

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACIÓN EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

CARMEN LOPEZ-RENDON RODRIGUEZ

Professora Titular Derecho Romano

Universidad de Oviedo, España

I INTRODUCCION

Las arras¹ no es un instituto jurídico originariamente romano. Es un típico instituto del *ius*

¹ *Bibliografía sobre las arras en el contrato de compraventa, vid. LAUTERBACH, WA: Tractatus de arrha, Tubingae, 1657. PAULYS-WISSOWA: Realencyclopädie der classischen altertumswissenschaft. Stuttgart, 1895, pp. 1219-1223.; CALOIROU: Die Arrha in römischen Vermögensrecht der klassischen Zeit. Leipzig, 1911; SEEN, F.: "La dation des arrhes, histoire d'une sureté réelle". NRH 37(1913), pp.575 y ss. CARUSI, E: "Sul frammento L.38 del libro di diritto Siro-Romano". BDIR, 28, (1916), pp. 261 y ss. POPESCO, E: La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien, Paris, 1925. BERGOLD: Geschichte und Wesen des Arrhabons und der Arrha im griechischen und römischen Rechte bis zum Procheiros Nomos. Gernsbach 1925. CORNIL, G: "Die "arrha" im justinianischen Recht." SZ, 48, (1928), pp. 51-87. CARUSI, E: "L'arra della vendita in diritto giustiniano". Studi Bonfante, IV, Milano, (1930), pp. 503-564. MASSIMO MASSEI: "L'arra nella compravendita". BDIR, 48, (1941), p. 217, n° 3. PRINGSHEIM, F: The Greek Law of sale. Weimar, 1950; TALAMANCA, M: L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano." Milano, 1953. CHALON-SECRETAN, G.: Les arrhes de la vente sous Justinien, Laussane, 1954. THOMAS, A.C.: "Arra in sale in Justinian's law" Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis(=Revue d'Histoire de Droit) T.24, (1956), pp. 253-278. "Arra reagitata", Butterworths South African Law review, 60, 1956; "A proscript on Arra" IURA, 10, 1959, pp. 109-112. D'ORS, A:*

gentium.² Su nacimiento como institución jurídica se sitúa en el tráfico comercial oriental, lo mismo que el término con el que se designa.³

“Las arras en la compraventa justiniana”, *IURA*, 6 (1955), pp. 149 y ss; D’ORS, A: “<Arra reagitata>: Sive in scriptis sive sine scriptis”. *IURA*, 9 (1958), parte prima, pp. 78-81. SCHUSTER, W.: “Die funktion des “arrha” bei Justinian”. *Labeo* 5, 1959, pp.26-66. WATSON, A: “Arra in the law of Justinian”. *RIDA*, 6, 1959, pp. 385-389. Reproducido en *Studies in Roman Private Law Alan Watson*, London, 1991. PEZZANA, A.: voz. *Caparra* en *Enciclopedia del diritto*. VI, Milano, 1960, pp. 183-187; TYLOR. T.H.: “Writing and arra in sale under the Corpus Juris”. *The Law Quarterly Review* 77, 1961, pp.77-82. HONORE, A.M.: “Arra as you were”. *The Law Quarterly Review* 77, 1961, pp.172-175. THOMSON, JM: “Arra in Sale in Justinian’s Law”. *The Irish Jurist* 5 (1970), pp. 179 y ss.. MARASINGHE, M.L: “Arra- not in dispute”, *RIDA*, 20, 1973. pp. 349-353. VISKY, K: “L’arra nelle fonti giuridiche del III secolo e nella codificazione giustiniana”. *Atti I Accad. Rom. Constantiniana*, Perugia, (1975), pp. 391-416.

² MASSEI, M.: « L’arra nella compravendita ». Ob. cit., p.390.

³ Sobre el origen del término arra, vid. SEEN, F.: “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”. *NRH* 37 (1913), p. 577. PEROZZI, S.: *Istituzioni di diritto romano*, T. II, Roma, 1928., p.287, n.4. POPESCO, E: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris, 1925, pp. 99 y ss. Donde recuerda el origen semítico de la palabra *arrhes*. La práctica de las arras fue inventada por los pueblos semíticos, fenicio, cartaginenses, hebreos que eran los hombres de negocios del mundo antiguo. Los griegos importaron de los semíticos la palabra y la práctica. MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”, ob., cit., pp.230 y ss.; Este autor concluye que el instituto era conocido bajo la forma de garantía real desde el 2.000 a.c en los textos siro-babilonienses, y que el término existía en la lengua del pueblo fenicio y que próximo a este último, el instituto del arra tenía presumiblemente una función de garantía, que es imposible precisar. El examen de las fuentes hebraicas, de los papiros aramaicos y la presencia del termino en la literatura siria inducen a creer que, desde el siglo VIII a.c., época a la que pertenecen la mayor parte de los documentos, el instituto fue conocido y usado por toda la población de la cuenca oriental del Mediterráneo. Se trata por tanto de

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

La palabra fue introducida en Roma, proveniente de las relaciones comerciales con los pueblos mediterráneos, primero bajo la forma “*arrhabo*”(o *arrabo*), y así la utilizan los comediantes de la República,⁴ mas ya en época clásica el término se ha transformado (*arrha o arra*); al final, en el Bajo Imperio, especialmente bajo Justiniano, es usado en plural: *arrae, arrarum*, bajo Diocleciano (CJ.4.49.3) encontramos el adjetivo *arralis (o arrhalis)* atribuido al sustantivo *pactum*.⁵

un instituto de garantía de una gran difusión, que aparece en todos los derechos orientales con leves diferencias que no siempre es posible detectar, presentando las características de un verdadero y propio instituto *iuris gentium* y veremos que tal será también su carácter en el derecho romano.” TALAMANCA, M: *L´arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*.”Milano, 1953. p.3. este autor siguiendo a MASSEI, afirma que la derivación griega del arra deriva indudablemente de la lengua semítica. El problema reside en establecer si la disciplina jurídica que el instituto tenía en el derecho semítico pudiera trasladarse al derecho griego, para lo cual examina la opinión de BERGOLD: *Geschichte und Wesen des Arrhabons und der Arrha im griechischen und römischen Rechte bis zum Procheiros Nomos*. Gernsbach 1925. Este autor considera que las arras son un instituto jurídico creado por los fenicios y utilizado en los intercambios comerciales con las ciudades griegas, quienes habrían recibido dicha institución en su derecho en la estructura dada por los mismos fenicios. En esta estructura, el arra habría sido un instrumento ideado por el vendedor para tutelar sus propios intereses, en el caso en que no pudiera tener lugar de repente la conclusión de una compraventa al contado.”

⁴ El análisis de las fuentes literarias es realizado por SEEN, F.: «La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle». *NRH* 37 (1913), pp.580. MASSEI, M.:“L’arra nella compravendita “.Ob., cit. Pp.266 y ss. TALAMANCA: *L´arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*. Ob., cit., pp.47 y ss. MEYLAN PH.: “Des arrhes de la vente dans Plaute”. *Mélanges Levy-Bruhl*, Paris, 1959, pp. 205-214.

⁵ POPESCO, E: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris, 1925, p. 99-100. MASSEI, M: «L’arra nella compravendita », ob.,cit., p.230.

En el mundo griego, parece ser que penetró en Grecia a través de las relaciones comerciales con los pueblos orientales y sobre todo con los fenicios. El derecho griego desconocía el contrato obligatorio consensual de compraventa que aparece en el derecho romano, así como la promesa de venta. La compraventa griega tal como se presenta en las fuentes antiguas ha de considerarse como una compraventa real de efectos reales,⁷ de tal forma que el momento de perfección del contrato se produce cuando tiene lugar el cambio real de la cosa contra el precio y el cumplimiento de una formalidad documental en las ventas de inmuebles y de cosas muebles de determinado valor.⁸

Dentro de un sistema contractual como éste, las arras tenían una gran importancia como instrumento jurídico para obligar al futuro negocio traslativo de la propiedad que era la compraventa. Las arras griegas⁹ consistían en la entrega

⁶ MASSEI, M: "L'arra nella compravendita", ob. cit., p.390

⁷ vid. ARANGIO RUIZ, V: *Lineamenti del sistema contrattuali nel diritto dei papiri*, Milano, 1927, p. 35; SCHOENBAUER: "Zur frage des Eigentumsüberganges beim Kauf", SZ, 52, (1932), p. 3, WIEACKER: "Lex Commissoria", *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, Berlín, 1932, p. 92; LEVY, "Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kauf", *Symbolae Friburgenses*, Leipzig, 1933, p. 139. HAYMANN: "Textkrit. Stud.Z. römischen Obligationenrecht II. Periculum est Emptoris", SZ 41, (1920), pp. 44 y ss. MASSEI, M: "L'arra nella compravendita", ob. cit., pp. 264 y ss. Contrarios a la consideración de la compraventa griega como compraventa real, vid. LIPSIUS: *Das attische Recht und Rechtsverfahren*, Leipzig, Vol.II, 1912, HOETINK: "Quelques remarques sur la vente dans le droit grec". TJ.9, (1929), pp. 253 y ss.

⁸ MASSEI, M: "L'arra nella compravendita", ob. cit., pp. 265.

⁹ Sobre el instituto en derecho griego, vid. MASSEI, M: "L'arra nella compravendita", ob. cit, y la bibliografía citada por él en la página 249, nota 3. Asimismo TALAMANCA, M: *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*. Milano, 1953, pp.1 y ss.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

de una suma de dinero por parte del futuro comprador al futuro vendedor, a título de anticipo sobre el precio de la compraventa futura.¹⁰ La cuantía del precio y los otros elementos esenciales de la compraventa debían quedar establecidos en el mismo momento en que se entregaban las arras, so pena de que el contrato arral careciera de eficacia.¹¹

MASEI¹² estima que en el derecho griego existían dos institutos distintos: la compraventa y la dación de arras, bajo este aspecto las arras no solo no contrasta con la concepción de la compraventa real, sino que la confirma en cuanto tiene la función de permitir la venta sin el inmediato pago de la totalidad del precio; se trataría de un contrato por si mismo, que se añadiría a la compraventa y aparecería como un acto preliminar de este último negocio jurídico. El comprador una vez establecido con el vendedor la cuantía del precio y el objeto de la adquisición, en vez de efectuar el intercambio del precio contra el objeto, consigna una parte del precio obligándose a perderla, si no entrega el resto dentro del término establecido,

¹⁰ MASSEI, M. “L’arra nella compravendita”, ob., cit. p. 264.

¹¹ Desde un punto de vista dogmático PEZZANA, en su artículo publicado en *Enciclopedia di diritto*, p. 183. V. Caparra, considera que desde un punto de vista dogmático la dación de las arras es un contrato de naturaleza real.

Las relaciones entre el contrato arral y la compraventa han sido objeto de discusiones doctrinales. PRINGSHEIM: *The Greek Law of sale*. Weimar, 1950. pp. 157 y ss» consideraba que el contrato consensual de compraventa era la causa del contrato arral.»

TALAMANCA, M: *L’arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano*. Milan, 1953, opina que la futura compraventa era simplemente la condición suspensiva, a la que se encontraba subordinada la eficacia del contrato arral.

¹² MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”, ob. cit., pp. 264-265.

mientras por su parte, el vendedor deberá restituir, según alguna legislación municipal, el doble de cuanto ha recibido, si cuando recibe el resto del precio, no consigna el objeto. Se trata de una verdadera convención distinta de la compraventa y que no modifica el carácter real que esta última tiene en el derecho griego.

Hasta finales del siglo III A.C en la praxis del Tribunal del *praetor peregrinus*, por lo menos a partir de la *lex Aebutia*, en las relaciones entre *cives* ya era conocida la compraventa consensual. La concepción de la compraventa como contrato consensual meramente obligatorio, propia de los romanos, hace que en el derecho clásico las arras tengan una relevancia jurídica limitada. Ello explica el escaso uso del instituto en la práctica romana.¹³

En materia de arras en la compraventa se presentan múltiples problemas, que en este momento, excuso analizar, por exceder de la dimensión de esta comunicación y los fines de la misma, por ello, me voy a limitar a exponer la influencia ha tenido la autonomía de la voluntad y efectos que produce la *datio arrharum* en las fuentes jurídicas¹⁴ romanas y en los textos jurídicos medievales.

¹³ MASSEI, M: “L’arra nella compravendita, ob. Cit, 314-315 advierte que en las instituciones de Gayo 3, 139 no se habla *ex professo* del arra, sino que se limita a realizar una referencia incidental, que demostraría que el instituto no era muy utilizado en Roma y que el jurista no estimaba oportuno extenderse mas sobre ello, explicando solo la función de “*argumentum emptionis et venditionis contractae*”.

¹⁴ Para el análisis de las fuentes literarias, vid. SEEN, F.: “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”. *NRH* 37 (1913), pp.580. MASSEI, M.: “L’arra nella compravendita “.Ob., cit. Pp.266 y ss. TALAMANCA: *L ’arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*. Ob., cit., pp. 47 y ss. MEYLAN, PH.: « Des arhes de la vente dans Plaute », *MelangesH. Levy Bruhl*, 1959, pp.205 y ss.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

II FUENTES JURÍDICAS ROMANAS

II.1 Antejustinianeas

1. Las fuentes jurídicas que aluden al instituto del arra en el periodo clásico se encuentran en las instituciones de Gayo 3,139, y en D. 14.3.5.15, *Ulpianus, libro vigésimo octavo ad edictum*, D. 18.1.35 pr. *Gaius, libro décimo ad edictum provinciale*; D.19.1.11.6 *Ulpianus libro trigésimo segundo ad edictum*, D.18.3.6. *Scaevola, libro segundo responsorum*; D.18.3.8. *Scaevola, libro septimo digestorum*.

GAI. III, 139:

"Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae."

D, 18, 1, 35, Gaius, Libro X ad edictum provinciale:

"Quod saepe arrhae nomine pro emptione¹⁵ datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat,¹⁶ sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio".

¹⁵ TALAMANCA, M: *L'arra della compravendita.*, ob. cit, p.70 n° 65. Considera que el *pro emptione* de este fragmento parece querer significar una compraventa (futura), según el concepto griego, mas que una compraventa (presente), como correspondería según la concepción romana.

¹⁶ KNIEP, F: *Gai Institutionum. Commentarius tertius*. Jena, 1917, p.273. TALAMANCA, M: *L'arra della compravendita.*, ob. cit, pp interpretando este texto considera que el jurista polemiza contra una concepción de la compraventa distinta de la del derecho romano clásico: esta concepción es indudablemente la griega. Indicios de ello se observan en la reafirmación del principio de consensualidad: *quasi sine arrha conventio nihil proficiat* y la correspondencia entre el pasaje de las instituciones y

TALAMANCA¹⁷ define el arra como un *pactum adiectum* de la compraventa, por el cual el comprador transfiere en propiedad al vendedor una suma de dinero u otra cosa,¹⁸ para probar el acuerdo llegado sobre el contrato obligatorio, y para garantizar la propia prestación.¹⁹ Afirma el carácter real y la accesoriedad del arra.²⁰

el inicio del párrafo 4º del fragmento teofrasteo. Gayo contrapone al sistema romano la venta real al contado y el contrato arral, del que habla Teofrasto. En el pasaje del digesto son claros los esfuerzos de contraponerse a un modo de pensar que no admitía la eficacia vinculante del acuerdo entre las partes, sin la dación de un arra.

¹⁷ TALAMANCA, M: *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*. Milano, 1953, p. 71.

