

Conferencia inaugural

La venta “real”

Antonio Díaz Bautista

Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Murcia

I. INTRODUCCIÓN

a) Elementos griegos en el Derecho Romano

A partir del último siglo de la República, el arte, la literatura, la filosofía y la oratoria de la antigua Roma experimentaron una notable influencia helénica. La Grecia conquistada conquistó al fiero vencedor y llevó el arte al agreste Lacio, *Graecia capta ferum victorem cepit et artis intulit agresti Latium*¹, como dicen los conocidos versos de Horacio. Sólo el pensamiento jurídico, la más original creación del pueblo romano, mantuvo su identidad y alcanzó un nivel de complejidad muy superior al griego. Sin embargo, algunos elementos jurídicos helenizantes consiguieron infiltrarse también en este terreno. A nuestro entender es una tarea fascinante la de rastrear las huellas de esos helenismos que se enroscan, como una hiedra, en las ramas de la vieja encina romana². El contrato de compraventa, como vamos a intentar exponer, nos puede ofrecer un buen ejemplo.

Pero las fuentes de conocimiento del derecho griego, a lo largo de su dilatada andadura histórica, son muy dispersas y, para precisar las reglas jurídicas, han de acudir los investigadores a textos normativos, pero también, y en mucha

1 Hor. *Epist.* 2.1.

2 En el famoso Congresso Internazionale di Diritto Romano celebrado en Roma, en 1933, tras resumir el estado de la cuestión en aquel momento, proponía SAN NICOLÒ abrir un ambicioso programa de trabajo para detectar las influencias griegas y orientales en el Derecho Romano postclásico, desde Constantino a Justiniano, vid. Il problema degli influssi greco-orientali nel diritto bizantino, en *Atti*, vol. I, págs. 257 y sigs., Roma 1934; BERGER A Pourquoi “ius graeco-romano”?, *BIDR* 55-56 (1951), págs: 290-301.

mayor medida a escritos literarios, filosóficos, epigráficos y papirológicos³. Hubo una generación de brillantes romanistas, centrada en la primera mitad del siglo XX, cuya herencia aún se manifiesta en los años posteriores, que, sin merma de su profundo conocimiento del legado jurídico de Roma, realizaron magníficas investigaciones sobre el Derecho del mundo helénico. Sin ánimo exhaustivo es preciso recordar los nombres de BEAUCHET⁴, MITTEIS⁵, PARTSCH⁶, PRINGSHEIM⁷, von LINGENTHAL⁸, TAUBENSLAG, WEISS⁹, BISCARDI¹⁰, PAOLI¹¹ H.J WOLFF¹² CANTARELLA¹³ o

3 Vid. PREAUX, Pourquoi n'y eût-il pas de grandes codifications hellénistiques?, en *RIDA* 5 (1958), págs: 365-387.

4 *Histoire du Droit privé de la République Athénienne*, 1887.

5 *Grundzüge und Chrestomathie der papyruskunde*. I. Band, con U. WILCKEN, Hildesheim, Olms, 1963.

6 *Griechisches Bürgerschaftsrecht*. 1.(único). *Recht des altgriechen Gemeindenstaats*.(reimpr. de la edición de 1909) 1966.

7 *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, The Greek sale by auction, *Scritti Ferrini* 4, Milano 1949, págs. 284-343, Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque, *RIDA* 6 (1951) págs: 161-175, Zum 'byzantinischen Affect', *ZSS*. 69 (1952) págs: 398-402, *Ausbreitung und Einfluss des griechischen Rechtes* Heidelberg 1952, Über die Basiliken-Scholien, *ZSS* 80 (1963) págs: 287-341, Enantiophanes *BIDR* 55-56 (1951) págs: 302-322, Griechischer Einfluss auf das römische Recht, *BIDR* 63 (1960), págs: 1-17.

8 *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* 3, Reimpr. Scientia Aalen, 1955; *Kleine Schriften zur römischen und Byzantinischen Rechtsgeschichte*. Band I-II , Leipzig, 1973.

9 *Griechisches Privatrech auf rechtvergleichender Grundlage*, t. I (único) *Allgemeine Lehren*, 1923 págs. 1-133 (*Die Rechtsquellen*).

10 *Profilo storico di diritto greco*, 1961 (2ª ed. con CANTARELLA E. 1974, 3ª ed. 1982) *Diritto greco e scienza del diritto*, Symposion 1974, Milán, págs: 1-22, 1978.

11 PAOLI U.E. Droit attique et droit romain dans les rhéteurs latins, *RHD*31 (1953), págs: 175-199: *NNDI s. v.* "Successioni" (Diritto greco).

12 WOLFF H.J. Die Grundlagen des griechischen Vertragsrecht *ZSS* 74, (1957), págs: 26-72; *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägyptens* (Forschungen zur römischen Recht, 13), 1961; Hellenistisches Privatrecht, *ZSS*. 90 (1973), págs: 63-90, La structure de l'obligation contractuelle en droit grec, *RHD* 44 (1966) págs: 569-583. Symposion. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (*Akten der Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte, begründet von H.J. Wolff*) (Santander, septiembre 1982, Publ. F.J. Fernández Nieto, y Ringberg, julio 1985,) Publ. Thür, Biscardi, Modrzejewski , Köln/Wien, 1989.

