, con firme validez’ ⁽⁶²⁾.

Godofredo en su comentario claramente expresa: “*pro possessionibus privatorum occupatis vetus basilica hanc Theodosii lunc lege conceditur: Sic ut super eam superaedificandi licencia plenoque iure & inconcusso robore fruendi alienando eius quod superaedificatum fuerit, ius tribuatur*”, esto es que ‘por causa de las posesiones de los privados es concedido que se ocupe la vieja basilica; así que sobre esta fue concedida licencia de sobreedificación y pleno derecho y firme validez, y que el derecho de estos a disfrutar y vender fuera sobre lo edificado’ ⁽⁶³⁾.

tantino para formar nuevos barrios que era necesario poner al abrigo de la amenaza de invasiones bárbaras.

⁽⁵⁹⁾ DRAGON, G., *Naissance d'une capitale, cit.*, pp. 522-529.

⁽⁶⁰⁾ Nov. 63 — 538 —. MAAS, M., *Age of Justinian*, Cambridge, 2005, p. 76.

⁽⁶¹⁾ Proc. Historia Secreta 6,23.22, respecto a las habitaciones desocupadas, los propietarios de casas tienen que dar acomodo en ellas alrededor de 20.000 extranjeros ‘casi ciudadanos’, y no sólo no pueden conseguir satisfacción por su propiedad sino que tienen que aguantar gran cantidad de otros disgustos dentro del pacto.

⁽⁶²⁾ LEVY, E., *West roman vulgar law, cit.*, p. 64, escribió que para lo que los grandes juristas llaman *dominium*, esta, entre otras frases, sirvieron como sustitutos: “*inconcusso robore et ipse habere et quibus velit tradere habebit liberam facultatem*”.

⁽⁶³⁾ GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus, cit.*, p. 322.

III. Pero una constitución del 440 dc., C. 8.11.21 ⁽⁶⁴⁾, muestra como esta basílica fue con el tiempo destinada a usos extremadamente molestos, tales como la realización de fiestas privadas, bodas, la entrada con caballos o puestos de venta; asimismo se establece que en ninguna parte de la misma se establezca obra alguna de madera, estaciones o talleres ⁽⁶⁵⁾.

Para concluir he de destacar que a lo largo de este trabajo se ha tratado de constatar que para el estudio de determinadas fuentes romano-bizantinas, en concreto aquellas en las que se produce una transposición de los esquemas civiles al ámbito público, resulta muy enriquecedor tener presente las investigaciones de los administrativistas respecto a figuras jurídicas actuales; y ello manteniendo, claro está, las cautelas pertinentes que invalidan el recurso a un ejercicio directo de aplicación de nuestros esquemas jurídicos a la realidad bajo imperial. Igualmente las observaciones que aquí se realizan sobre los modelos administrativos antiguos pueden servir de reflexión para el estudio del Derecho urbanístico, y dar pie a un acercamiento entre ambos ámbitos de conocimiento.

⁽⁶⁴⁾ C. 8,11,21, *Imperatores Theodosius, Valentinianus: Basilicam inauratam et marmoribus decoratam liberam in perpetuum manere neque alicuius imaginis pictarum cuiuslibet honoris tabularum adumbratione fuscari iubemus, neque in aliqua parte eiusdem basilicae tabulato quicquam opere stationes ergasteriave constitui sancimus. Illud quoque decernimus, ne in eam equos liceat intromitti vel nuptias celebrari* (440 dc).

⁽⁶⁵⁾ SCHLANGE-SCHÖNINGEN, H., *Kaisertum und Bildungswesen im spätantiken Konstantinopel*, Stuttgart, 1995, p. 107.