¹⁸ Consistiera el arra en dinero o cosa fungible, el arra pasaba en propiedad al *accipiens*. Vid. D. 19.1.11.6. Ulpiano, L.32 *ad Edictum*, D.14.3.5.15. Ulpiano, l. 28 *ad edictum*: “*Item si institor, cum oleum vendidisset, anulum arrae nomine acceperit neque eum reddat, ominum institoria teneri: nam eius rei, in quam praepositus est, contractum est: nisi forte mandatum ei fuit praesenti pecunia vendere. quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit.*”

El jurista clásico concede la *actio institoria* contra el *dominus*, cuyo *institor* había recibido unas arras, si la restitución no tenía lugar espontáneamente. Si la propiedad del anillo, no hubiera pasado al *dominus* a través del *institor*, el comprador permanecería propietario, pudiendo ejercitar la *rei vindicatio*.

Vid. TALAMANCA, M: *L'arra della compravendita*, ob., cit., p.72, MUTHER, ob.cit. p.383, CALOGIROU, *Die Arrha in römischen Vermögensrecht der klassischen Zeit.*, ob., cit., pp. 41 y ss; SENN, “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”, ob.cit, pp. 604 y ss; MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”, ob., cit., p. 324.

¹⁹ TALAMANCA, M: *L'arra della compravendita*. Ob., cit., p.74, se fundamenta en D.19.1.11.6.

En contra de esta función de garantía del arra, vid. CALOGIROU, *Die Arrha in römischen Vermögensrecht der klassischen Zeit.*, ob.cit. pp.41 y ss; MASSEI, “L’arra nella compravendita”. Ob. cit, pp.333; BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano 1939, p. 427.

²⁰ TALAMANCA, M: *L'arra della compravendita*. Ob., cit., pp. 71 y ss. considera absurda la concepción de CALOGIROU: *Die Arrha in*

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

En el derecho clásico, el arra no es un elemento esencial del contrato de compraventa y así el jurista en el texto antes mencionado destaca – *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit*- y en D. 18.1.35 pr – *Quod saepe arrhae nomine pro emptione datur non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat*, por tanto su entrega en un contrato de compraventa dependía exclusivamente de la voluntad de las partes, quienes podían o no acompañar a la compraventa una *datio arrharum*.

Gayo III,139 califica la entrega del arra de *argumentum est emptionis et venditionis contractae*. Criterio que vuelve a reproducir el mismo jurista en sus comentarios al *Libro X ad edictum provinciale* en D.18.1.35.pr. – *sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio*. El arra tiene una finalidad probatoria de la celebración del contrato consensual de compraventa.²¹

römischen Vermögensrecht der klassischen Zeit. Leipzig, 1911, p.54 y ss y 64 y ss, de considerar las arras como un negocio independiente de la compraventa, puesto que el arra no se da *emptionis venditionis causa*, sino *probationis causa* y de ahí resulta su independencia de la compraventa.

²¹ CALOGIROU: *Die Arrha in römischen Vermögensrecht der klassischen Zeit*. Leipzig, 1911, p.56; SEEN, F.: “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”. *NRH* 37 (1913), pp. 606 y ss., estima que precisamente porque las arras constituyen una garantía son prueba de la conclusión del contrato. El razonamiento establecido por el jurisconsulto es el siguiente: desde que se conviene sobre el precio, la *emptio venditio* es perfecta, no es necesario en efecto, para que el contrato sea perfecto, que el precio se haya pagado ni que las arras hayan sido entregadas”. KNIEP, F.: *Gai Institutionum. Commentarius Tertius*. Jena, 1917, p.274. MASSEI, M.: « L’arra nella compravendita ». *BIDR*, (1941), p. 321. TALAMANCA, M.: *L’arra della compravendita.*, ob.cit., pp.73-74 considera que también a esta función probatoria, al menos en el plano económico y social, ha de añadirse una función de garantía del exacto cumplimiento de las obligaciones por parte del comprador.

Dicha función del arra es concordante con el carácter de contrato consensual obligatorio que atribuye a la compraventa en Gayo III,135.²² El contrato de compraventa es perfecto desde el mismo momento en que existe el acuerdo de voluntades entre cosa y precio, aún cuando el precio no haya sido pagado, ni tampoco se haya entregado arra,²³ de tal forma que desde que nace el *consensus*, ambas partes se ven obligadas a cumplir las obligaciones asumidas y que nacen del mismo, so pena de responder de los daños y perjuicios que se originen en caso de incumplimiento, sin que el pago del precio ni la entrega del arra sean elementos necesarios y esenciales para la perfección del contrato.²⁴

Los romanos clásicos se oponían a la ruptura de un contrato por la voluntad de una sola de las partes. Un *consensus* solo podía romperse por un mutuo disenso antes

²² *Gai. III,135:»Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis.»* VID. KNIEP, F.: *Gai Institutionum. Commentarius Tertius*. Jena, 1917, p.266, afirma que Gayo se quiere referir a una época anterior, en la que la compraventa romana se habría transformado de compraventa real en compraventa consensual a través de la praxis arral: “El arra no es un elemento que se acompaña a la compraventa consensual, mas debe concebirse como un elemento que precede a este contrato. La compra nace del acuerdo sobre el precio. Este es el nuevo punto de vista, el nuevo contrato consensual. Este nace aunque el precio no se hubiera pagado. Esto es recuerdo de una antigua concepción...Por tanto entre las líneas de Gayo leemos que la compraventa ha tenido tres períodos de desarrollo. En el medio se encuentra el arra. Esta es más antigua que el contrato consensual.”

²³ D.18,1.2. *Ulpianus libro I ad sabinum: “Sine pretio nulla venditio est, non autem pretii numeratio, sed conventio perficit, sine scriptis habitam emtionem.”*

²⁴ DE ZULUETA, F.: *The roman law of sale*, Oxford, 1945, p. 23.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

que el negocio se hubiera consumado y así lo recoge *Paulus* en sus comentarios al Edicto, libro XXXIII (D.18.5.3): “*emptio et venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensus resolvitur, antequam fuerit res secuta*”.

Tal concepción que nos trasmite Gayo, excluye la construcción griega del contrato de compraventa real y la función penitencial de las arras griegas.²⁵

²⁵ DE ZULUETA, F.: *The roman law of sale*, Ob., cit., p.23 considera inconcebible que el arra en el periodo clásico previera *un locus poenitentiae*. LISOWSKI, Z: “La prétendue contradiction entre C.4, 21, 17 et Inst. 3, 23 pr.” *RIDA*, 5, (1950), pp.73-77= *Melanges de Visccher* 4., p.74 destaca que la función penal de las arras es desconocida en los textos de los jurisconsultos y extraña al derecho romano clásico.

²⁶ CALOGIROU, *Die Arrha in römischen Vermögensrecht der klassischen Zeit*. Leipzig, 1911, p.56 afirma que la verdadera causa por la que se presta el arra es la de constituir una prueba de la celebración del negocio: el arra se presta solo y únicamente “*probandi causa*”. CUQ: *Manuel des institutionis juridiques des romains*, Paris, 1928, pp. 457, considera que las arras además de un modo de prueba, el signo que reconoce que la venta está concluida, es además para el vendedor una garantía de que el precio de la venta le será pagado. SEEN, F.: “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”. Ob., cit., p. 576. DE ZULUETA, F.: *The roman law of sale*, ob.cit. p. 23, estima que en el derecho romano clásico, el arra prueba el hecho del consentimiento, sin que sea elemento necesario para la formación del contrato. Por ello el arra no necesita ser de valor sustancial: una arra común consistía en la entrega de un anillo. Es significativo que no se encuentra mención alguna de la correspondiente pena en caso de incumplimiento del vendedor.

MASSEI, M.: “L’arra nella compravendita”. Ob., cit., p. 309. Concibe el arra probatoria como aquella que tiene por única función evidenciar el acuerdo entre las partes y eventualmente probar que ha tenido lugar el contrato; a ella se acude cuando no se usa la forma escrita u otra forma dotada de eficacia probatoria de la existencia del negocio. Tal función de nuestro instituto se encuentra no solo en el derecho clásico (*Gai. Inst.*, III, 139) sino también en el derecho intermedio y en el derecho moderno. THOMAS, A.C.: “Arra in sale in Justinian’s

A dichos principios ha de corresponder la función PROBATORIA²⁶ del arra; el arra da fe de la celebración de un contrato de compraventa entre las partes, si bien existen opiniones doctrinales que han sostenido además un reconocimiento en el arra de un derecho real de garantía,²⁷ así como el carácter de cláusula penal en caso de incumplimiento.²⁸

Al ser configurada como signo o prueba de la conclusión del contrato de compraventa celebrado por el

law” *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*(=*Revue d’Histoire de Droit*) T.24, (1956), p.254. El arra entregada en el momento de conclusión del contrato tiene esencialmente una sola función: sirve como una concreta manifestación de la existencia del contrato y atestigua el momento de su conclusión, pero no es vital para su validez”.

PETIT, E: *Tratado elemental de derecho romano*, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales muy amplias en la presente edición por José Fernández González. 12 ed. Reimpresión, México, 1995.p.389.

Esta función probatoria de las arras ha dado lugar a partir del siglo XVI a la terminología que ha pasado a nuestro derecho de arras confirmatorias. El término arras confirmatorias no aparece en las fuentes romanas. Vid. *Thesaurus linguae latinae*. PEROZZI, S.: *Istituzioni di diritto romano*, T.II, Roma, 1928, utiliza este término, y en la n.1 se remite a *Gai 3,139; D.18.1. 35. pr.*; MASSIMO MASSEI. “L’arra nella compravendita”, ob.cit., p. 310 considera que dicho término debe reservarse para indicar el papel que juegan las arras como medio de reforzamiento de convenciones jurídicas no vinculantes.

²⁷ Vid. SENN, «La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle.» *N.R.H*(1913)., pp.604 y ss.

²⁸ Vid. CORNIL, G: “Die “arrha” im justinianischen Recht.” *SZ*, 48, (1928), pp. 51 y ss., quien estima que el arra en la venta consensual antes de la reforma justiniana tendría doble naturaleza, esto es función de prueba y cláusula penal para todos los casos de incumplimiento con igualdad de penas para todos los contratantes, a ninguno de los cuales les corresponde el derecho a rescindir, quedando sujetos a la acción contractual.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

mutuo consentimiento, una vez extinguido el contrato, dejó de existir la razón que motivó su entrega, de tal forma que si las partes hubieran guardado silencio sobre este particular, la norma general que establecía el derecho clásico es que la parte que entregó el objeto en que consistía la *datio arrharum* tenía derecho a recuperarlo, esto es, el mismo tenía que ser devuelto por el vendedor. A esta devolución del arra se refiere Ulpiano al comentar el *Libro 32 ad edictum en D.19.1.11.6*:

D.19.1.11.6. ulpianus libro 32 ad edictum:

*“is, qui vina emit, arrhae nomine certam summam dedit; postea convenerat, ut emptio irrita fieret; iulianus ex emto agi posse ait, ut arrha restituatur, utilemque esse actionem ex emto etiam ad distrahendam, inquit, emptiorem. ego illud quaero, si annulus datus sit arrhae nomine, et secuta emptione²⁹ pretioque numerato, et tradita re, annulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit, et causa finita sit, an vero ex emto agendum sit?. et Iulianus diceret, ex emto agi posse; certe etiam condici poterim, quia iam sine causa apud venditorem est annulus”.*³⁰

²⁹ TALAMANCA, M: L´arra della compravendita. ob. cit., p.74 considera que la expresión *secuta emptione* en el periodo referido se encuentra fuera de lugar, que responde a la concepción griega del arra, como un contrato distinto de la compraventa y precedente a esta.

STOLL: “Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Rechte”, SZ,(1924), pp.52 y ss. Que la sustituye por *secuta emptione-tradita re, secuta re*.

que elimina *el secuta emptione* y lee *et precio numerato et tradita re*.

³⁰ Vid. *Index Interpolationum*. Sostienen su interpolación FABER. Error, 96. LONGO Stud. Scialoja 1, 635, n° 1; RABEL, Grundz,490. GUARNERI CITATI. Ann. Messina 1 (1927), 62 y n.4.(*utilemque-fin*)<– ?–> BESELER SZ, 43 (1923),p,543; SZ 45(1925), 190; <*utilimque-Emptione*> BESELER

La doctrina admite comunmente³¹ que la *datio arrharum* transfiere la propiedad de la cosa objeto de la *datio*, pero una vez extinguido el contrato, el objeto entregado en concepto de arra, debe ser devuelto al *tradens*.

El jurista analiza las posibles acciones que pueden corresponder al *tradens* para interesar la devolución del objeto entregado en arra y para ello hace referencia a dos supuestos:

- a. Resolución del contrato de compraventa por voluntad concorde de las partes.

En el primer párrafo trata de una compraventa concreta en la que una persona compró vinos – *is, qui vina emit* – y dió cierta suma a título de arra – *arrhae nomine certam summan dedit* –.³² Después, se había convenido-

4,79; Stoll SZ 44 (1924), p.54; GUARNERI CITATI lc (*pp si anulus-fin*) PARTSCH GGA 1911, p.723 y ss. elimina *el secuta emptione* y lee *et precio numerato et tradita re*. LEVY SZ 42 (1921) 503 n° 6. (*Emptione-tradita*); (*utrum-agendum sit*); (*certe-fin*) STOLL lc,17,54.

³¹ CALOGIROU, *Die Arrha in römischen Vermögensrecht der klassischen Zeit* ob.cit, p. 48; GLÜCK, *Pandette*, Vol. 18, p. 241; MASSEI, M. “L’arra nella compravendita”, ob.cit. p. 324.

³² TALAMANCA, M: *L’arra della compravendita*, ob.,cit, p. 73 afirma que cuando el arra consistía en una suma de dinero, para el derecho romano no se consideraba como un anticipo sobre el precio tal como lo deduce de D.19.1.11.6 y CJ 4,45,2, Epitome de Gayo 2,9,14, si bien ello no quita para que el dinero dado a título de arras funcionase prácticamente de anticipo sobre el precio. En el momento de ejecutarse la propia prestación el comprador deducía de la misma cuanto había prestado como arra, compensando su crédito de restitución con su débito contractual. El arra venía siempre restituida al comprador, o materialmente, cuando se tratara de una cosa no fungible, o por compensación, cuando fuese una suma de dinero. Ello

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

postea convenerat – que se anulase la compra – *ut emptio irrita* –. Se preguntaba si el comprador podía exigir la restitución del arra y que acción disponía.

Juliano dice que puede ejercitar la acción de compra para exigir la restitución del arra – *ex empto agi posse ait, ut arrha restitatur*. –

En consecuencia para solicitar el comprador la devolución del arra entregada en el momento de la celebración del contrato por medio de la *actio empti*, era preciso que exista una compraventa perfecta con entrega de una suma a título de arra y un posterior convenio en que ambas partes acuerdan anular esa compraventa perfecta.

BERGOLD³³ afirma que el arra del que se ocupaba Juliano era un anticipo sobre el precio. Ulpiano posteriormente habría realizado un ejercicio escolástico sobre un instituto desconocido en la praxis romana.

TALAMANCA³⁴ muestra su disconformidad con la tesis de Bergold, indicando que si Juliano hubiera considerado el arra como un anticipo del precio, no habría podido admitir la resolución de la venta, no estando integra *la res*. La posibilidad de resolución deriva del hecho que Juliano no considera el arra como un anticipo del precio.

deriva de la función probatoria del instituto; ejecutada o resuelta la compraventa, ha venido a menos lo que el arra debería probar, por ello el vendedor no podía retenerla mas tiempo, porque su legitimación para ello había acabado. Su deber de restitución resulta a sensu contrario de D.18.3.6.pr. y 8 y de CJ 4.54.1.