13 CANTARELLA E., *NNDI, s. vv.* "Vendita dir. Greco" "Obbligazione" (Diritto Greco), "Possesso" (Diritto greco); *La fideiussione reciproca*. ('Alleleggye' e 'Mutua fideiussio'). *Contributo allo*

TALAMANCA¹⁴. Parece que en los últimos tiempos ha decaído un tanto entre los estudiosos el interés hacia el Derecho griego, tal vez por la drástica reducción que ha sufrido, en el Bachillerato de todos los países, el estudio de la lengua griega, que ha quedado como patrimonio, casi exclusivo, de filólogos, lógicamente muy apartados del pensamiento jurídico. Hagamos votos porque la ciencia romanística no retorne al hábito medieval de *graeca non leguntur*¹⁵.

studio delle obbligazioni solidali (Univ. di Milano Pubbl. della Fac. di Giurisprudenza - Studi di diritto romano, 5), 1965

- 14 TALAMANCA M. *Il diritto in Grecia e a Roma* (con BRETONI) Bari, Laterza, 1981; Giudizio paragrafico ed ammissibilità dell'azione nel sistema processuale attico, en *Symposion* 1971, Köln/Wien, 1975; La legge di Dem., 'or.' 21, 94 e l'appellabilità delle pronunce dell'arbitrio privato in diritto attico, *BIDR.* 78 (1975) págs: 93-159
- 15 En nuestra Patria no han faltado aportaciones al estudio de la influencia helénica en el Derecho Romano, especialmente para el periodo bizantino, entre las cuales podemos recordar, sin pretender una enumeración completa, las de FUENTESECA, P. Sobre la novela 99 de Justiniano y la supuesta 'fideiussio mutua' *AHDE* 20 (1950) págs: 242-274; D'ORS A., Las citas de Gayo en Juan Lido, *AHDE* 21-22 (1951-52), págs: 1276-1278; Epigrafía jurídica griega y romana IV (1950-1953), *SDHI* 20 (1954), págs: 403-484, (1954-1956) .23 (1957), págs: 474-542, VI. (1957-1959) 26 (1960) págs: 453-525, VII (1960-1962) 29 (1963), págs: 455-508, VIII (1963-1965) 32 (1966), págs: 445-509, IX (1966-1968) 35 (1969), págs: 501-558, X, (1969-1971) 38 (1972), págs: 433-507; Roma ante Grecia: Educación helenística y Jurisprudencia Romana, *Cuadernos de la 'Fundación Pastor'* 2, Madrid, 1961, págs. 85-104; CASTRESANA A., *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana* Ed. Univ. Salamanca 1982; El chirographo y la syngrapha: Significación jurídica desde la República hasta Justiniano *Estudios A. d'Ors I*, Pamplona 1987, págs: 361-380; GOMEZ ROYO E., La 'natura condictiois' en los Basilicos, *Estudios J. Iglesias III*, Madrid, 1988, págs: 1363-1373; *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia 1992; Introducción al Derecho bizantino, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (VIII-1996), págs. 139-207. DIAZ BAUTISTA A., La prohibición de ser arrendatarios los clérigos de Nov. Iust 123.6, y Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación Justiniana, *AHDE* 49 (1979) págs: 721-732, y 50 (1980) págs: 683-698, Les garanties bancaires dans la législation de Justinien, y L'intercession des femmes dans la législation de Justinien, *RIDA* 29 (1982) págs: 165-191, y 30 (1983) págs: 81-99; L'intervention des évêques dans la justice séculière d'après les Nouvelles de Justinien, *Églises et pouvoir politique. Actes des journées internationales d'histoire du droit d'Angers, 30 mai - 1er juin 1985. Angers*, Publ. Univ. Angers, 1987, págs: 83-89; *Estudios sobre la banca bizantina. Negocios bancarios en la legislación de Justiniano*, Publ. Univ. Murcia, 1987.

b) La compraventa consensual romana

No es preciso insistir aquí sobre la estructura de la *emptio-venditio* en Derecho Romano clásico: un contrato consensual en el que la entrega de la cosa y el pago del precio no eran más que el cumplimiento de obligaciones derivadas de un previo acuerdo de voluntades. Dos *regulae*, una de Gayo y otra de Ulpiano, lo expresan con toda claridad. Gayo en sus Instituciones 3.139 enseñaba a sus alumnos que la compraventa se contraía cuando había acuerdo sobre el precio, aunque todavía no se hubiese pagado, ni se hubiesen dado unas arras, pues lo que se daba como arras era una señal de la compraventa contraída.

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.

Por su parte Ulp. 1 ad Sabinum, D. 18.1.2.1, afirmaba que no había venta sin precio, pero que no era el pago del precio, sino el acuerdo lo que perfeccionaba una compra realizada sin documentos escritos.

Sine pretio nulla venditio est: non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem.

Conviene observar que ambos textos se refieren al acuerdo sobre el precio y no sobre la cosa, sin duda dándolo por sentado, pero, sobre todo que los dos se cuidan en subrayar que no es el pago del precio lo que perfecciona la compraventa, sino la *conventio*. Parece que en estos fragmentos se pretende desautorizar la creencia de que la compraventa se perfeccionaba por el pago del precio, y, enseguida vamos a ver por qué.

Esta configuración del contrato de compraventa ha pasado a los códigos modernos¹⁶ y, de modo muy fiel, al Código civil español:

16 Código civil francés, art. 1582: *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer...* El art siguiente la declara perfeccionada, estableciendo la transmisión del dominio de la cosa desde que hay convenio (*nudo consensu*, sistema francés) desde que hay convenio *...quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*. Código civil alemán (B.G.B., parág. 433: 1.- *Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängel zu verschaffen.* 2.- *Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.* Código civil italiano, art. 1470: *La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro*

Art. 1445:

Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

Art. 1450:

La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

c) La compraventa “real” del Derecho griego (*ωνή και πρασις*)

Pero la tradición jurídica griega contemplaba la compraventa de modo bien diferente. Parece haber unanimidad entre los estudiosos sobre la configuración de la compraventa helénica. La *ωνή και πρασις* era lo que nosotros llamamos un “contrato real”, cuya perfección se producía por el pago del precio (*οφειλειν*), o, al menos, por su afianzamiento (*βεβαιωσις*). Ello suponía que la *traditio* (*παραδοσις*) no era necesaria para la transmisión de la propiedad, ni, en caso de producirse, tenía efecto transmisivo si el precio no había sido pagado. La cuestión ha merecido la atención de prestigiosos investigadores y tenemos que destacar la monumental monografía que publicó PRINGSHEIM, en 1950, sobre la compraventa en Derecho griego (*The Greek Law of Sale*) donde, a través de una documentación casi agobiante, por lo exhaustiva, nos describe las variadísimas formas de compraventa en el mundo griego. Si la compraventa pudo presentar esta misma estructura en la Roma arcaica, como algunos autores han supuesto, es una cuestión muy discutida, a la que más adelante aludiremos.

diritto verso il corrispettivo di un prezzo. Art. 1476: Le obbligazioni principali del venditore sono: 1) quella di consegnare la cosa al compratore 2) quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto...

d) Consecuencias prácticas de una y otra concepción

Las consecuencias prácticas de una y otra concepción son bien diferentes a la hora de responder a dos preguntas: en primer término, cuándo se transmitía la propiedad de la cosa vendida, y, en segundo lugar, a quién se transfería. Es fácil comprender que estas cuestiones no se plantearían, ni para griegos ni para romanos, en la compraventa al contado, la que más se aproximaba a la permuta¹⁷, pues en ella el pago del precio y la entrega de la cosa se producían de manera simultánea. Así debió ocurrir en la *mancipatio* primitiva, en la que se adquiría el dominio de la *res Mancipi* con la ceremonia de la pesada del metal, y quizás también con la venta consensual de las *res nec Mancipi* en los mercados. Pero el panorama se complicaría al aparecer, en la práctica comercial, la posibilidad de que una de las dos contraprestaciones, o, incluso ambas, quedasen pospuestas para un momento posterior al del acuerdo de voluntades. Pudo ser entonces cuando los romanos configurasen la *emptio-venditio* consensual, en la que cada parte estaba obligada a cumplir su obligación, mientras que los griegos siguieron apegados a la idea de la venta al contado, que no era, para ellos, más que una modalidad de permuta, y, por tanto, un “contrato real”.

Respecto a la primera cuestión, en qué momento adquiría el comprador la propiedad de la cosa, recordaremos que el vendedor no estaba obligado, en Derecho Romano clásico, a hacer propietario de la cosa vendida al comprador, sino a ponerlo en posesión de la misma, aunque esta entrega, la *traditio*, al tener la *emptio* como *iusta causa*, producía la adquisición por parte del *accipiens*, si el *tradens* era propietario. Así lo exponen claramente varios textos. Gayo en sus *Institutiones*, 2.20, afirma que si te entregare un vestido, u oro o plata, sea a causa de una venta, o de una donación o por otra causa, inmediatamente se hace tuya la cosa, siempre que yo fuere propietario.

Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

17 La distinción entre permuta y compraventa aparece en *Paul. ad ed.* D. 18.1.1pr.-1, donde recoge las controversias entre Sabino, Casio, Nerva y Próculo, y unos pasajes de Homero, que quizás no sean una mera ornamentación, sino que nos estén advirtiendo, de pasada, que, en la mentalidad helénica, no se superó jamás tal distinción.

En el mismo sentido, *Ulp. 32 ad ed. D.19.1.11.2*, señala que la obligación del vendedor era entregar la cosa, de la que el comprador se hacía dueño, si el vendedor lo era, y, si no lo era, respondía por evicción, si se hubiese pagado o garantizado el precio¹⁸:

Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur.

Al hacerse propietario el comprador por la *traditio*, podía reivindicar la cosa como dice *Ulp.17 ad ed. D.6.1.41.1*:

Si servus mihi vel filius familias fundum vendidit et tradidit habens liberam peculii administrationem, in rem actione uti potero. sed et si domini voluntate domini rem tradat, idem erit dicendum: quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit vel tradidit, in rem actionem mihi praestabit.

Pero no antes de habersele hecho la entrega, como señala *Call. 2 ed. monit. D.6.1.50pr.*:

Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager tuncque possessio amissa sit.

Lo mismo establece el Código civil español, en su arts. 609:

... La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

18 No porque el pago o el afianzamiento fueran decisivos para la perfección del contrato, sino porque el comprador *a non domino* que es vencido y privado de la cosa, sin haber pagado o afianzado, no ha experimentado una pérdida patrimonial que pueda reclamar al vendedor.

Y 1095:

El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.