³³ BERGOLD: *Geschichte und Wesen des Arrhabons und der Arrha im griechischen und römischen Rechte bis zum Procheiros Nomos*, Gernsbach, 1925, pp.40 y ss. SEEN, F.: “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”. Ob., cit., pp. 617, también afirma que si el arra consiste en monedas es un anticipo sobre el precio.

³⁴ TALAMANCA, M: *L’arra della compravendita*, ob., cit, p.69.

El modo en que Bergold interpreta el tratamiento de Ulpiano, va en contra de la practicidad de la jurisprudencia romana, característica fundamental de la misma.

b. Hipótesis de ejecución y cumplimiento de un contrato de compraventa perfecto.

El segundo supuesto que recoge en dicho texto trata de una compraventa en la que se había entregado *un anillo a título de arra*, esto es un objeto distinto a una suma de dinero, a que se refería en el párrafo anterior.

En dicha compraventa ambas partes cumplen con las obligaciones asumidas de entregar el precio pactado y la cosa, si bien el vendedor no devuelve el anillo entregado a título de arra al comprador.

Ulpiano preguntaba sobre la acción que podría ejercitar el comprador para exigir al vendedor la restitución del arra. Juliano diría que puede ejercitarse la acción de compra – *ex emto agi posse* –; pero ciertamente – continúa el texto – podrá intentarse también la condicción, porque ya el anillo está sin causa en poder del vendedor – *certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est annulus* –. Esta última referencia a la *condictio*, se considera interpolada.³⁵

³⁵ PARTSCH, ob. cit, 723 sostiene el origen bizantino de la *condictio*, pues a su juicio, únicamente los bizantinos podían admitir el concurso de la acción contractual, causal, con la *condictio sine causa*. Este autor encuentra una correlación lógica entre este texto y CJ 4.21.17.2, que fundamenta sus sospechas sobre la intervención de los bizantinos en la redacción del texto. En el mismo sentido opinan MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”, ob. cit., pp.324 y ss, SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Köln, 1952,

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

En este caso la compraventa es perfecta y por ambas partes se han cumplido las obligaciones asumidas, entregando la cosa y pagando todo el precio, sin que se acuerde la anulación de la misma, a diferencia del primer supuesto.

pp. 214 y ss ha intentado reconstruir el texto en la siguiente forma: *“Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. iulianus ex empto agi posse ait, ut arra restituatur, `utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem- golssa]; quod si anulus datus sit arrae nomine, ut reddatur condici poterit, quia jam sine causa apud venditorem est anulus.”* En contra de la reconstrucción, vid. TALAMANCA, M.: *L'arra della compravendita.*, Ob., cit. p. 76. nº 87. CALOGIROU, *Die Arrha in römischen Vermögensrecht der klassischen Zeit*, ob., cit., pp. 67 y ss considera que la *actio empti* se concede en el primer caso porque observa que por parte del comprador en el momento del acuerdo definitivo se ha entregado una cierta suma, que en realidad se trata, de un anticipo sobre el precio; sin embargo para un arra propia y verdadera, en derecho clásico se habría concedido la *condictio*. Esta hipótesis se fundamenta en la interpretación que realiza del caso resuelto por Juliano y sobre la convicción de que el arra no es una convención accesorio de la compraventa. Admite que durante la república, dado el carácter no consensual de la venta, existía el uso de fuertes anticipos, uso ahora en vigor en la época de Juliano, mas no en la de Gayo y en la de Ulpiano. Por tanto Juliano sostiene que esta suma, que el denomina arra, debe repetirse con la *actio empti* dado que se trata en realidad de un anticipo-precio, esto es de un cumplimiento parcial. Ulpiano habría mal interpretado a Juliano y no habría tenido presente que la cierta suma a la cual alude el jurisconsulto es un anticipo-precio prestado *solvendi causa*, mientras el anillo del que habla él es simplemente un arra entregado *comprobandi causa*. Según este autor, la verdadera acción con la que debe repetirse el arra es la *condictio* que Ulpiano en su pasaje declara válida en todo caso: esta *condictio* puede ser o la *condictio tritricaria*, si el arra consistía en una *certa res*, o si el arra se había entregado en dinero la *condictio certa credita pecunia*, siempre que la suma no haya sido entregada por el contratante que estaba obligado a entregar la suma de dinero, dado que en este caso la entrega del arra constituía un inicio del cumplimiento, y en este caso debe repetirse con la acción contractual.

Al haberse cumplido las obligaciones dimanantes de dicha compraventa y desempeñar el arra una función probatoria o confirmatoria, el comprador tiene derecho a exigir del vendedor la devolución del objeto entregado en tal concepto por medio de la *actio empti*.

TALAMANCA³⁶ examinado el fragmento considera que la *actio empti* operaba en este supuesto por el carácter accesorio del arra respecto a la compraventa. Mas se preguntaba cual era la *causa petendi* de esta *actio empti*. Tanto en el caso de ejecución de la compraventa como en el de la resolución de la misma, el arra vendría reclamada, porque el vendedor, venido a menos el negocio que la misma debía probar y extinguidas las obligaciones que la misma debía garantizar, no estaba legitimado a retenerla. El arra era una *datio ob rem*; se debía restituir, porque la *res* se había extinguido. Nos encontramos ante uno de los casos en que los clásicos utilizaban la *condictio*. Juliano había concedido la *actio empti*, a causa del carácter accesorio del arra, mas la *causa petendi*, era la de una *condictio sine causa*: Ulpiano se acordó de esta identidad y lógicamente admitió también la *condictio*. Este romanista concluye que en Derecho romano, para la restitución de un arra, consistente en un objeto, se admitía la concurrencia electiva entre la acción contractual, concedida por la accesoriedad del instituto arral, y la *condictio*, concedida conforme a la naturaleza de la pretensión.

Este efecto general de recuperación del objeto por parte del *tradens* que nos trasmite Ulpiano, podía ser modificado

³⁶ TALAMANCA, M.: *L'arra della compravendita*, ob. cit., pp. 76-77.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

por voluntad de las partes, mediante una *Lex commissoria* y una *lex venditionis* que añadían a la compraventa. Resuelta la venta por el juego de la *lex commissoria*, porque el vendedor no se podía lucrar con ella, se hacía necesario añadir una *lex venditionis*,³⁷ a ello se refiere *Scaevola* en sus comentarios al *Libro II responsorum* y al libro VII *Digestorum*, recogidos en D.18,3,6 y 8.

D.18.3.6,pr. *Scaevola Libro II responsorum*:

*"De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum".*³⁸

³⁷ Vid. *CJ. 4.49.3; CJ. 4.54.1*; TALAMANCA, M: *L 'arra della compravendita*, ob.cit., pp. 64 y ss, estima que la *Lex Commissoria* no fue la causa de la adjudicación del arra al vendedor, en el caso de incumplimiento del comprador. El arra tenía en efecto función de prueba de que tuvo lugar el contrato y de garantía de la obligación del comprador. Resuelta la venta por el juego de la *Lex commissoria* el arra debería ser restituida, al haber finalizado la causa por la que fue dada, porque el vendedor se podía lucrar con ella, se hacía necesario añadir una *lex venditionis*. Se apoya en C.4.54.1, en el que sostiene que nada en el texto prueba que la pérdida del arra sea reportada a la *lex commissoria*; D.18.3.8. tiene como obstáculo que está situado dentro del título 18.3 del digesto titulado *De lege commissoria*, lo que según Wieacker atestigua la tendencia de los compiladores de atribuir la pérdida del arra a la *lex commissoria*. Por el contrario el autor considera significativo que el jurista denomine a este pacto *lex venditionis* y no *lex commissoria*.

³⁸ TALAMANCA, M.: *L 'arra della compravendita*, ob. cit, pp. 62 y ss considera que el comienzo del fragmento pudo deberse a la recomposición realizada por los compiladores justinianeos, que como ha demostrado Wieacker, tendían a subsumir entre los efectos de la *lex commissoria* la pérdida del arra e los de un eventual anticipo sobre el precio.

En este fragmento, interrogado sobre *De lege commissoria*, *Scaevola* respondió que si el comprador no obedeció el pacto, *si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur*, y el vendedor desea utilizar el pacto – *et ea lege uti venditor velit* –, se habrán de tener como no comprados los fundos – *fundos inemptos fore* –, y habrá de quedar en poder del vendedor lo que se hubiera dado por arras o por otro título –, *et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum*.

MASSEI³⁹ analizando el precepto de *scaevola* afirma que cuanto viene expuesto por el jurista en la primera parte del fragmento es una consecuencia de una convención especial. En efecto, sin la intervención de la *lex commissoria*, lo que “*arrae vel alio nomine datum esset*” debería haberse restituido al comprador.

TALAMANCA⁴⁰ considera que eliminado el posible elemento de confusión que genera la primera parte del pasaje *De lege commissoria interrogatus*, el fragmento reproduce un contrato arral griego, con la pérdida del arra a cargo del comprador incumplidor.

En dicho texto más que una función del arra distinta de la función confirmatoria, *Scaevola* se refiere a los efectos en que consiste el pacto de la *Lex Commissoria*,⁴¹ en caso de

³⁹ MASSEI, M.: “*L’arra nella compravendita*, ob.cit., p.323

⁴⁰ TALAMANCA, M.: *L’arra della compravendita*, ob. cit, pp.64.

⁴¹ TALAMANCA, M.: *L’arra della compravendita*, ob. cit, pp.61 y ss. Estima que en el derecho clásico, la *lex commissoria*, después de ser concebida como una condición suspensiva del contrato de compraventa (que se perfeccionada con la ejecución por parte del comprador), viene configurada como un pacto de resolución de la venta, sujeto a la condición suspensiva del cumplimiento por parte del comprador. Venía estipulado en el interés exclusivo del vendedor, que podía escoger entre

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

que el vendedor opte por ejercitar el mismo y como en virtud de una convención especial entre las partes, el arra quedará en poder del vendedor.⁴²

Esquema que se reproduce en D.18.3.8. *Scaevola libro VII digestorum*:⁴³

la ejecución del contrato y la aplicación de la *lex commissoria*. Donde se hubiera ejecutado la *traditio*, el vendedor, haciendo uso de la *lex commissoria*, no tendría la *rei vindicatio*, para recuperar la cosa transferida, sino la acción personal, no pudiéndose negar el traspaso de la propiedad”. Respecto a la *Lex commissoria* como *lex venditionis*, vid. MICHEL, JH: « L’influence de la *lex venditionis* sur les regles su contrat de vente », RIDA, 13 (1966), pp. 336 y ss.

⁴² D.18.3.3. *Ulpianus, Libro XXX ad Edictum*: “*nam legem, commissoriam, quae in venditionibus adiicitur, si volet, venditor exercebit, non etiam invitus.*”

Vid. TALAMANCA, *L’arra della compravendita*, ob. cit, pp.61 y ss. Quien admitiendo que la pérdida del arra, que algunos pasajes conminan al comprador incumplidor se deba para el derecho clásico, llevar a los efectos de la *lex commisoraria*, sin que legitime para sostener que entre estos efectos se encuentre también la restitución al duplo del arra por parte del vendedor incumplidor que es precisa para asimilar los efectos del complejo compraventa-arra- *lex commissoria* a los de las aras penitenciales.

⁴³ El texto se encuentra interpolado. Vid. LEVY, E-RABEL, E: *Index Interpolationum* III, CALOGIROU, *Die Arrha in römischen Vermögensrecht der klassischen Zeit*, ob. cit. sostiene que este fragmento y el recogido en CJ 4,54,1 (a.216) deben referirse a contratos celebrados en una provincia griega. WIEACKER. *Lex Commisoria*. Ob.cit. declara que este fragmento y el contenido en CJ. 4,54,1 se refieren a ventas de fundos provinciales, ventas helenísticas con intervención de arras. BONFANTE, P: *Istituzioni di Diritto Romano* 8. pp.,471, n.1 cree que el texto habría sido retocado por los compiladores para introducir el principio de la retroactividad real de la *lex commissoria*. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, p. 92.n.1, considera que *scaevola* ha examinado un supuesto de hecho que se había producido en las provincias helénicas. MASSEI, “L’arra nella compravendita”, ob.cit.p.366.

"Mulier fundos gaio seio vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: quibus si non paruisset emptor, pactus est, ut arram perderet et inemptae villae essent. die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit),⁴⁴ defuisse autem venditricem, posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret. quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventionem venditoris. respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emptorem".

en la nota 55 indica que Seyo no es nombre romano y Diotima es nombre de origen griego, lo que le hace suponer que la proponente fuera una subdita griega o de una provincia helénica. Este autor igualmente opina que "al giureconsulto ed al Imperatore è stata fatta una domanda:urta questa domanda contro i principi del diritto romano clásico? No, ed allora essi la risolvono in base a questi, quello che per i contraenti era norma della convenzione arrale per essi non è altro che una clausula aggiunta una volta tanto ad una convenzione riconosciuta." En efecto continúa el autor, el jurisconsulto dice simplemente "*pactus est*" y el emperador "*si ea lege*". Para Cayo Seyo y para Claudia Diotima se trata de una consecuencia derivada del mismo negocio arral, para el jurisconsulto y para el emperador se trata por el contrario de cláusulas que las partes han querido asignar a una dación arral y, considerando esta cláusula no contraria al derecho romano consideran que vinculan a las partes. Si se comparan estas normas con las normas del derecho de los papiros y con las normas del libro Siro romano no se encuentran diferencias: los dos textos presentan principios idénticos.

⁴⁴ MASSEI, "L'arra nella compravendita" *BIDR*, 48, (1941), pp.366. n.57 considera interpolado, por razones estilísticas, *et sacculum-obsignavit*, es un añadido debido a la intención explicativa de los compiladores. TALAMANCA,,M: *L 'arra della compravendita*. ob. cit., p.63. n°44 estima que a parte de las dudas del criterio estilístico, le parece que el inciso se puede explicar fácilmente con el origen oriental del proponente.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

En D. 18.3.8, *Scaevola* alude a una venta que hizo una mujer a Cayo Seyo de unos fundos, y recibida por el vendedor cierta cantidad de dinero a título de arras (arras concebidas como *pars pretii*), se establecieron plazos para el pago del precio restante, añadiendo a dicha compraventa un pacto de *Lex Commisoria*, en virtud del cual ambas partes estaban de acuerdo en que si el comprador hubiere incumplido su obligación y no abonare el precio en los plazos fijados, el vendedor podía acudir a dicho pacto y rescindir la compraventa, quedando como no comprados los fundos y perdiendo el comprador las arras. *Scaevola* no se preocupa del caso de restitución del duplo de lo recibido en concepto de arras por parte del vendedor.

TALAMANCA⁴⁵ analizando este texto estima que la interpretación de este fragmento según el derecho romano va a encontrar notables dificultades. Las arras, se conciben en efecto como anticipo sobre el precio, y nosotros sabemos que esta concepción no era válida para el derecho romano, en los tiempos de *Scaevola*. Dificultad mas grave, es que del ejercicio de *la lex commissoria* parece nacer a favor del vendedor, una *rei vindicatio* para la recuperación de la cosa. El supuesto de hecho presentado por *Scaevola* se interpreta, por el contrario, fácilmente según el derecho griego. Se había concluido un contrato arral, sobre la base del cual la compradora había transferido la posesión de la cosa. No habiéndose estipulado el contrato de compraventa, no por culpa del comprador, la falta de estipulación puede ser interpretada como incumplimiento del contrato arral, y la compradora, permanecerá como propietaria del

⁴⁵ TALAMANCA, M: *L'arra della compravendita*, ob. cit. pp. 62 y ss.

fundo, pudiendo ejercitar contra él una *reivindicatio*. Según esta interpretación es natural la cláusula de la pérdida del arra por parte del comprador incumplidor y la concepción del mismo arra como un anticipo del precio.