Por el contrario, en Derecho Griego, como ya hemos apuntado, tan sólo se hacía el comprador dueño de la cosa, cuando pagaba o garantizaba suficientemente el precio¹⁹, aunque la cosa no le hubiese sido entregada. Sólo el pago del precio, o su afianzamiento perfeccionaban la venta. El acuerdo de voluntades, la entrega de la cosa, e incluso la redacción de un documento eran meros tratos preliminares. La compraventa no era, para ellos más que una permuta de cosa por dinero, como dice Platón:

*ἀλλαττεσθαι νόμισμα τε χρημάτων καὶ χρήματα νομίσματος.*²⁰

Uno de los muchísimos ejemplos que refiere PRINGSHEIM²¹ es el del discurso de Hypérides contra Athenógenes. Se trataba de una venta con documento por duplicado, firmado por las partes y depositado en el banco, donde se había ingresado el dinero, y se afirma que, mientras el comprador no recibiera las cuarenta monedas, no se había perfeccionado la venta y, en consecuencia, no había adquisición:

19 PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld (Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht)*, Leipzig 1919, págs. 1-2: *Schon immer hat man gelehrt, dass die Traditio zur Eigentümübertragung nach griechischen Kaufrecht nicht erforderlich sei, dass aber Eigentum nur übergebe, wenn der Kaufpreis gezahlt sei. The Greek...* págs. 190 y ss. Aporta numerosos testimonios de autores literarios como Esquilo y Jenofonte (pág. 204) Ps. Dem. Para probar que Protos es propietario de un cargamento de trigo se alega como decisivo que ha pagado el precio. En los papiros del Egipto romano (pág.196) la transferencia de la cosa vendida es consecuencia de la recepción del precio. Se plantea después la cuestión de si había una cláusula de renuncia a la *reivindicatio* por el vendedor. Mantiene que en Derecho egipcio y cunciforme era igual. Duda de si la cláusula *kyreia* (una especie de *traditio per cartam*) podía suponer una recepción ficticia., aunque cree que no.

20 (Lg. 8.849e) Cit. PRINGSHEIM, *The Greek...* pág. 205, n. 8, vid. también otras referencias, en el mismo sentido, de textos de Platón y Aristóteles en la pág 99, nn. 2-4.

21 *The Greek...* pág. 192.

τάς δέ τετράκοντα μνᾶς ἐγὼ καταβαλὼν τήν ὀνήν ἐποιησάμεν.

Antes de haber recibido el pago o su afianzamiento seguía siendo propietario de la cosa el vendedor y podía reclamársela con acción real a cualquier poseedor, incluso al comprador a quien él mismo se la hubiese entregado.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, el vendedor debía, en Derecho Romano, entregar la cosa a quien había prestado el consentimiento para comprarla, aunque el precio hubiese sido pagado por un tercero, o el comprador hubiese pagado con dinero de otro, como se expresa en varios fragmentos.

Pomp. 6 ad Sab. D.13.7.2:

Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat, tibi que cum eo convenit, ut ea res, quam iam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis: ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere coepisse neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum²².

Ner. 6 reg. D.41.1.13pr.:

Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas acquiritur etiam ignoranti²³.

Sin embargo, en Derecho Griego adquiría la cosa quien había pagado, o garantizado el precio, considerando como tal a aquel de quien procedía el

22 Un prestamista dio dinero a un deudor para que pagase la deuda garantizada con prenda y rescatara la cosa pignorada. El deudor vendió la cosa y la entregó al comprador. El prestamista y el prestatario convinieron que la cosa permanecería en prenda en poder del primero, en garantía de la devolución del préstamo. Dictamina el jurista que este convenio era inválido, porque el comprador adquirió la cosa libre de prenda, y por tanto el mutuario había intentado constituir con el mutuante una prenda sobre cosa ajena, lo cual no es posible, y añade que nada importaba que la prenda hubiese sido liberada con dinero del prestamista

23 Si un *procurator* compró una cosa por mandato de otro y la recibió por *traditio* en nombre de su mandante, adquirió éste último el dominio aunque lo ignorase. Vid. VOCI P., *Modi di acquisto della proprietà*, Milán, págs: 67 y sigs. WATSON A., *Acquisition of ownership by ‘traditio’ to an ‘extraneus’*, *SDHI*. 33 (1967), págs: 189-209. MACCORMACK G. *Nomination: Slaves and Procurators*, *RIDA* 23 (1976) págs: 191-201.

dinero²⁴, aunque el consentimiento hubiese sido prestado por otro, y aunque la cosa hubiese sido entregada a otro. Y en este punto es preciso recordar dos perfiles singulares del Derecho helénico, en cuya exposición detallada no podemos entrar ahora: el primero que el dinero prestado seguía siendo propiedad del prestamista, a diferencia de lo que sucedía en el mutuo romano²⁵, el segundo que la garantía griega, *ἐγγύη*, obligaba al garante independientemente de la exigibilidad de la deuda del deudor principal, también de modo muy diferente de cómo ocurría en la *sponsio*, la *fideipromissio* y la *fideiussio* romanas²⁶.

e) La aceptación romana de la concepción griega

No es difícil comprender que la venta “real” griega tenía muchas posibilidades de reemplazar, en la práctica, a la *emptio-venditio* consensual romana. Por una parte, porque la actividad comercial en el Mediterráneo antiguo estaba ampliamente dominada por los mercaderes griegos²⁷. Por otro lado, porque la solución helénica se adaptaba mejor a la estructura económica del contrato, es decir, al cambio de cosa por dinero, y resultaba más comprensible por los romanos que, a partir del siglo II a.C. comenzaban a abandonar sus tradicionales hábitos campesinos, para instalarse en una economía capitalista y mercantil. En nuestra opinión, no cabe pues pensar, como frecuentemente se hace, que la aparición de la “venta real” en los textos jurídicos romanos, sea simplemente fruto del vulgarismo, sino que lo es también de la influencia helénica y, sin duda, de la presión de los usos comerciales.