SENN⁴⁶ afirma que la convención, por la que el comprador no se obliga a reclamar las arras es analizada jurídicamente como un pacto añadido a un contrato de compraventa, para ello se apoya en D.18.3.8 y en una constitución de caracalla del año 216 que se recoge en CJ 4.54.1, así como en CJ. 4,21,17.2 “*licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem aris non procedente contractu fieri oporteat*” e IJ 3.23.pr. “*licet nihil super arris expressum est*. Para este autor, la convención relativa a la pérdida del arra por el comprador en caso de impago del precio, constituye para el comprador un pacto de *non petendo* sujeto a condición, si el precio no es pagado en el día fijado. En el supuesto relativo a la restitución de las arras al duplo por el vendedor, constituye contra este último un pacto de *petendo*, si no entregase la cosa en el día determinado. Estas convenciones se combinan junto con el pacto de resolución de la venta, en caso de impago del precio o de no entrega de la cosa”.

Comparto la opinión de TALAMANCA⁴⁷ que sostiene que de estos pasajes no puede inferirse que los romanos clásicos en el contrato de compraventa conocieran el arra penitencial como ha venido elaborado la doctrina en el derecho común pues ello iría en contra de la naturaleza misma de la *lex commissoria*, creada para defender al

⁴⁶ SENN. F: “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”. Ob.cit., pp.610 y ss.

⁴⁷ TALAMANCA, M: *L’arra della compravendita*, ob. cit. pp.60 y ss.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

vendedor contra el incumplimiento del comprador. Tampoco es exacto que los juristas clásicos atribuyeran a la *lex commissoria* la pérdida del arra como daño para el comprador incumplidor, sino que la remitían a una *lex venditionis* diferente de la *lex commissoria*. En opinión de este romanista, *Scaevola* en estos dos textos busca resolver el contrato arral en los esquemas romanos, reconstruyéndolo como una compraventa obligatoria, acompañada de la dación de un arra y de la estipulación de la *lex commissoria*, a la que se añade otra *lex venditionis* que autoriza al vendedor a retener el arra, si quería utilizar la *lex commissoria*. Esta reconstrucción se observa también en CJ 4.49, 3 y 4 y CJ 54.1

Comparando este texto con el que nos transmite el mismo jurista en D 18,3,6 se puede observar que reproducen en los mismos términos el efecto que produce el pacto de la *Lex Comissoria*, cuando ha sido añadido a una contrato de compraventa y evidencia como la *datio arrharum* no es un elemento esencial para la perfección del contrato, sino que su nacimiento depende de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

Ulpiano en los comentarios al Edicto, libro XXXII, D.18.3.4,2⁴⁸ precisa que discretamente escribe Papiniano en el Libro tercero de las Respuestas, que inmediatamente que se incurrió en el pacto de la ley comisoria, debe determinar el vendedor – *statuere venditorem debere*- si quiere utilizar el pacto de la Ley comisoria,– *utrum*

⁴⁸ *Ulpianus, Libro XXXII ad Edictum: “Elegantes Papinianus libro tertio Responsorum scribit, statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissariam velit exercere, an potius pretium petere, nec posse, si commissariam elegerit, postea variare.”*

commissoriam velit exercere- o mas bien pedir el precio,— *an potius pretium petere* — y que si eligió el pacto de la ley comisorio, después no puede variar — *nec posse, si commissoriam elegit, postea variare*.

Los juristas romanos, en los textos reunidos en el digesto en el título *De Lex Commissoria*,⁴⁹ afirman que en caso de incumplimiento por el comprador del pago del precio en el día pactado, se concede al vendedor la posibilidad de resolver la venta por incumplimiento del comprador quedándose con el arra recibida, esto es, el vendedor tiene que elegir entre:

- a. Exigir el cumplimiento del contrato, esto es, reclamar al comprador el pago del precio.
- b. O ejercitar el pacto de la *Lex Commisoria*.

En esta época, la voluntad de las partes era la que determinaba el nacimiento del contrato de compraventa, la que disponía si al mismo se acompañaba la *datio arrharum*, rigiendo el principio de la irrevocabilidad de

⁴⁹ Vid. *D. 18,3,1. Ulpianus, libro XXVIII ad Sabinum*: “*Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione contrahi videatur*». Los romanos desconocían la figura de la condición resolutoria. El pacto de la *lex commissoria* era un pacto añadido al contrato de compraventa por el que ambas partes acordaban que el comprador devolvería la cosa vendida al vendedor si éste no pagaba el precio pactado en el tiempo establecido. vid. D’ORS; A: *Derecho Privado romano*, Pamplona, 1977, p.533, n° 4, indica que la jurisprudencia clásica partió de esta cláusula como condición suspensiva, pero fue a partir del s.II cuando acabó interpretándola como pacto de resolución suspensivamente condicional. vid. también LONGO, *Corso di diritto romano, Parte generale*, Milano, p.73 y “*Sulla in diem addictio e sulla lex commissoria*”, *BIDR*, 31(1921), pp. 40 y ss.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

los contratos. En este sistema el arra tiene la función de signo o prueba de la celebración del contrato consensual de compraventa, sin que en sus esquemas pudiera encajar la posibilidad de ser concebida como un medio que facilitara la posibilidad para las partes de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones y que uno de los contratantes no podía, ni aún perdiendo el arra, volverse atrás unilateralmente de la venta convenida. La voluntad de las partes era soberana en materia de contratos consensuales, lo que permitía a las mismas añadir a la compraventa un pacto de *Lex commissoria*, a la que podía añadirse otra *lex venditionis* que autorizaría al vendedor retener el arra. Ahora bien, si nada decían las partes, limitándose a la entrega del arra, la función de la misma no era otra que la probatoria que tenía como efecto la restitución del objeto entregado en concepto de arra, sin que pudiera presumirse el efecto de la pérdida del mismo, el cual operaba únicamente mediante voluntad expresa de las partes reflejada en una convención especial.

Los principios antes mencionados se mantiene en las provincias occidentales hasta la época postclásica y así se refleja en *Gai Ep. 2.9.24*,⁵⁰ *Lex Romana Burgundionum 35,6*.⁵¹

⁵⁰ *Gai Epit. 2,9,24*: «*Emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuerit numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit.*» en este precepto ya aparece la diferencia entre *pars pretii* y arra.

⁵¹ Vid. *Lex Rom. Burgundionum 35,6*: “*Arra pro quibuscumque rebus a vindetore accepta ab eo qui emit, vinditionem perfectam esse; precium tamen postmodum emptor vinditori impleturus, si aut inter ipsos convenerit aut virorum bonorum estimatione consteterit, secundum speciem Pauli.*” Tomado de RICCOBONO, BAVIERA, FERRINI, FURLANI, ARANGIO RUIZ: *Fontes Iuris Romani antejustiniani. Pars altera*, Florentiae, 1940, pp. 71 y ss.

2. A pesar que en el año 212 d.C por medio de la *Constitutio Antoniniana* se extiende la aplicación de las normas romanas a todos los súbditos del imperio, la concepción romana no logra prevalecer sobre la griega. Respecto a las arras la persistente vitalidad del instituto griego se refleja en las fuentes papirológicas,⁵² siendo bien diferentes de las normas del derecho clásico que consideran las arras *argumentum emptionis et venditionis contractae*. En opinión de MASSEI⁵³ son similares a las normas del derecho justiniano, lo que conduce a concluir que éstas últimas han sido traídas de la praxis provincial.

Dos pasajes del Libro siro-romano⁵⁴ se refieren a las arras, la L.51⁵⁵ y la L.38.⁵⁶ En la primera se observa el régimen

⁵² Sobre las arras en el derecho de los papiros, vid. CALOGIROU, ob. cit., SENN, ob. cit. COLLINET, POPESCO, E: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris, 1925; MASSEI, M: "L'arra nella compravendita", ob.cit. pp.334 y ss. TALAMANCA: *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, ob.cit. pp. 21-37.

⁵³ MASSEI, M: "L'arra nella compravendita"., Ob., cit., p.335 y ss.

⁵⁴ Los pasajes del libro siro-romano deben encuadrarse en la problemática relativa al derecho vigente en las provincias. NALLINO. "Sul Libro siro-romano e su presunto diritto siriano." *Studi Bonfante, I. Milan, 1929-1930*. p.203 y ss. afirma que el Libro Siro- romano es la traducción de un manual griego de derecho romano, que contenía casi exclusivamente *ius civile* y *ius novum*.

⁵⁵ RICCOBONO, BAVIERA, FERRINI, FURLANI, ARANGIO RUIZ: *Fontes Iuris Romani antejustiniani. Pars altera*, Florentiae, 1940, p.773. Vid. NALLINO. «Sul Libro siro-romano e su presunto diritto siriano.» *Studi Bonfante, I. Milan, 1929-1930*. pp.203 y ss. CARUSI, E: "L'arra della vendita in diritto giustiniano". *Studi Bonfante, IV*, Milano, 1930, pp. 538 y ss. MASSEI, M: "L'arra nella compravendita"., Ob., cit, pp. 358 y ss. TALAMANCA: *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, ob.cit. pp.39 y ss.

⁵⁶ RICCOBONO, BAVIERA, FERRINI, FURLANI, ARANGIO RUIZ: *Fontes Iuris Romani antejustiniani. Pars altera*, Florentiae, 1940, p. 770. Sobre el fragmento del libro 38 del libro de diritto siro-romano, vid. CARUSI, E: "Sul frammento L.38 del libro di diritto Siro-Romano". *BIDR*, 28, (1916), pp. 261 y ss.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

griego del contrato arral: “*Si emerit uir rem et dederit ἀρραβῶνα summam argenti et recesserit uenditor, praecepit वोμοζ ut duplam det ἀρραβῶνα quam accepit, secundum summam argenti. Si uero emptor recesserit, perdit ἀρραβῶνα*”. En el segundo se contraponen la concepción romana de la venta consensual obligatoria con la griega del contrato real, con los correspondientes sistema y funciones de las arras.

MASSEI⁵⁷ analizando las fuentes de esta época, establece las siguientes conclusiones:

1. Las fuentes greco-egipcias, permiten concluir que el arra, tal como aparece en los papiros es el mismo instituto conocido por los derechos griegos, aunque para comprender la función de nuestro instituto debamos considerar que la dación del arra es una verdadera y propia convención por sí misma distinta de la venta(o del arrendamiento).
2. Para el derecho greco-egipcio, la compraventa es real y la dación del arra es el medio al que las partes recurren para fortalecer el vínculo del contrato preliminar, contrato que por si mismo carece de tutela jurídica.
3. El arra en la praxis greco egipcia desarrolla la función de reforzamiento del vinculo y función de anticipo-precio. El arra dificulta la ruptura del contrato. Las fuentes papirológicas no permiten sostener que la parte que tiene interés en el cumplimiento del contrato pueda pretender la ejecución del mismo llamando a juicio a la parte incumplidora. Por esto las partes se tutelaban

⁵⁷ MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”. Ob., cit., pp.334 y ss.

exigiendo como arras relevantes partes del precio, convirtiendo en demasiado gravosa y difícil la rescisión. El arra reviste en el derecho de los papiros función penal y de anticipo del precio.

4. La constitución de Caracalla no aporta ninguna modificación al derecho vigente en las provincias.
5. El arra ha tenido en las provincias orientales una regulación uniforme. Se nota una perfecta correspondencia entre las normas del derecho de los papiros, normas que se refieren a la praxis arral greco-egipcia y las normas expuestas en los párrafos del libro Siro-Romano que no regulan derecho griego, sino el de una provincia helénica.
6. La norma del Libro Siro-romano en materia de arras permiten afirmar que en esta materia la *Constitutio Antoniniana* no ha producido recepción alguna del derecho romano en la parte de las provincias orientales.”

CARUSI⁵⁸ analizando la L. 38 afirma que el *Ius poenitendi* no era una excepción en el contrato de compraventa ni en otras convenciones. Era una norma ordinaria, salvo que se hubiera excluido expresamente, con independencia de las arras. El arra, para este autor cumple

⁵⁸ CARUSI, E: “Sul frammento L.38 del libro di diritto Siro-Romano”. *BIDR*, 28, (1916), pp.302 y ss. CARUSI, E: “L’arra della vendita in diritto giustiniano”. *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, pp.538 y ss.” La conclusión de todo ello, para el derecho del libro Siro- Romano, para el derecho romano provincial del último período clásico y postclásico, es la admisión del *ius poenitendi*, y la función del arra cual pena del ejercicio del derecho.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

una función restrictiva del *Ius poenitendi*, constituyendo una pena al ejercicio del mismo. Con la entrega y aceptación del arra, los contratantes intentan aplicar al derecho de rescisión el vínculo nacido de la pena. No pudiéndose negar el principio de rescisión, indirectamente lo penalizan, aplicando una pena a su ejercicio. Nada por tanto, de función penitencial, sino que se trata de función penal de la penitencia. La L. 38 denegaba la rescisión en la persona del vendedor en cuanto se le concede la facultad de vender a otro, por el simple impago del precio. Esto significa que está vinculado al contrato y no tiene derecho a rescindirlo. Por el contrario se reconoce un *Ius poenitendi* al comprador. Cuando el comprador ha hecho valer la rescisión, la consecuencia lógica es que el vendedor queda liberado de su vínculo. Porque el arra tiene una función penal de la rescisión, el comprador que ha ejercitado el *Ius poenitendi* pierde el arra y este derecho de retención en el vendedor, encuentra en el documento explicativo de los hechos ocurridos, a modo oriental, su fundamento.” A esta misma conclusión de la admisión del *ius poenitendi* y de la función del arra como pena del ejercicio del derecho al analizar la L.51 del libro siro romano.⁵⁹

SEEN⁶⁰ ve en el libro siro romano la función de las arras por la cual si una de las partes desiste, la otra parte tiene como indemnización el valor de las arras, que conservará, si las tiene en su poder, y que recibirá restituidas al duplo, si es la parte que las ha entregado.

⁵⁹ CARUSI, E: “L’arra della vendita in diritto giustiniano”. *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, pp. 543-544.

⁶⁰ SEEN, F.: “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”. *NRH* 37(1913), p.576.

II.II Justinianeas

En el derecho justiniano, y en lo que afecta a la materia que estamos analizando, se observan los siguientes textos jurídicos:

CJ 4,21,17. *Imp. Iustinianus A. Menae P.P.:*

"Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere. Quae tam in postea conficiendis instrumentis quam in his, quae iam scripta nondum autem absoluta sunt, locum habere preacipimus, nisi iam super his transactum sit vel iudicatum, quae retractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instrumentis iam vel in scheda vel in mundo conscriptis, ad quae praesentem sanctionem non extendimus, sed prisca iura in his tenere concedimus. Illus etiam adicientes, ut et in posterum, si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

*isdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda."*D.k. Iun. Constantinopoli dn iustiniano A II Cons 528.

IJ 3,23, pr.:

"emptio et venditio contrahitur,"simulatque" de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae. sed haec quidem de emptionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt, optinere oportet; nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est, in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. ita tamen impune recedere eis concedimus, nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est. "

Nos encontramos en una etapa, en la que se introduce por Justiniano una innovación tanto en materia de compraventa como en la norma que hace referencia a las

arras en el contrato de compraventa. Junto a las arras con función probatoria que regían en el derecho clásico y postclásico, establece una norma arral en virtud de la cual el comprador perderá el arra entregada y el vendedor deberá devolver *duplum*.