24 PRINGSHEIM, *The Greek...* pág. 205 *In cash sale the goods purchased are exchanged for money; the goods replace the money, the money replaces the goods. If therefore the money belonged not to the purchaser, but to somebody else, some title, if not ownership, must be acquired by him. This is the idea underlying purchase with somebody else's money. The provenance of the money used for the payment of the price is decisive for the acquisition. The person from whom the money comes, whether it be lent to the purchaser or otherwise given to or acquired by him, has not only a claim to recover the money, but a title to the goods acquired with it.*

25 DIAZ BAUTISTA, A., *Negocios bancarios...* págs. 67-69.

26 DIAZ BAUTISTA, A., *Notas sobre el aseguramiento de obligaciones...*, *AHDE* 50 (1980) págs. 683-698.

27 PRINGSHEIM, *The Greek...* pág. 206, cree que la subrogación de la cosa vendida por el precio proviene del préstamo marítimo: *The existence of this idea of subrogation had been proved for the Greek law of δάνειον. ναυτικόν.*

La *emptio-venditio* consensual romana era un negocio nacido en una sociedad rural, en la que se daba un fuerte rechazo hacia quien faltaba a la palabra dada, esto es, a la *fides*, pero en el mundo del comercio la regla general era la desconfianza, la *fides graeca* y, por ello, los mercaderes, que no concebían originariamente más que la venta al contado, consideraban, como algo consubstancial al negocio, que el dominio de la cosa sólo se transmitiera por el pago, o su aseguramiento.

Si observamos los ordenamientos modernos que, como el español, han conservado, con orgullo, el legado romano de la compraventa consensual y la transmisión de la propiedad por medio de la *traditio*, nos encontraremos con numerosas restricciones que lo debilitan, y lo aproximan a la concepción griega. Recordemos, en este sentido, la resolución del contrato por falta de cumplimiento de una de las partes, recogida en el art. 1124 del Código civil²⁸, la subogación real, en ciertos casos, de la cosa comprada según la procedencia del dinero²⁹ y, sobre todo, la práctica, muy habitual en las ventas a plazos, de pactar una reserva de dominio a favor del vendedor mientras el precio no haya sido pagado totalmente³⁰. En este punto es lícito pensar que la herencia griega está mucho más viva en nuestra

28 *La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible...*

29 Código civil, art. 1346: *Son privativos de cada uno de los cónyuges 3... Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos. Art. 1347: Son bienes gananciales 3... Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.* El art. 1355 hace prevalecer, en este punto, la voluntad común de los cónyuges. El antiguo artículo 1337 respecto a la dote, hoy desaparecida, disponía: *Tendrán también el concepto de dotales los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio...* 4º *Por compra con dinero perteneciente a la dote.*

30 La anterior Ley española de 17 de julio de 1965, sobre ventas a plazos de bienes muebles, ofrecía un curioso paralelismo con la concepción helénica, al afirmar, en art. 9, que: *De conformidad con lo dispuesto en el art. 2º, la venta de bienes muebles a plazos regulada en esta Ley, sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial.* La Ley vigente sobre esta materia, de 13 de julio de 1998, no recoge este precepto, pero establece, en su art. 7, apartados 10 y 11, la obligatoriedad de expresar en el contrato la cláusula de reserva de dominio, si así se pactara, y la prohibición de enajenar o realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio, o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso del financiador.

práctica jurídica de lo que podríamos suponer si considerásemos tan sólo los preceptos básicos sobre la materia contenidos en el Código civil.

II. LA VENTA “REAL” EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA

Pero también si consultamos los textos de los juristas clásicos, tal como los conocemos, nos encontramos con la sorpresa de que bastantes de ellos acogen la estructura de la *ὥνή καὶ πρᾶσις* helénica y no de la *emptio-venditio* consensual romana. Ambas concepciones parecen alternarse en el pensamiento de los juristas clásicos como las frases musicales de un contrapunto barroco. Podemos agrupar estos fragmentos alrededor de las dos consecuencias de la compraventa “real” griega: en primer lugar, adquisición de la cosa sólo por el pago, o afianzamiento del precio, y, en segundo lugar, adquisición por aquel de quien provenía el dinero pagado.

a) Adquisición por el pago del precio

Por lo que concierne al primer aspecto, algunos textos lo enuncian, como *regulae* generales, y otros como *responsa* a problemas concretos.

1) *Regulae*

Encontramos dos *regulae* donde se afirma, con carácter general, que la adquisición de la cosa por el comprador sólo se producía por el pago o afianzamiento del precio. Ambas son del siglo II, una de Gayo y otra de Pomponio, y fueron colocadas por los compiladores en D. 18.1, *De contrabenda emptione*. La de Gayo, 28 *ad ed. provinc.* D.18.1.53, explica que no importaba, para que la cosa se hiciese del comprador, que el precio hubiera sido pagado, o bien garantizado, mediante *fideiussio*, *expromissio*, o *pignus*,

Ut res emptoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fideiussor datus sit. quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset.³¹

31 Vid. RODRIGUEZ ALVAREZ L. Notas en torno a D. XVIII.1.53, *RIDA* 26 (1979), págs: 363-386, y Note intorno a D. 18.1.53, *BIDR* 82 (1979), págs: 119-139.

Más interesante es el otro texto, debido a *Pomp. 31 ad Q. Muc. D.18.1.19*, donde señala que lo vendido no se hacía del que lo recibía si no se había pagado o afianzado el precio, pero, inmediatamente, admite la posibilidad de transferir la propiedad sin garantía alguna, cuando el vendedor hubiese depositado su confianza en el comprador:

Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione³².