Estos dos textos jurídicos han sido ampliamente discutidos en la doctrina, debido al tratamiento que realiza el emperador de la materia en conexión con la elaboración de la nueva regulación jurídica del contrato de compraventa. Los problemas⁶¹ que surgen son numerosos, entre otros, pueden enunciarse: 1) la frase, *si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis* del CJ 4.21.17 hace referencia a arras o a la venta? 2) Como puede conciliarse la expresión de IJ 3.23.pr. *nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est*, con los términos en que se expresa la norma arral del mismo texto *hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est*, 3) ha de leerse *arraum datio* por *venditio* y *celebrata est* *celebranda* o *celebratur*? 4) Justiniano extenderá los efectos de la norma arral previstos para los contratos imperfectos a los contratos perfectos, *in scriptis* o *sine scriptis*?, 5) Es la penalidad del arra la alternativa a la acción del contrato o su remedio?

Respecto a la discusión existente sobre el ámbito de aplicación de la norma arral, las teorías doctrinales elaboradas al respecto pueden sistematizarse en los siguientes grupos:

⁶¹ THOMAS, A.C.: "Arra in sale in Justinian's law" *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*(=*Revue d'Histoire de Droit*) T.24, (1956), pp.263 y ss.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

1. Los partidarios de aplicar la norma arral establecida por Justiniano a las ventas imperfectas. Esta hipótesis ha sido denominada por POPESCO⁶² conservadora.

Los autores que defiende esta postura⁶³ vienen a decir que en el derecho justiniano las arras que intervienen en el contrato de compraventa perfecto tienen naturaleza probatoria de la conclusión del contrato.

La llamada función penitencial de las arras únicamente puede tener cabida en el “precontrato” o contrato imperfecto por falta de cumplimiento de una condición o requisitos establecido por las partes como esencial, que consiste en realizar por escrito la promesa verbal de venta.

⁶² POPESCO, E: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris, 1925, pp. 21 y ss.

⁶³ Esta doctrina tradicional ha sido defendida por VINNIUS: *Institutionum Imperialum commentarium*. Lugduni, 1767, pp.741-746. *Institutionum sive elementorum libri quatuor*, 1669. *Jurisprudentiae contractae libri quatuor*, 1694. LAUTERBACH: *Disputatio de arrha*, Tubingae 1728, pp.286 y ss, SAVIGNY: *Das obligationrecht*, 2, 1853, p. 267; BECHMANN: *Der Kauf nach gemeinem recht*, 2, 1884. POTHIER, J: *Traite du contrat de vente*. T.III, Paris, 1821, pp.22 y ss. BOUTARIC: *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, 1754. BOISSONADE: « De l'effet des arrhes dans la vente sous Justinien »(*Revue hist.de dr. Fr.*), 1886. ACCARIAS: *Precis de Droit Romain*, 2, 1891. DE ZULUETA, F.: *The roman law of sale*, Oxford, 1945. LISOWSKI, Z: “La prétendue contradiction entre C.4, 21, 17 et Inst. 3, 23 pr.” RIDA, 5, (1950), pp.73-77= *Melanges de Visccher* 4. THOMAS, A.C.: “Arra in sale in Justinian's law” *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*(=Revue d'Histoire de Droit) T.24, (1956), pp. 253-278. THOMAS, A.C. “Arra reagitata” *Butterworth's South African LR*, (1956), pp. 60 y ss. THOMAS, A.C: “A proscript on Arra” *IURA*, 10, (1959), pp.109-112.

El punto de partida radica en que un contrato perfecto no podía ser resuelto por voluntad unilateral de los contratantes, ni siquiera en el supuesto de sometimiento de las partes a la aplicación de la ley arral.

Para sostener esta posición, normalmente acuden a interpretar los términos *celebrata est* de IJ 3.23.pr. en el sentido de *celebrari coepta sit* (celebranda), la expresión *sive in scriptis sive sine scriptis* se refería a *facienda*; *facienda* se interpretaría como venta futura, concluyendo que el pensamiento verdadero de Justiniano es el recogido en el CJ. Este es considerado la fuente, habiéndose basado las instituciones en el texto de la constitución recogida en el *Codex*. La oposición entre ambos textos la consideran solo en apariencia.

La idea de que Justiniano limitó el desistimiento – sancionado con la pérdida o *restitutio in duplum* de las arras – a las ventas no perfeccionadas es admitida por POPESCO,⁶⁴ que solo acepta el apartamiento de los contratos cuya validez se hallase condicionada por su conformación documental, siempre que la voluntad revocatoria se manifestase previamente al cumplimiento de la solemnidad.

2. Los defensores de la aplicación de la norma arral a todo tipo de ventas, tanto a las celebradas por

⁶⁴ POPESCO, E: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris, 1925, pp. 86 y ss. Análoga es la posición de WESTPHAL, *De arrha romana*, 1871, p. 34., quien – realizando la simetría entre compraventa y promesa sponsalicia – juzga que la función penitencial de las arras es inherente al periodo que media entre la conclusión del proyecto y su reducción a escritura.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

escrito como a las celebradas sin escrito.⁶⁵ Esta tesis es calificada por POPESCO⁶⁶ innovadora.

Esta corriente doctrinal estima que las arras en Justiniano desempeñan una nueva función, que los comentaristas denominaron penitencial y la doctrina romanista está dividida en cuanto a su calificación como penal o penitencial,⁶⁷ considerando que el emperador extendió la función de las arras a todos los supuestos contractuales en los que éstas intervienen con independencia del estado en que se encuentren las negociaciones, es decir ya se haya

⁶⁵ ZASIUS, ULRICH: *Opera Omnia*. Aalen, 1964; FACHINEUS: *Controversiarum iuris libri tredecim, editio postrema*, 1649, lib.sec.cap.28. DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel; Le droit public, et legum delectus. Nouvelle édition*, T.I, Paris, 1767. MITTEIS, *Grundzuge und Chrestomathie der Papyrus Kunde*, I. II, 1, 1912; COLLINET, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, T. I, 1912; PAPPULIAS, *Geschichtliche Entwickelug der Arrha*, 1911; CORNIL, «Debitum et obligatio », *Melanges Girard*, T.I, (1912); CORNIL: Die “arrha” im justinianischen Recht.” SZ, 48, (1928), pp. 51-87.; SEEN, F.: “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”. NRH 37(1913), pp.575 y ss. MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”. *BIDR*, 48, (1941).pp. 266-402. FREZZA, P: *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. V.I. Le garanzie personali*, Padova, 1962, pp. 299 y ss.

⁶⁶ POPESCO, E: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris, 1925, pp.21 y ss.

⁶⁷ Vid. CORNIL Die “arrha” im justinianischen Recht.” SZ, 48, (1928), SEEN, F.: “La dation des arrhes, histoire d’une sureté réelle”. NRH 37(1913), CARUSI, E: “L’arra della vendita in diritto giustiniano”. *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”. *BIDR*, 48, (1941)., TALAMANCA: *L’arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, ob. cit., D’ORS, A: “Las arras en la compraventa justiniana”, *IURA*,6 (1955), pp. 150 y ss. “<Arra reagitata>: Sive in scriptis sive sine scriptis”. *IURA*, 9 (1958), parte prima, pp. 78-81.

perfeccionado el negocio por el acuerdo de voluntades de los contratantes, o solo se encuentre el contrato en la fase antecedente a su perfección o precontrato.

El fundamento de la misma lo encuentran en la derogación por parte de Justiniano de la irrevocabilidad del contrato, permitiendo que una venta perfecta pudiera disolverse unilateralmente por una de las partes con la pérdida de arras.

En otros términos, éste instituto funciona como un instrumento para resolver el contrato, siempre que ambas partes se sometan a los dictados de la ley arral de pérdida de lo entregado o devolución doblada de lo recibido, según la parte que ejercite la facultad.

MASSEI⁶⁸ tras analizar los textos del derecho justiniano establece las siguientes conclusiones referentes a la institución de las arras:

1. “La *datio arrarum* permite la rescisión del contrato para la parte que la ha prestado perdiendo el arra, mientras que quien la recibe puede rescindir el contrato, restituyéndola duplicada.
2. Este principio se aplica a todas las ventas tanto a las ventas perfectas como a las que deben perfeccionarse con la redacción de la escritura.
3. Las partes son libres para establecer una reglamentación diferente relativamente a las arras: probablemente se refería el emperador a los usos provinciales que permitían a las partes hacer mas gravosa la pena arral o que establecían que el montante del arra debía ser al menos una alicuota parte del precio total.

⁶⁸ MASSEI, M: Ob. Cit., pp.380 y ss.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

4. En sustancia, en el derecho justiniano, el arra cumple dos funciones bien diferentes:
 - a. En las ventas que las partes han preestablecido concluir por escrito, el arra actúa como un reforzamiento del vínculo, porque este tipo de ventas pueden rescindirse impunemente, cuando no ha intervenido *datio arrarum*. En este caso el autor observa una función confirmatoria del arra.
 - b. En las otras ventas, actúa en sentido contrario, porque permite la rescisión también después de concluido el contrato. En este supuesto Massei habla de una función penitencial.
5. Comparando el instituto en el derecho clásico y el derecho justiniano, destaca que en el derecho clásico el arra tiene una función probatoria - *argumentum est emptionis et venditionis contractae*. En el derecho Justiniano se refleja la institución del arra de los derecho provinciales asumido y adaptado a las normas por Justiniano. En el derecho provincial el arra permitía la rescisión solo de contratos todavía no perfectos, al tener su fundamento en el carácter real de la compraventa griego-egipcia que se perfeccionaba sólo con el cumplimiento. En el derecho justiniano, el arra permitía la rescisión de contratos perfectos, al tener su fundamento en la compraventa consensual que se perfeccionaba por el *consensus*. Las Instituciones de Justiniano respetan los principios sancionados por las Instituciones de Gayo por razones históricas, si

bien el arra del derecho justiniano presenta una recepción completa de las normas provinciales sin excluir reglamentaciones particulares queridas por la voluntad de las partes, quienes son libres de establecer en esta materia lo que quieran.”

DÓRS⁶⁹ aún cuando sostiene la aplicación de la norma arral a todas las ventas, realiza las siguientes precisiones: “en el año 528, Justiniano da un reglamentación especial exclusivamente para la *venta cum scriptura*, es decir, aquella en la que las partes supeditan la perfección del contrato al momento en que la escritura quede completa. Para tales contratos *cum scriptura*, las arras, aunque nada se diga expresamente, funcionan como penitenciales, pero esto tan solo cuando, la escritura no está todavía completa, es decir, que la venta se prevé como futura: *super facienda emptione*. Sería absurdo pensar que había *locus poenitentiae* una vez que la escritura quedaba completa y la venta perfecta. La constitución del 528 no se refería para nada a la venta *sine scriptura*.(..) Cuando en el 534, Justiniano publicó la nueva edición del Código, entonces, para dar a la constitución del 528 todo el alcance general que tenía ya el pasaje de las instituciones, se introdujo en el texto de aquella la frase clave “*sive in scriptis sive sine*

⁶⁹ D’ORS, A: “Las arras en la compraventa justiniana”, *IURA*,6 (1955), pp. 150 y ss. “<Arra reagitata>: Sive in scriptis sive sine scriptis”. *IURA*, 9 (1958), parte prima, pp. 78-81.En contra THOMAS, A.C.: “Arra in sale in Justinian’s law” *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*(=*Revue d’Histoire de Droit*) T.24, (1956), pp. 253-278.THOMAS, A.C.: « Ara reagitata » ***Butterworth’s South African LR***, 1956, pp. 60 y ss. THOMAS, A.C: “A proscript on Arra” *IURA*, 10 1959, pp.109-112.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

scriptis”. Pero la interpolación se hizo sin muchos miramientos, y dado el lugar en que se introdujo, pudo parecer incluso que la distinción no se refería a la forma de venta sino a la *datio arrarum*. Con esta interpolación poco cuidadosa, la disposición, que se refería a su tenor original a la venta *cum scriptura* exclusivamente, obtuvo un valor general, en consonancia con el texto de las Instituciones”

Después de reseñar las principales opiniones doctrinales sobre la materia, paso a examinar cual es el papel que desempeña la voluntad de las partes y los efectos de la *datio arrharum* en el derecho justiniano.

La Constitución recogida en CJ 4.21.17, con el que el emperador ha introducido los principios jurídicos de la forma del contrato y la compraventa en el derecho provincial,⁷⁰ tiene tres objetos diversos: A) El principio regula los requisitos de validez del acto escrito (*instrumentum*) de la venta, permuta, donación, negocio arral, transacción. B) El párrafo 1º trata de las disposiciones transitorias sobre la validez del instrumento ya redactado conforme a las normas consuetudinarias antecedentes a la constitución. C) la última parte la regulación de las arras.

El texto de las Instituciones de Justiniano IJ 3.23.pr. tiene igualmente tres finalidades diferentes: A) La compraventa consensual *sine scriptis*, destacando *nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae* y en las que aclara que no se ha innovado nada; b)

⁷⁰ MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”, ob.cit. pp. 368 y ss, TALAMANCA, M, *L’arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano* ob. cit., pp. 82.

La regulación de los requisitos y efectos de las ventas *quae scriptura conficiuntur* c) la normativa aplicable a la *datio arrharum* si ha acompañado al contrato de compraventa.

Voy a prescindir en este momento de una exégesis pormenorizada de los textos, para centrarme en los párrafos que hacen referencia a la norma arral.

En el derecho justiniano, las arras siguen siendo un elemento no esencial en la formación del contrato de compraventa y manifestación de ello se encuentra tanto en el inicio del texto de IJ 3.23. pr. en donde transcribe literalmente las instituciones de Gayo 3,139, como en la frase *et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. ita tamen impune recedere eis concedimus, nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum*, por eso las partes tiene absoluta libertad para decir si al contrato de compraventa desean acompañar o no la *datio arrharum*.

El emperador al inicio del texto de las IJ 3.23.pr. desde *emptio-venditio contrahitur hasta innovatum est*, hace referencia a las *ventas sine scriptis* en las que afirma que nada ha innovado. Las palabras utilizadas son idénticas a las contenidas en las instituciones de Gayo 3,139. Al igual que éste jurisconsulto afirma que se contrae la compraventa al instante en que se hubiere convenido sobre el precio – *emptio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit* – aunque este precio no haya sido pagado todavía, – *quamvis nondum pretium numeratum sit* – ni tampoco se hubieren entregado arras – *ac ne arra quidem data fuerit* –.

A continuación reitera la misma función probatoria de la celebración del contrato de compraventa que nos

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

había enseñado Gayo 3,139, utilizando los mismos términos latinos – *nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae*. – Si bien, añade que esto debe regir en las compraventas –*quae sine scriptura consistunt*, porque en tales ventas nada se ha innovado por nosotros – *nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est*.

Además de esta función de las arras, justiniano admite que puedan tener otra función, quizás influenciado por la praxis provincial y por su nueva concepción de la compraventa *in scriptis*. La regulación contenida en el CJ 4.21.17 e IJ 3.23. pr., ha dado lugar a las diferentes discusiones doctrinales sobre la función penal-función penitencial de esta norma arral, así como la determinación de su ámbito de aplicación como antes he expuesto. Justiniano no distinguió entre función confirmatoria, penal o penitencial, siendo la misma una construcción dogmática sin reflejo expreso en los textos jurídicos justinianeos.

El efecto que dispone para la *datio arrharum* consiste en la pérdida de lo entregado para el comprador dice CJ 4.21.17- *et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda*; IJ 3.23.pr. *si quidem emptor est, perdit quod dedit*-y la restitución del *duplum* para el vendedor-CJ 4.21.17 *et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur* IJ según la cual *si vero venditor, duplum restituere compellitur*.