Esta última frase, con su referencia a la *fides*, nos revela la coexistencia de la venta “real” griega con la tradicional compraventa consensual romana, que, sin embargo, habría pasado ya a ser un supuesto excepcional.

También Ulpiano inserta, como de pasada, (*29 ad ed. D.14.4.5.18*), una *regula*, que afirma esta doctrina, en un fragmento sobre la *actio tributoria*, al decir que las mercancías entregadas al hijo o esclavo comerciante para venderlas, y que quedaban sin vender, podían ser reivindicadas por el padre o dueño y, por tanto exceptuadas de la *vocatio in tributum*, pues dice, y esto es lo que nos interesa ahora, que las cosas vendidas no dejaban de ser del vendedor, a no ser que el precio hubiese sido pagado o garantizado, con fiador o de otro modo.

Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari. et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero; nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse.

Finalmente las Instituciones justinianeas 2.1.41 establecen que las cosas vendidas y entregadas no se hacían del comprador si no había pagado o garantizado el precio y, para justificar este régimen, recurre el redactor bizantino al venerable precedente de las XII Tablas, aunque no precisa el precepto decenviral que,

32 Vid: BÜRGE A. Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht ZSS 99 (1982) págs: 128-157. FEENSTRA R., Fidem emptoris sequi, *Studi Paoli*, Firenze, 1956, págs: 273-287.

evidentemente, nos es desconocido. Pero pensando que, probablemente, este argumento de autoridad resultaría poco convincente, busca también el apoyo en el “derecho de gentes”, lo cual parece mucho más aceptable, puesto que los usos mercantiles griegos debían estar entonces asumidos en la práctica comercial de todos los pueblos, y, consiguientemente podrían encajar en la famosa definición gayana de *ius gentium*³³.

No obstante, los autores de las Instituciones, no pudiendo olvidar la vieja venta consensual romana, escribían, con palabras muy parecidas a las del texto de Pomponio³⁴, que si el vendedor hubiese confiado en el comprador, habría que decir que la cosa se hacía inmediatamente de éste último:

*Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expro-missore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri*³⁵.

2) Responsa

También en varios *responsa* a casos prácticos expresan esta idea los juristas clásicos. Nos hemos tomado la libertad de transcribirlos, encerrando en corchetes las frases que “sobrarían” según la técnica interpolacionística, aunque, como más adelante subrayaremos no estamos convencidos de que la alteración textual sea la única explicación para explicar la aparición de estos fragmentos tan “heterodoxos”.

33 Gai 1.1, (D.1.1.9): ... *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo omnes gentes utuntur...*

34 D.18.1.19, *vid. supra*.

35 Vid. FEENSTRA R., Inst. 2.1.41 et les origines de la ‘revendication’ du vendeur non payé, *RIDA* 4 (1950) págs: 455-465; BISCARDI A., Sulla genesi della norma giustinianea in materia di trasferimento della cosa venduta, *RIDA* 2 (1953) págs: 271-283; ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*. (vol. II), Nápoles, 1954, págs: 276 y sigs.; DE VISSCHER F., ‘Auctoritas’ et ‘mancipium’, *SDHI* 22 (1956) págs: 87-112; KASER M., Zur ‘iusta causa traditionis’, *BIDR* 64 (1961) págs: 61-97.

Ulp. 16 ad ed. D.49.14.5.1 asegura que las cosas del Fisco, que son enajenadas, se hacen del comprador inmediatamente, pero habiendo pagado el precio:

*Si ab eo, cui ius distrahendi res fisci datum est, fuerit distractum quid fisci, statim fit emptoris, <pretio tamen soluto>.*³⁶

También *Ulp. 29 ad Sab. D.47.2.14.1*, tras afirmar que el comprador no podía ejercitar la *actio furti* antes de la *traditio*, lo cual es evidente según la concepción consensual romana, puesto que aún no era propietario, se pregunta, a continuación, si se podía ejercitar esta acción contra el propio comprador que sustrajese la cosa; recoge, como respuesta, una opinión de Juliano, extraída del libro 23 de sus *digesta*, según la cual no estaría sujeto a dicha acción si sustrajo la cosa, de la que el vendedor debía responder por custodia, habiendo pagado el precio, pero que, si no había entregado el dinero sí que lo estaría, como sucedía con el pignorante que sustraía una cosa dada en prenda, se sobreentiende que sin haber sido pagada la obligación garantizada³⁷:

*Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur. et Iulianus libro vicensimo tertio digestorum scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, <soluta pretio> subriperit, furti actione <non> tenetur. <plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri>, perinde ac si pignus subtraxisset.*³⁸

Por el contrario, si el precio había sido garantizado suficientemente, se consideraba como si ya hubiese sido pagado y, en consecuencia, el comprador de un esclavo que le había sido entregado por el vendedor, podía manumitirlo válidamente, según *Paul. 15 resp. D.40.12.38.2*:

36 D'ORS, Derecho Privado Romano, 7ª ed. 1989, pág. 226, parág. 171, señala que “quizá no sea del todo imposible” que D.49.14.5.1 sea un precedente tardo-clásico en el régimen de las ventas fiscales, de Inst. 2.1.41.