A partir del siglo I D.C, según nos informa TALAMANCA,⁷¹ parece ser que consuetudinariamente se fijó

⁷¹ TALAMANCA: Voce “Arrha” en *Novissimo Digesto Italiano* I. 2, Torino, 1957, pp.1001-1003.

en la devolución del doble de las arras recibidas, al aparecer unos documentos papirológicos del Egipto romano que establecían dicha penalidad, que posteriormente ha pasado a Justiniano y hasta nuestros días.

En el Libro 51 Siro Romano de derecho⁷² ya aparece recogido este efecto del arra, lo que parece confirmar la hipótesis formulada por la doctrina⁷³ de que Justiniano plasmó en las normas del derecho justiniano la praxis provincial.

En el derecho clásico y postclásico, los textos legales únicamente se referían al comprador, sin que se contemplara cual era la regulación aplicable en el caso del vendedor. Con las normas justinianas se sitúa en posición de igualdad a ambas partes, respetando el equilibrio de prestaciones. Justiniano sanciona legalmente que el vendedor deberá restituir *duplum*, lo cual significa que debe devolver lo recibido en concepto de arras y además entregar otro tanto, lo que le sitúa en la misma posición que el comprador al que le obliga a perder el arra entregado.

Para el caso de que en el contrato de compraventa hayan mediado arras, las partes en uso de su autonomía de la voluntad pueden optar por manifestar expresamente la causa, función y efectos de su entrega o no manifestar expresamente nada – *licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem arris non procedente contractu fieri* – dice el CJ 4.21.17; *licet nihil super arris expressum est*. en IJ 3.23,pr., de tal forma que la regulación de los efectos

⁷² Vid. Libro 51 Siro Romano de derecho.

⁷³ Vid. MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”, ob.cit. pp.380 y ss. TALAMANCA, M, *L’arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, ob. cit. pp, 82.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

de la *datio arrharum*, no dependía del pacto expreso de las partes, esto, es no era necesario acudir a un pacto añadido al contrato de compraventa, para que operara la norma sobre las arras por él establecida, de ahí que justiniano de forma expresa en CJ 4.21.17 *in fine* indique *repetitione earum deneganda*.

De las anteriores expresiones se puede afirmar que las partes gozan de autonomía para establecer una reglamentación diferente relativa a las arras, lo que ha llevado a MASSEI⁷⁴ a indicar que con ello quizás el emperador quería referirse a los usos provinciales que permitían a las partes hacer mas gravosa la pena arral o que establecían que el montante del arra debía ser al menos una alícuota parte del precio total.

El emperador vino con estas normas a codificar un uso que parecía ser corriente y que se realizaba por acuerdo entre las partes, antes era por acuerdo entre las partes y no por ley. Este punto parece ser reforzado con la frase del CJ.4.21.17 – *illud etiam. adiicentes, at et in posterum*.

En CJ 4.21.17 e IJ 3.23.pr. queda patente el predominio de la voluntad de las partes tanto en el momento del nacimiento de la compraventa, como en el desarrollo de la misma y en la regulación de la *datio arrharum*, en el caso de que esta acompañara a la *emptio-venditio*. Las arras en todo momento tienen un origen voluntario, son fruto de la autonomía de la voluntad, no siendo configuradas como un elemento esencial del contrato de compraventa. Las partes pueden establecer pactos diferentes que regulen el contenido de la norma

⁷⁴ MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”, ob.cit. pp.380 y ss.

arral, disponiendo el emperador una norma que se aplicará si las partes no han establecido otra regulación diferente, en virtud de la cual, el vendedor se ve obligado a restituir *duplum*, y en el caso del comprador, perderá lo entregado.

II.III Bizantinas

El desarrollo de la institución en el derecho bizantino es bastante complejo y requeriría un extenso y minucioso tratamiento exegético que aquí es imposible realizar. Los textos principales se encuentran en Paráfrasis de *Theophilo* II.23,⁷⁵ el *Prochiron* 2,1 y 14,1;⁷⁶ *Epanagoge*, 15,1; 21,1-3; 23; la *Ecloga Epitomata* 16,3, 20,28; *Prochiron auctum* 2 1 y 2; 15,3; la *Ecloga Leonis et Constantini* 9,1 y 2; un pasaje de la Lex Rhodia (a.740) 19; los Basílicos 19,1,33, 1 y 2(= D.18.1.35 pr); Basílicos 19,3,6, 1 y 2 (=D.18.3.6.pr); Basílicos 19.3.7 (D.18.3.8); Basílicos 19.8.11.5 (= D. 19.1.11.6) Basílicos 22,1,76 (= C.17.4.21);⁷⁷ Harmenopulus 3,3,1; 3,3.5.

⁷⁵ Vid. FERRINI. *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa*, Igualmente ver los comentarios al mismo que realizan: CALOGIROU, ob.cit. p.178; POPESCO, E: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris, 1925, pp. 59 y ss.

⁷⁶ Los mismos términos de PROCHIRON 14.1 se reflejan en *Epanagoge*, 23.2; *Const. Harmenopuli Manuale Legum sive Hexabiblos*(=*Harmenopulus*) 3,3 según nos transmite POPESCO, *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, pp.78-79; MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”.*BIDR*, 48, (1941).pp. 387.

⁷⁷ Vid. HEIMBACH: *Basilicorum Libri LX*. 6 Vols. Leipzig 1833-1897. SCHELTEMA-HOLLWERDA-VAN DER WAL: *Basilicorum Libri LX*. Serie A:Textos;Serie B.Scholia.Groningen,1953-1983.Vid. *Synopsis Basilicorum*, A, LXV,1.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

POPESCO⁷⁸ basandose en Parafrasis de Teofilo coordinado con el resto de los textos, afirma que Justiniano en sus instituciones permitía la rescisión solo de la venta, a la que faltaba la redacción del escrito para su perfección *ante completionem scripturae*.

CARUSI⁷⁹ indica que en la interpretación de los mismos se reproducen con las mismas consecuencias, la confusión existente en la doctrina relativa a esta materia, entre el *ius poenitendi* y el arra. Los textos muestran, en orden al arra, continúa siendo, en pleno derecho bizantino, siempre y sobre todo un sistema general de pena por el hecho del incumplimiento. En orden a la *poenitentia*, los textos demuestran que en pleno derecho bizantino había acabado por triunfar el sistema oriental del *ius poenitendi*, hasta el inicio al menos de la ejecución, como escribe Harmenopulo. Mas se ha opuesto por De francisci que este pasaje no sanciona ya el *ius poenitendi*, sino demuestra que la venta consensual romana no habría podido superar la resistencia, que le había opuesto el derecho bizantino por influencia de los principios helenísticos de la venta real. Carusi, estima que se contentaría solo, refiriéndose al texto de Harmenopulo, con observar que, si el principio de ejecución convierte en indisoluble el contrato, quiere decir que antes era disoluble; ahora no se disuelve si no se ha formado, si

⁷⁸ POPESCO, E: *La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris, 1925, En contra, MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”. *BIDR*, 48, (1941).pp. 385-386, sostiene que tal interpretación es del todo arbitraria y contrasta con cuanto se expone en Basílicos y en un pasaje del *Prochiron*.

⁷⁹ CARUSI, E: “L’arra della vendita in diritto giustiniano”. *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, pp. 557 y ss.

no es perfecto. El concepto es confirmado con la frase siguiente, el principio de ejecución da corrobora o da mas fuerza a lo que es ya perfecto, que antes era retractable. Este pasaje reproduce ad *literam* el *Prochiron*”.

MASSEI⁸⁰ después de examinar las fuentes bizantinas, concluye que en el derecho bizantino las características del instituto de las arras se pueden resumir en las siguientes:

1. El arra permite por su naturaleza la rescisión de la convención para la cual ha sido prestada. Quien la ha entregado puede rescindir perdiéndola, el que la ha recibido restituyéndola duplicada.
2. El arra puede intervenir en cualquier contrato (*Ecloga legum Leonis et Constantini, cit: si arra data fuerit in quocumque contractu*), su uso es bastante amplio y se aplica también en el comercio marítimo.
3. La función del arra y la medida de la pena arral están claramente delimitadas; los principios que regulan nuestro instituto en este derecho son similares a los principios justinianeos y a las normas del derecho greco-egipcio.
4. También en el derecho bizantino, como en los antiguos derechos orientales, en los derechos griegos, en la praxis provincial y en el derecho justiniano, el instituto del arra se presenta como un típico instituto *iuris gentium*: la mejor prueba de ello es el acogimiento de la ley de las arras en

⁸⁰ MASSEI, M: “L’arra nella compravendita”. *BIDR*, 48, (1941).pp.382 y ss, en concreto p.389.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

el derecho marítimo, derecho que por su naturaleza es consuetudinario y común a los pueblos mediterráneos”.

TALAMANCA⁸¹ tras analizar las fuentes del derecho bizantino establece las siguientes conclusiones:

1. La concepción del contrato arral es la griega, la función de garantía del mismo la encuentra en *Epanagoge aucta* 13,1.
2. Las partes eran libres para establecer a su placer el montante de la pena arral, lo que deduce de *Epanagoge aucta* 21,3.
3. El arra, en derecho bizantino, podía operar en todo género de contratación a la que podía prácticamente aplicarse. Cita *la Lex Rhodia Nautarum*, 19.
4. La única dificultad que encuentra esta reconstrucción es que también en las fuentes bizantinas menores se encuentra una definición del arra, que puede referirse a la función confirmatoria y que se trata, en efecto de la traducción de Teofilo de la definición gayana contenida en la Paráfrasis de las Instituciones.
5. En la sistemática bizantina, el contrato arral se ha convertido, por así decirlo, en una venta arral: las fuentes llaman en efecto constantemente *prasiz* al contrato arral de compraventa. *Ecloga epitomata* 16,3 quiere decir que el arra es prueba de que ha tenido lugar la conclusión de un contrato arral de compraventa

⁸¹ TALAMANCA, M.: *L´arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*. Milano, 1953, pp. 90 y ss.

6. Cierta importancia presentan Bas. 19,3,6, 1 y 2 y Bas. 19,3,7 donde se recogen los pasajes de Scaevola sobre el arra: la cosa mas notable es que el supuesto de hecho viene reconstruído *sub especie* de contrato arral, y no se menciona mas la construcción de la compraventa consensual, acompañada de la estipulación de la *Lex commissoria* y de la otra *Lex venditionis*. Lo que conduce a confirmar nuestra afirmación que, para aquel supuesto de hecho, la terminología romana era un envoltorio puramente exterior, los bizantinos, ven bajo este revestimiento terminológico el caso griego, para ellos mas familiar”.

II. IV Recepción del derecho Romano

La Recepción del Derecho Romano fue posible a partir de la Universidad de Bolonia y de la obra de los Glosadores. A través de la Glosa de *Accursio* pasaría el Derecho Romano a todos los países, así las leyes de las Siete Partidas, transmisoras del Derecho Romano a España, se confeccionaron a partir de la suma al *Codex* de Azon y de la Glosa Magna de Accursio, por ello y antes de iniciar la exposición de los textos jurídico medievales, paso a exponer una síntesis de la opinión de los glosadores en esta materia.

- a. El arra no viene considerada por los glosadores y comentaristas posteriores como un elemento esencial del contrato de compraventa, sino como *argumentum emptionis* y así se observa en

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

ACCURSIO,⁸² glosa a *evidentiis*. D. 18.1.35 y a *arrhae* en Instituciones de Justiniano, de *emptione et venditione* (IJ 3.23.pr.) y en Baldo.⁸³

2. Podía ser *argumentum* no solo de una compraventa ya concluida, sino también de una compraventa todavía no perfeccionada, inexistente para el mundo del derecho, pero ya definida de hecho, en la voluntad de los sujetos que asumirían la postura jurídica de partes contratante. ACCURSIO,⁸⁴ glosa a *evidentiis* D.18.1.35. “*Arrha est argumentu emptionis future*” y glosa a *reddere* del *codex.De fide instrumentorum*.

3. Distinto del contrato de compraventa se ve un contrato arral, que según los glosadores y comentaristas posteriores, con alguna excepción es un contrato innominado, así BARTOLO⁸⁵ en sus comentarios al Libro IV del *Codex De fide instrumentorum*, cuando pregunta si el contrato de arras es por si mismo un contrato. Indica que la glosa dice que es un contrato innominado, Petr. Dice lo contrario. Es verdad que no es de estos cuatro, que se habla en las fuentes de *actio praescriptis verbis* y de *condictio ob causam*. Pero si es contrato innominado de cual; propiamente no es un *pignus*, pero se entrega *loco pignoris*.

⁸² ACCURSIO: *Pandectarum sev digestorum iuris civilis*. T. III, Venecia, 1581; *Institutionum sive primorum totius Iurisprudentiae elementorum. Libri Quatvor*. Venetiis, MDLXXXI, p.259.

⁸³ BALDI UBALDI PERUSINI: *Commentaria in secundam digesti veteris partem*, Venetiis, MDLXXVII, p.132. A proposito de D.18.1.35: “*Arra est probatio*”

⁸⁴ ACCURSIO: *Pandectarum sev digestorum iuris civilis*. T. III, Venecia, 1581.

⁸⁵ BARTOLI A SAXOFERRATO. *Omnia Iuris Interpretum Antesignani, Commentaria. T.VII. In Primam Codicis Partem*, Venetiis, 1615. p.138.

4. La glosa⁸⁶ se pregunta sobre la acción con la que se puede reclamar el arra: Responde en glosa al termino *evidentiis* en D.18.1.35, Glosa a *compellitur* de IJ 3.23.pr: *condictio ex lege* sobre la base del texto del Codex de Justiniano de fide instrumentorum, también la acción de la compraventa cuando es *sine scriptis*; en las otras no, salvo que la escritura esté totalmente completa, esto es si es perfecta *venditio*.

BARTOLO en sus comentarios al libro IV⁸⁷ indica que a propósito de si pueden repetirse *ex iure* las arras, dice la glosa que por medio de la *condictio ex lege* si fueran un contrato por el que se daban las arras para perfeccionar el contrato; y por medio de la acción del contrato, si fuera un contrato perfecto si después los resuelven de mutuo acuerdo las partes.

5. Se distingue entre un *arra data ut fiat pars pretii* y un *arra data ut non fiat pars pretii*. La primera se da en cantidad, la segunda en especie y regularmente era un anillo.

6. Además de la función probatoria del arra, los glosadores aluden a la norma arral justiniana si *emptor poenit, perdit quod dedit, si venditor reddit in dumplum* en glosa a *evidentiis* en D.18.1.35.

La disparidad de opiniones ya se refleja entre los glosadores. En ella ya aparecen los inicios de las discusiones conceptuales:

⁸⁶ Vid ACCURSIO: *Pandectarum sev digestorum iuris civilis*. T. III, Venecia, 1581. Glosa a *evidentiis* de D. 18.1.35.

⁸⁷ BARTOLI A SAXOFERRATO. *Omnia Iuris Interpretum Antesignani, Commentaria*. T.VII. In *Primam Codicis Partem*, Venetiis, 1615. p.138

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

a. La interpretación realizada por la escuela de Martino, a la que se adhiere Azón.

Esta escuela sostiene que la entrega de arras autoriza a las partes a rescindir el contrato y que tal comportamiento es un derecho adquirido desde el momento en que se ha prestado el arra. El contrato arral sería un medio para adquirir convencionalmente el *ius poenitendi*.

b. La interpretación realizada por Bulgaro a la que se adhiere Bassiano.

Esta escuela defiende que el arra tiene una función penal y que en caso de incumplimiento se puede retener el arra y ejercitar la acción para la ejecución del contrato. La opinión mayoritaria en la glosa es que se acumulan ambas acciones. Glosa a *evidentiis* en D.18.1.35; *compellitur* en *IJ* 3.23. *pr.* en donde indica que Bulgaro dice que si son cumulativas, mientras que Martino y Azon opinan que no porque es evidente que quien pide el arra renuncia a ejercitar la acción de reclamación de daños y perjuicios.