37 Como señala el propio *Ulp. 29 ad Sab. D.47.2.12.2*.

38 Vid. KASER M., Die actio furti des Verkäufers ZSS 96 (1979) págs: 89-128.

Quaesitum est, an emptor servo recte libertatem dederit nondum pretio soluto. Paulus respondit servum, quem venditor emptori tradidit, <si ei pro pretio satisfactum est>, et nondum pretio soluto in bonis emptoris esse coepisse.

b) Adquisición por quien paga el precio

La otra consecuencia de la venta “real” griega, como ya hemos apuntado, era que se consideraba siempre comprador a aquél de quien provenía el dinero pagado, es decir al comprador desde el punto de vista económico y no jurídico, y, en consecuencia era a él a quien se transfería la propiedad de la cosa vendida. Pero esta solución llevaba consigo un importante problema, tanto teórico como práctico: la fungibilidad del dinero y su imposibilidad de identificación, que impedía, en principio, precisar si la suma pagada pertenecía a quien lo daba o a un tercero³⁹, y más si se recuerda que en Derecho Romano, al contrario de lo que sucedía en Derecho Griego, el dinero prestado se hacía propiedad del prestamista⁴⁰. Sin embargo, hay que advertir que también en Derecho Romano se tomaba en consideración el origen del dinero en bastantes casos, como el del *privilegium exigendi* concedido por Marco Aurelio a quien lo había prestado para la reconstrucción de un edificio⁴¹, o la prenda concedida a los pupilos sobre las cosas compradas por el tutor con dinero de ellos⁴².

39 Subraya esta dificultad C.5.51.10.1 (Diocl./ Maxim. 294), *vid. infra*, al señalar que el hecho de que el tutor y su mujer no hubiesen tenido bienes antes de la administración de la tutela, no es indicio suficiente para deducir que las cosas adquiridas con posterioridad lo hubiesen sido con dinero del pupilo, pues no se puede prohibir a los pobres la actividad económica o el aumento de patrimonio que se obtiene por el trabajo o por otras causas: ... *nam quod neque ipse neque uxor eius quicquam ante administrationem habuerunt, non idoneum huius continet indicium : nec enim pauperibus industria vel augmentum patrimonii, quod laboribus ac multis casibus quaeritur, interdicendum est.*

40 La expresión *aes alienum* que encontramos en las fuentes parece tomada en un sentido económico y no estrictamente jurídico; Ulp. 1 reg. D.50.16.213.1, “*Aes alienum*” est, quod nos aliis debemus: “*aes suum*” est, quod alii nobis debent.

41 Ulp. lib. Sing. de off. cos. D.12.1.25; Ulp. 63 ad Ed. D.42.5.24.1; Ulp. 17 ad Ed. D.42.3.1; Pap. 10 resp. D.20.1.1.

42 Ulp. 35 ad ed.D.27.9.3pr.: *Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia fundus sit emptus et magis est, ut saluum sit ius pignoris secundum constitutionem imperatoris nostri et divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus.*

Aunque la prueba de la procedencia del dinero podría ser bastante complicada, algunos pasajes de los juristas clásicos la toman en consideración para decidir quién se hacía dueño de la cosa vendida.

1) *Regulae*

La única *regula* que hemos hallado en este sentido es la formulada por *Gai. ad ed. de praed.* D.23.3.54, al afirmar que las cosas compradas con dinero dotal son dotales⁴³:

Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.

2) *Responsa*

En cuanto a los fragmentos que contienen *responsa* comencemos con *Ulp. 33 ad ed.* D.24.3.22.13, que mantiene el mismo principio que el anterior. Se refiere el texto a la mujer que se casó con un esclavo, creyéndolo libre, y que, según el jurista, tiene “como” un privilegio de preferencia si concurre con otros acreedores en la *actio de peculio*. Sin embargo esta preferencia, en caso de que hubiese créditos naturales del dueño contra el esclavo, queda reducida tan sólo a los bienes dados en dote o a aquellos que habían sido adquiridos con dinero dotal⁴⁴ que se consideran “como” (*quasi*) dotales, expresión adverbial que parece indicar un cierto matiz ficticio en esta subrogación real:

*Si mulier in condicione mariti erraverit putaveritque esse liberum, cum servus esset, concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut, si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem et, si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier nisi in his tantum **rebus**, quae vel in dote datae sunt vel **ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint.***

⁴³ Regulación que recogía el Código civil español, art. 1337 en su primitiva redacción, vid *supra*.

⁴⁴ Vid. KÖNIG H.H: Die vor der Ehe bestellte dos nach klassischem römischem Recht, *SDHI* 29, (1963) págs.: 151-237.

Una respuesta de Juliano, aceptada por *Ulp. 18 ad Sab. D.7.1.25.1*, decide que el esclavo comprado por otro esclavo, que estaba en usufructo, pertenecería al usufructuario o al nudo propietario, según cuál de ellos hubiese pagado el precio y si, ambos hubiesen pagado, será de los dos a prorrata⁴⁵:

Interdum tamen in pendenti est, cui adquirat iste fructuarius servus: ut puta si servum emit et per traditionem accepit necdum pretium numeravit, sed tantummodo pro eo fecit satis, interim cuius sit, quaeritur. et Iulianus libro trigensimo quinto digestorum scripsit in pendenti esse dominium eius et numerationem pretii declaraturam, cuius sit: nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse. idemque est et si forte stipulatus sit servus numeraturus pecuniam: nam numeratio declarabit, cui sit adquisita stipulatio. ergo ostendimus in pendenti esse dominium, donec pretium numeretur. quid ergo si amisso usu fructu tunc pretium numeretur? Iulianus quidem libro trigensimo quinto digestorum scripsit adhuc interesse, unde sit pretium numeratum: Marcellus vero et Mauricianus amisso usu fructu iam putant dominium adquisitum proprietatis domino: sed Iuliani sententia humanior est. quod si ex re utriusque pretium fuerit solutum, ad utrumque dominium pertinere Iulianus scripsit, scilicet pro rata pretii soluti. quid tamen si forte simul solverit ex re utriusque, ut puta decem milia pretii nomine debebat et dena solvit ex re singulorum: cui magis servus adquirat? Si numeratione solvat, intererit, cuius priores nummos solvat: nam quos postea solverit, aut vindicabit aut, si fuerint nummi consumpti, ad conditionem pertinent: si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis et ideo nondum adquisisse cuiquam dominium videtur, quia cum plus pretium solvit servus, non faciet nummos accipientis.