III TEXTOS JURIDICOS MEDIEVALES

Las fuentes medievales en las que aparecen referencias a las arras en el contrato de compraventa son numerosas. Dada su extensión, prescindiré en este momento del análisis de los diferentes fueros⁸⁸ y tendré

⁸⁸ Tratan de las arras el *Fuero Viejo de Castilla*, IV,1,6; *Libro de los Fueros de Castiella* 64, *Observantiae Regni Aragonum* IV, 4,6,1; 4,5,5; *Fuero General de Navarra*, III,12,8; *Fuero de Cuenca*, *Fuero de Teruel*, *Fuero de Zorita*, *Fuero de Bejar*, *Fuero de Alcalá*, *Fuero de Soria* 367, 369.

en consideración las fuentes que mas transcendieron enunciadas con un carácter meramente expositivo.

Lex Romana Burgundionum, 35.6:

*“Arra pro quibuscumque rebus a vindetore accepta ab eo qui emit, vinditionem perfectam esse; precium tamen postmodum emptor vinditori impleturus, si aut inter ipsos convenerit aut virorum bonorum estimatione consteterit, secundum speciem pauli”.*⁸⁹

En la *Lex Romana Burgundionum* 35,6 se recogen normas en relación a las arras que casi reproducen fielmente los principios romanos del derecho clásico. El arra es una prueba, un signo de que la venta es perfecta.⁹⁰

Lex Baivarorum, 16,10:

“Qui arras dederit pro quamcumque re, pretium cogatur implere, quod placuit emptori. Et si non occurrerit ad diem constitutum vel antea non rogaverit placitum, amplioem, si hoc neglexerit facere, tunc perdat arras, et pretium, quod debuit, impleat.”

La *Lex Baivarorum* 16,10, destaca además de la función probatoria del arra, la de representar el precio del contrato de compraventa, constituyendo un inicio del cumplimiento del contrato. En la primera parte del texto refleja el influjo del derecho romano clásico:⁹¹ El arra es un

⁸⁹ D'ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, indica que se refiere a PS.2.17.

⁹⁰ Vid, D'ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, pp. 214.

⁹¹ Gai.3,139; D.18.1.35; D.19.1.11.6, si bien en la segunda parte de la norma cambia el criterio de Ulpiano de restituir el arra, para sustituirlo por el de la pérdida.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

signo de la conclusión del negocio y por ello – *pretium cogatur implere* –. En la segunda parte se encuentra un principio innovador, cual es la atribución a la *datio arrharum* del carácter de fuente de la obligatoriedad del contrato y no el *consensus*, ya que se desconocía la obligatoriedad de los negocios meramente consensuales, de tal forma que el comprador estaría obligado en todo caso a satisfacer el precio entero a que se había comprometido, perdiendo además las arras que hubiera adelantado.⁹² Estamos ante un inicio del cumplimiento del contrato y por ello solo cabe cumplimiento del contrato con pérdida de arras. Nada se dice de la responsabilidad del vendedor en el caso de que exista incumplimiento por su parte.

Contrariando tal régimen, el *Código de Eurico* 297⁹³ se expresaba en estos términos:

“Qui arras pro quacumque acceperit re, pretium cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si non occurrerit ad

⁹² D'ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, pp. 215, indica que las arras parecen haber sido dadas como anticipo del precio, lo que explica que no sean devueltas.

⁹³ FERNÁNDEZ ESPINAR, R: “La compraventa en el Derecho español medieval”. *AHDE*, T. XXV, Madrid, 1955. pp.362 señala que éste capítulo presenta problemas en su redacción, ya que el manuscrito no transmite el capítulo completo. Vid. MEREJA, P.: “Sobre a compra e venda na legislacao visigotica”, *Estudos de Direito visigótico*, pp.83-119; “A arra penitencial no direito hispânico anterior à recepção.” *Estudios de Direito hispânico medieval*, I. Coimbra, 1952, pp.33 y ss.; “Algo de novo sobre a arra visigotica”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 31, pp. 1-10; OTERO VARELA, A: “Las arras en el Derecho Medieval español”. *AHDE*; 25, 1955, pp. 189 y ss. D'ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, pp. 214 y ss.

diem constitutum, arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat”

Este texto disponía que si el comprador había entregado arras y habían sido recibidas por el vendedor – *qui arras pro quacumque acceperit re*, el vendedor quedaba obligado a cumplir lo prometido. Pero si el comprador no acude a pagar durante el tiempo fijado – *si non occurrerit ad diem constitutum* –, se reconoce al vendedor la facultad de resolver la venta a causa de la mora del comprador⁹⁴ y, en este caso, el comprador tiene derecho a reclamar el arra entregada – *arras tantummodo recipiat, quas dedit, et res definita non valeat* –.

D’ORS⁹⁵ estima que se puede decir, que estas arras funcionan, como ya había visto acertadamente Merea (aunque sobre la lectura errónea), al modo de las arras romanas: como señal confirmatoria de un contrato consensual. No se trata así de arras penitenciales al modo helenístico.

En el segundo párrafo del capítulo 297 se plantea el caso del comprador que no acude a completar el precio en el plazo estipulado – *Emptor vero, si non occurrerit ad*

⁹⁴ Vid. D’ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, p. 216 en donde estima que al ser una facultad del vendedor, se inclina a pensar en una resolución, es decir, en una validez inicial de la venta (*res definita*), aunque la resolución tuviera eventualmente efectos de revocación real y retroactivos (con devolución de los frutos producidos por la cosa entregada desde el momento de la entrega).

⁹⁵ D’ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, p. 215 señala que aunque no se diga expresamente, CE 297 parece referirse a la *venta sine scriptura*, lo que está en relación con la práctica de que en las escrituras figure siempre el precio como ya pagado.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

diem constitutum. En este caso MERE⁹⁶ recuerda que el hecho de que el comprador no completara el pago, dentro de los principios clásicos romanos, no quedaba liberado de su obligación, pero el legislador visigodo optó por la solución contraria, mas razonable, y probablemente por la influencia de la práctica de la *lex commissoria*.

Este precepto ha de completarse con el *capítulo 296*⁹⁷ del Código de Eurico, que dice así:

“Si pars praetii data est, pars promissa, non propter hoc venditio facta rumpatur; sed si emtor ad placitum tempus non exhibuerit praetii reliquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res vendita reformetur.”

Se establece la firmeza de la venta cuando se ha entregado una parte del precio en el momento *de realizar la venta* – *si pars praetii data est* –,⁹⁸ no pudiendo romperse la venta – *non propter hoc venditio facta rumpatur* –, esto es, no cabe el desistimiento. Se regula el pago aplazado o parcial. En cuanto al resto del precio pendiente de pago, el comprador tiene que hacer promesa de abonarlo dentro de un plazo determinado, de tal forma que si el comprador no comparece y hace efectiva la parte del precio que adeuda

⁹⁶ MERE, P.: “Sobre a compra e venda na legislacao visigotica”, ob., cit., p.102.

⁹⁷ D’ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, p. 216 considera que parece tratarse de una venta *sine scriptura*, aunque la *promissio* de la parte de precio no pagada pudiera ser objeto de documento especial.

⁹⁸ OTERO VARELA, A: “Las arras en el Derecho Medieval español”, ob.cit. p.192 sostiene que esta peculiaridad será recogida en el Fuero de Soria y en el Fuero Real, Partidas 5,5,7 y reincorporada así en nuestro derecho.

en el día convenido, debe pagar intereses por ello – *solvat usuras* –.⁹⁹ Esto es, el vendedor no puede anular la venta, sino que puede exigir al comprador la cantidad pendiente de pago mas los intereses,¹⁰⁰ salvo que mediante convención hubieran acordado la anulación de la misma *nisi hoc forte convenerit, ut res vendita reformatur*.¹⁰¹ – Esta clausula es la misma que en derecho romano se conoce con el nombre de *lex commissoria*.¹⁰²

⁹⁹ MEREIA, P.: “Sobre a compra e venda na legislacao visigotica”, *Estudos de Direito visigótico*, p.94: “En cuanto a la parte del precio que quedó por pagar tiene el vendedor derecho a los intereses correspondiente, *usurae*, pero se diferencia del derecho romano vulgar, en que parece que únicamente tiene que pagar los derechos de mora”. D’ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, p. 216 advierte que en LB falta este precepto del efecto del impago parcial, lo que induce a pensar que allí se identificaba este supuesto con el de las arras; o sea que las arras se consideraban en LB como anticipo del precio y funcionaban eventualmente como pena de la mora, en lugar de los intereses moratorios a los que se refiere el modelo Euriciano.”

¹⁰⁰ D’ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, p. 216, señala que la exigencia del precio y, eventualmente, de sus intereses, muestra que el vendedor ya ha cumplido con su obligación de entregar y así se dice expresamente en PS 2,17.9 *Post rem traditam nisi emptor pretium statim exsolvat, usuras eius praestare cogendus est*. Lo que es una norma general”.

¹⁰¹ D’ORS, A.: *Estudios visigóticos. El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, Madrid, 1960, p. 217, opone de manifiesto que la resolución convencional, en su caso, deshacería una venta ya perfecta; la expresión *res vendita reformatur* (CE 296,2) indica claramente que aquella estaba ya perfecta desde un principio.”

¹⁰² MEREIA, P.: “Sobre a compra e venda na legislacao visigotica”, ob. cit. p. 93, estima que estas últimas palabras del fragmento deben traducirse por que la cosa vendida no sea restituida, es decir, que por lo que respecta a la parte de precio, cuya entrega fue aplazada, todo se realiza de acuerdo con las reglas clásicas del Derecho Romano.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

OTERO VARELA¹⁰³ señala que el capítulo 296 del Código de Eurico recoge sin variación en la *Lex Visigothorum* 5,4,5 y en el Fuero Juzgo 5,4,5:

Lex Visigothorum 5,4,5: “*Si pars pretii data est et pars promissa, non propter hoc vindicio facta rumpatur; sed si emtor ad placitum tempus non exhibuerit pretii reliquam portionem, pro pretii partem, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res emta venditori debeat reformari.*”.

*Fuero Juzgo*¹⁰⁴ 5,4,5:”

Si la una partida del precio es pagada, y el otra partida finca por pagar, non se deve por ende desfazer la vendicion. E si el comprador non pagare el otra partida del precio al plazo, pague las usuras daquella partida que deve, fueras si fuere parado que la vendicion fuesse desfecha si non pagas el precio al plazo.”

En estas normas del Fuero Juzgo y *Lex Visigothorum*, se ocupa del supuesto en que hay un contrato perfecto, y que lo entregado es parte del precio. Aquí carece de transcendencia alguna *coyta grand o enfermedad*, a la que se refiere en FJ 5,4,4 y LV 5.4.4, pues ha de cumplirse en todo caso, sin que la falta de pago del resto del precio signifique que la venta no valga.

OTERO VARELA¹⁰⁵ destaca que el capítulo 297 del Código de Eurico, en el que se establecen los efectos de las

¹⁰³ OTERO VARELA, A: “Las arras en el Derecho Medieval español”, ob.cit. p.192.

¹⁰⁴ Los textos del Fuero Juzgo los he tomado de la edición de la real Academia Española titulada Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, Madrid, 1815.

¹⁰⁵ OTERO VARELA, A: “Las arras en el Derecho Medieval español”, ob.cit. p.194.

arras ha pasado con ciertos retoques a la *Lex Visigothorum* 5,4,4 y al Fuero Juzgo 5,4,4.

Lex Visigothorum 5,4,4:

“Qui arras pro quacumque re acceperit, id cogatur implere, quod placuit. Emtor vero, si per agritudinem 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 definita non valeat.”

Fuero Juzgo 5,4,4:

“Quien toma sennal por alguna cosa deve cumplir lo que prometio. E si el comprador por enfermedad o por otra coyta grand non pudiere pagar al plazo, envie otro qualquiere que cumpla por el. E si non fuere, o non quier enviar, reciba su sennal que dio, e non vala la vendicion.”

El Fuero Juzgo y la *Lex Visigothorum* establecen que la entrega del arra hace imposible la rescisión para el vendedor que la recibe, mientras que el comprador puede romper el negocio con solo restituir lo que hubiera recibido. Esta norma pudiera no dar igual trato a la persona que entrega las arras o señal, que al que las recibe, y parte de que las entrega el comprador. Para este establece, en caso de *coyta grand* o *enfermedad*, que le impida pagar a tiempo, que pueda encargar a otro que lo haga por él; y si eso no es posible o simplemente no desea hacerlo, recuperará las arras, y la venta no valdrá.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

Las variaciones mas importantes según OTERO VARELA¹⁰⁶ residen en las siguientes:

1. La sustitución de la palabra *praetium* del código de Eurico por *id en la Lex. Visi.*
2. En el código de Eurico en 297 se decía simplemente, que si el comprador no concurría en el plazo señalado, el vendedor podía rescindir la venta, y solo le restaba al comprador el derecho a recuperar el arra entregada. *La Lex Visi.* 5.4.4. añade que si el comprador por enfermedad o por otra causa grave, no pudiera acudir en el plazo fijado para pagar, puede enviar a otro para que lo haga por él. Esta innovación ha pasado fielmente al Fuero Juzgo 5,4,4 – *e si el comprador por enfermedad o por otra coyta grand non pudiere pagar al plazo, envie otro qualquiere que cumpla por el* –.
3. Se pone de manifiesto en Lex Vis. 5.4.4 y en Fuero Juzgo 5.4.4, traducción fiel del anterior, una mayor influencia del elemento voluntad.
4. Este arra no ha pasado a la época siguiente.

La redacción del Fuero Real 3,10,2 en materia de arras parece reflejar en opinión de OTERO VARELA¹⁰⁷ la fusión de Fuero Juzgo 5,4,4 y 5,4,5.¹⁰⁸

¹⁰⁶ OTERO VARELA, A: “Las arras en el Derecho Medieval español”, ob.cit., p.194. FERNÁNDEZ ESPINAR, R: “La compraventa en el Derecho español medieval”. *AHDE*, T. XXV, Madrid, 1955.p.363.

¹⁰⁷ OTERO VARELA, A: “Las arras en el Derecho Medieval español”, ob.cit., p.194.

¹⁰⁸ GALO SANCHEZ: *Curso de Historia del Derecho*.Valladolid, 1980. Pp. 78 y ss afirma que cronológicamente fue el primero de los Códigos

Fuero Real 3,10,2:

“Si el home alguna cosa vendiere e tomare señal por la vendida, no puede desfacer la vendida; e si el comprador (non quisiere pagar el precio, pierda la) señal que dio, e non vale la vendida; e si el comprador non diere señal por la vendida, e diere alguna partida del precio, non se puede desfacer la vendida, fuera por avenencia de amas las partes.”

En su primera parte desde “*si el home alguna cosa vendiere e tomare señal por la vendida non puede desfacer la vendida* – se observa una reproducción de Fuero Juzgo 5,4,4 comenzando su exposición por la señal o arra y estableciendo el principio de que no se puede deshacer la venta si el vendedor hubiera vendido una cosa y hubiere aceptado la señal – *si ome alguna cosa vendiere é tomare señal por la vendida non la puede desfacer* –, pero a diferencia del mismo, en el que únicamente se decía que no valía la venta, recibiendo el comprador la señal que dió – *reciba su sennal que dio, e non vale la vendicion*–, en el Fuero Real si el comprador no quiere pagar, la sanción

Alfonsinos, promulgado a los tres años de comenzar su reinado. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, JM: *Historia del Derecho Español*. Vol. II. Madrid, 1999. Pp. 736 y ss. OTERO VARELA, A: “Las arras en el Derecho Medieval español”, ob.cit., p.207 y ss. señala que algunos comentaristas han visto en el Fuero Real 3,10,2 una formulación del arra llamada penitencial. Tal sucedió a Gregorio López y Arias de Balboa, que afirma su concordancia con Partida 5,5,7. ARIAS DE BALBOA: “Glosa al Fuero Real”(Ed. Cerda) AHDE 21-22 (1951-1952) p.957. “*si el ome, etc*”. Esta Ley acuerda en la VII, ley del (Fol.107 rº, 1ª col) título V de la Partida.” CERDA,J: *Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla. Texto del siglo XIV*, Madrid, 1951.p. 231. MARTINEZ DIAZ,G: *Leyes de Alfonso X. II. Fuero Real*.Edición y análisis crítico, Avila, 1988, p. 342.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

a su incumplimiento es la pérdida de la señal que dio *e non vale la vendida*.¹⁰⁹

Estas arras, que en principio parece otorgársele formulación visigoda, se transforman en arras justinianeas al entenderse que el comprador podía arrepentirse perdiendo el arra entregada dejándose ver la influencia de CJ 4.21.17 e IJ 3.23.pr.¹¹⁰ En las arras visigodas es al vendedor a quien se le faculta para rescindir la venta cuando el comprador no acude a pagar en el plazo convenido, devolviéndole al comprador el arra entregada.

En su segunda parte – *e si el comprador no diere señal por la vendida, e diere alguna partida del precio*– alude a la entrega de una señal parte del precio, que refleja un cumplimiento parcial de las obligaciones del contrato de compraventa, lo mismo que observamos en el Fuero Juzgo 5,4,5.¹¹¹

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ ESPINAR, R: “La compraventa en el Derecho español medieval”. ob. cit. P. 444. En esta parte afirma, que el Fuero Real distingue entre simple señal, en cuyo caso sigue al Fuero de Soria y, en general al derecho territorial castellano y al navarro-aragonés, es decir, al derecho medieval español(...). (..)”Las arras en el derecho Medieval español, tienen, a diferencia del Derecho romano clásico y del Derecho visigodo, un carácter penitencial. Una vez recibida la señal o arra por la venta, no se pueden arrepentir ni el comprador ni el vendedor y, si lo hacen, si es el comprador el que desiste, sufre la pérdida de la cantidad que entregó en concepto de señal o arras, y si es el vendedor, la sanción se traduce en la devolución del duplo de la cantidad recibida.”

¹¹⁰ FERNÁNDEZ ESPINAR, R: “La compraventa en el Derecho español medieval”. ob. cit., p. 445 en donde indica que las arras del derecho medieval español, en esencia coinciden con el valor de las arras en el Derecho Romano justiniano, citando las opiniones de Gama Barros y Merea.

¹¹¹ FERNÁNDEZ ESPINAR, R: “La compraventa en el Derecho español medieval”. ob. cit., p. 445 indica que en esta parte coincide con las *Observancias del reino de Aragón*.

En este caso en que se ha iniciado la ejecución del contrato de compraventa, con el cumplimiento parcial de una de las obligaciones por parte del comprador, el Fuero Real, fiel a la tradición romana del arra probatoria dispone que no se puede deshacer la venta sino es por mutuo disenso entre ambas partes – *no se pueda desfacer la vendida, fuera por avenencia de ambas partes* –.

Las Partidas¹¹² trata del arra en la compraventa en la Ley 5,5,7 bajo el título: “*Quien deve ganar la señal que*

¹¹² LÓPEZ DE TOVAR, G.: *Las Siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso El Sabio, glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M.* Madrid, 1844. Pp. 672-673; GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B: *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. T. IV. Madrid, 1869, pp. 270 y ss., analiza la influencia de los textos romanos en la Ley de las Partidas y afirma que el arra interviene en señal de que se ha convenido en el precio y no es requisito indispensable para la perfección del contrato, remontándose al texto de D.18.1.35. OTERO VARELA, A: “Las arras en el derecho Medieval español”. *AHDE*; 25, 1955, p. 209, destaca “que la Ley de las Partidas ha incluido los efectos de la señal que se da por parte del precio, reincorporada al Fuero de Soria y al Fuero Real, de clara raigambre visigoda. Esto nos permite comprobar, una vez mas, que las Partidas han tenido presente el derecho tradicional, lejos de limitarse a una función de verter al castellano el Derecho romano-Justiniano. También nos puede ayudar a adquirir noticias acerca de las fuentes utilizadas por los redactores del Código Alfonsino. La estructura de las Partidas es semejante al Fuero Real 3,10,2, aun cuando no lo transcribió literalmente”. En contra de Otero Varela, se pronuncia ARIAS RAMOS, J-ARIAS BONET, J.A.: “La Compraventa en las partidas. Un estudio sobre los precedentes del título 5 de la quinta partida”, *Centenario de la Ley del Notariado. Sección Primera, Estudios Históricos*, Vol.II, Madrid, 1965, pp.347-348, quien rastrea los precedentes en las enseñanzas de Azón contenido en el comentario a la rúbrica *Quando liceat ab emptione recedere* (C.4.45) que daban pie en efecto para una construcción de ese género. En la nota 17 igualmente se fundamenta en Rogerio, página 78 y Placentino, página 176, en los comentarios bajo la misma rúbrica.”

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

fue dada por razón de compra, si la vendida non se acabare”, en los siguientes términos:

“Señal dan los omes unos a otros en las compras, e acaesce despues, que se arrepiente alguno. E porende dezimos, que si el comprador se arrepiente despues que da la señal, que la deve perder. Mas si el vendedor se arrepiente despues deve tornar la señal doblada al comprador, e non valdra despues la vendida. Pero si quando el comprador dio la señal, dixo assi: que la dava por señal, e por parte del precio, o por otorgamiento, estonce non se puede arrepentir ninguno dellos, ni desfazer la vendida, que non vala.”

La primera parte del texto que va desde “*Señal dan los omes Vnos a otros hasta e non valdra despues la vendida*” tiene su influencia romana inmediata en las Instituciones de Gayo 3,139, D. 18.1.135.pr, IJ 3,23,pr y en el CJ 4.21.17: *si quidem est emptor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur*. Los efectos como puede observarse son idénticos siendo compatible con la función probatoria que tanto Justiniano como el Código Alfonsino le atribuyen a las arras.

GREGORIO LOPEZ en relación con “*non valdrá despues la vendida*” indica en la glosa 1, que con esta palabra parece aprobarse la opinión de Azon en la suma C. De contrah.empt. col. 4, a saber, que el comprador, aun cuando el contrato fuese perfecto, no tiene el derecho de pedir los

PÉREZ MARTÍN, A: “La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas”, *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 3, (1992), pp. 9 y ss. Del mismo autor, “Las siete partidas, obra cumbre del derecho común en España”. *El Derecho Común y Europa. Jornadas internacionales de historia del derecho del Escorial. Actas*, Madrid, 2000, pp.21 y ss.

perjuicios, y si solo el de la retención de las arras; porque parece tácitamente convenido que el comprador puede apartarse del contrato abandonando las arras, y el vendedor, devolviéndolas con otro tanto; y esta fue también la opinión de Ang. En la l.17.C. de fid. instrum. vers. Ultimo scias y la de Salic. en el mismo lugar, col. ultima., quien dice practicarse de esta suerte, y añade la l.2.tit.10, lib.3 del Fuero Real. Sin embargo la opinión contraria es la mas general por derecho común, y es la de Juan en el 1. instit.de empt. et vendit. y en la cit.1.17 y de Bart. En la l.28. D. De actio.empt.et vendit. Y en la l.1.2 D. De publican, de Bald. En la cit.l.17 y en la l. Unic.C de sentent. Quae pro es quod interest. Col. Pen. Y de Juan Fab. Y Ang en el cit. 1.”

Cuando al constituir el arra dijese el comprador que la daba por señal y por parte del precio, o por otorgamiento – *Pero si quando el comprador dio la señal, dixo assi: que la dava por señal, e por parte del precio, o por otorgamiento* –, ninguno de los contratantes se puede arrepentir – *no se puede arrepentir ninguno de ellos*, la venta está acabada- *ni desfacer la vendida, que non vala*. De tal forma que el vendedor deberá entregar la cosa y el comprador cumplirá con el pago del precio. Gregorio López en la glosa al término desfacer, indica que si le es posible al vendedor entregar, la cosa, necesariamente deberá verificarlo, y el comprador cumplirá con el pago del precio, según esta ley y Bartolo En la L.1. D. De action,empt., donde la glosa refiere la opinión de Martino, y Baldo en la L. Unic. C de senten. *Quae pro eo quod interest, col. pen.* Sienta la misma opinión que dice ser la general.”

Al referirse a la palabra *otorgamiento* Gregorio López indica en su glosa 3, “es decir, que no se de bajo el título de arras, sino como prueba de haberse perfeccionado el

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

contrato; y nótese bien estas palabras, puesto que sino me engaña la memoria, no se encuentra expresión equivalente en el derecho común, a no ser que se diga que esta es la idea de la l.35. *princ. De contrah. Empt*”.

Afluye aquí el concepto de arras probatorias o confirmatorias. Aunque el precepto no sea nuevo porque esté evidentemente contenido en la cláusula: *argumentum est emptionis et venditionis*, es aquí tan categórico que no sin motivo añade el comentador: *nota multum istud verbum, nam non vidi, (si bene memini), simile verbum in iure communi.* (Glosa 3^a).

Esta norma establece que en el caso de que la señal se entregara en dinero, para que pudiera operar los efectos establecidos en esta segunda parte y los contratantes no pudieran arrepentirse del contrato era preciso que constara su voluntad de que cederán en parte del precio. De tal forma que si nada se decía, se entendía aplicable el párrafo primero de la norma.

La dificultad está en conocer la voluntad de las partes en el momento en que se produce la entrega de arras, si se han entregado con la primera finalidad o con la segunda, cuando no consta si el contrato en el que interviene es un contrato concluido y perfecto o solamente en proyecto. Partidas 5.5.7 parece querer dar a entender que mientras el que entrega las arras no manifieste de forma expresa que las da por señal y por parte del precio o en prueba de quedar cerrado el contrato, debe presumirse que las da solo como simples arras a las que se refiere el párrafo primero de la norma, como pena del que se arrepienta.

GREGORIO LOPEZ, en la glosa 2 referente al término precio, señala que esta Ley habla del caso en que las arras consisten en dinero; porque siendo otra su naturaleza no

podían ser parte del precio. Esta Ley reprueba esta ley la opinión de los que sostenían que consistiendo las arras en cierta cantidad de dinero, en caso de duda debían entenderse entregadas como tales y como parte de precio, como lo refiere Baldo en la L.4.D. *de lege commisor.*: de consiguiente, aun en el supuesto de haberse dado dinero por arras es preciso se exprese que cederán en parte del precio, a fin de que los contratantes no puedan arrepentirse del contrato.

Como afirma ARIAS RAMOS-ARIAS BONET,¹¹³ en la Ley 7 se señala un criterio interpretativo para distinguir el puro contrato arral de la mera entrega de una parte del precio. Las partes gozan de libertad para aceptar o no cualquiera de los tipos de arras a las que se refiere la partida, por ello cabe considerar tres posibilidades como pone de manifiesto ete romanista: 1) mero convenido sin entrega de señal; 2) convenio con entrega de señal como avance del precio; 3) entrega de arras penitenciales. En los dos primeros casos sería aplicable el tipo de la compraventa consensual, mientras que en el tercer

¹¹³ ARIAS RAMOS, J-ARIAS BONET, J.A.: “La Compraventa en las partidas. Un estudio sobre los precedentes del título 5 de la quinta partida”, *Centenario de la Ley del Notariado. Sección Primera, Estudios Históricos*, Vol.II, Madrid, 1965, pp. 347. “En el puro contrato arral, la entrega de la señal implica la celebración de un negocio diverso de la compraventa consensual. Se trata de un negocio que se superpone a esta, y que la priva de su virtualidad obligatoria. No es pues un refuerzo de obligaciones surgidas debilmente de la compraventa consensual, sino un rígido sustitutivo adoptado a sabiendas de que con él se renuncia al esquema del contrato consensual. Tal es la función de las llamadas arras penitenciales. Si en cambio se declara que la señal entregada implica un comienzo de ejecución del contrato de compraventa, estamos en presencia de las llamadas arras confirmatorias al modo del Derecho romano clásico”.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y ARRAS EN LA COMPRAVENTA. FUENTES JURIDICAS ROMANAS Y SU REGULACION EN LOS TEXTOS LEGALES MEDIEVALES

supuesto se produce, un negocio específico que excluye el funcionamiento de aquel tipo de contrato.

De esta primera toma de contacto con los textos jurídicos medievales examinados, puede concluirse:

1. Que en todas ellas rige el principio de autonomía de la voluntad, las arras tiene su origen en la voluntad de las partes y no se conceptúan como elemento esencial del contrato de compraventa, al igual que se configuraba en el derecho romano.
2. En todas ellas el arra tiene una función probatoria similar a la que tenía en el derecho romano. También representa el precio de la compraventa, constituyendo el inicio del contrato (L Baiv. 16.10; Código de Eurico 296-297; LV 5.4.4.-5.4.5, FJ; 5.4.4.-5.4.5, Partidas 5.5.7), en partidas se introduce junto a ella una nueva función, llamada penitencial.
3. En la legislación anterior a Partidas 5.5.7. Se regula el efecto de la *datio arrharum* partiendo del incumplimiento del pago del precio por el comprador en el día convenido, sin que se establezca norma alguna para el caso de incumplimiento por parte del vendedor. Los efectos establecidos son. L. Baiv 16.10: Pagar el precio mas la pérdida de arras. En el Código de Eurico 296-297, LV, FJ 5.4.4-5.4.5: a) si se trata de una *datio arrharum* simple: se concede una facultad de rescisión al vendedor, con obligación de devolver el arra al comprador; b) Si las arras se entregaron como parte del precio: la regla general aboga por el cumplimiento del contrato: esto es deber del comprador de pagar el precio con los intereses,

salvo que se añada un pacto de anulación cuyo antecedente se encuentra el pacto de la *Lex Commisoria*. Fuero Real 3.10.2: a) si se trata de una *datio arrharum* simple: Se dispone que no vale la venta, perdiendo el comprador la señal. b) Si las arras se entregaron como parte del precio: la regla general aboga por el cumplimiento del contrato. La venta no puede deshacerse salvo acuerdo de las partes.

4. En Partidas 5.5.7, se habla de arrepentimiento de ambas partes como causa que motiva el supuesto de hecho de la norma y no de incumplimiento del comprador del pago del precio en el día fijado.

Se establecen diferentes efectos según que la señal sea: a) pura y simplemente arra, en cuyo caso no valdrá la venta, con pérdida de lo entregado si se arrepiente el comprador o devolución del doble si es el vendedor o b) consista en parte del precio, en cuyo caso ha de constar de forma expresa y clara la voluntad de las partes, sin que pueda en este caso deshacerse la venta, la regla general aboga por el cumplimiento.

En este texto de Partidas se observa la recepción del derecho justiniano en esta materia, como ha puesto de relieve ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET,¹¹⁴ pudiendo ser reflejo de las opiniones de los glosadores, fundamentalmente de Azón, Rogerio, Placentino.

¹¹⁴ ARIAS RAMOS, J-ARIAS BONET, J.A.: “La Compraventa en las partidas. Un estudio sobre los precedentes del título 5 de la quinta partida”, *Centenario de la Ley del Notariado. Sección Primera, Estudios Históricos*, Vol.II, Madrid, 1965, pp.347-348.