La vía a través de la cual preferían los juristas clásicos tardíos atribuir la propiedad de la cosa comprada a aquel de quien provenía el dinero, y no a quien había sido entregada, era la *vindicatio utilis*, es decir una reivindicación ficticia a favor de quien, en rigor, no era propietario, considerándolo como si lo fuera.

*Paul. 6 quaest. D.24.1.55 la concedía a la mujer cuyo marido compró con dinero donado por ella*⁴⁶:

45 Vid. ESPINOSA GOEDERT T. En torno a la 'stipulatio' y las 'adquisitiones in pendenti' por parte del 'servus fructuarius' SDHI. 54 (1988), págs: 263-275.

46 Vid. DAUBE D.: *Utiliter agere*, IVR 4 11 (1960) págs.: 69-148;; QUADRATO R. Ancora su 'utiliter agere', LABEO 10 (1964) Págs.: 356-363; : VALIÑO E *Actiones utiles*, Pamplona, Ed. Univ. Navarra, págs.: 428, 1974.

Uxor marito suo pecuniam donavit: maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit: solvendo non est et res extant: quaero, si mulier revocet donationem, an utiliter condicticia experiat? videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris comparata exstet. respondi: locupletiores esse ex donatione negari non potest: non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet et vindicare <vindicari> directo potest: et erit deterior causa viri, si ei pecunia quatenus res valet, non ultra id tamen quod donatum est, condicatur, quam si dotis iudicio conveniatur. <sed nihil prohibet etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare>.

Ulp. 1 opin. D.26.9.2 admitía la *vindicatio utilis* del sometido a tuela o curatela sobre las cosas compradas por el tutor, o el curador con dinero del sometido:

Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit vel praedia in nomen suum emerit, <utilis> actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad <rem vindicandam vel> mutuam pecuniam exigendam.

III. VENTA CONSENSUAL Y VENTA REAL EN LOS RESCRIPTOS PRE-DIOCLECIANEOS

En los rescriptos del Principado, que, no lo olvidemos, son fruto de la labor de los jurisconsultos clásicos tardíos, integrados en la Cancillería imperial, predominan claramente los que mantienen la tradición romana, pero algunos reflejan la concepción helénica.

a) Venta consensual

1) Transmisión de la propiedad por la *traditio* y no por el pago del precio

Por lo que toca a la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, un rescripto de Caracalla y otro de Alejandro Severo mantienen la concepción consensual, decidiendo que se produce por la *traditio* y no por el pago del precio, con lo que el vendedor que había entregado la cosa no podía reivindicarla del

comprador, en caso de impago, sino solamente reclamarle el precio con la *actio venditi* personal⁴⁷:

C. 4.49.1 (Ant. 215):

Adversus eum, cui agrum vendidisti, venditi iudicio consiste: nec enim tibi in rem actio cum emptore, qui personaliter tibi sit obligatus, competit.

C.4.54.3 (Alex. sin indicación del año):⁴⁸

Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex venditio.

2) No adquisición por aquel de quien procedía el dinero

Otros ordenan la adquisición de las cosas vendidas por quien las había recibido, aunque hubiesen pagado con dinero de otro. Así lo decide Caracalla cuando la madre había comprado con dinero del padre y la *traditio* se había hecho a ella: las cosas eran propiedad de la madre, aunque el hijo, como heredero del padre, podría reclamarle el dinero prestado por aquel.

C.4.50.1 (213)

Si pecunia patris fundus mancipiaque comparata sunt, tamen cum emptiones matris tuae nomine factas esse proponis, ignorare non debes traditione matrem tuam dominam fuisse constitutam. plane si pecuniae petitionem competere tibi propter numerationem pretii existimas, civiliter consiste.

Alejandro Severo considera que cuando dos hermanos compraron esclavos con dinero de la madre y se les entregaron a ellos, era propietario uno de los hermanos que sucedió al otro, aunque en el documento de compra se hubiese hecho constar la procedencia del dinero:

47 Vid. BISCARDI A., Sulla genesi... *RIDA* 2 (1953) págs: 271-283

48 Vid. WESEL U Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, *ZSS* 85 (1968) págs.: 94-172; KASER M., Zur Geschichte des precarium *ZSS* 89 (1972) Págs.: 94-148.

C.4.50.3 (Alex. 228)

Mancipia quorum meministi si, ut proponis, nomine tuo itemque fratris tui cui successisti empti vobis tradita sunt, licet instrumento emptionis matrem tuam pecuniam numerasse contineatur, persequi ea more iudiciorum non prohiberis.

Gordiano señala que los bienes comprados por la mujer con dinero del marido eran de la mujer si habían sido entregados a ella y tan sólo tenía el marido la repetición del dinero, tanto si pagó como gestor de un negocio de ella, como si lo hizo como donación, lo que, como sabemos estaba prohibido entre cónyuges⁴⁹.

C.5.16.9 (Gord. 238):

Etsi de tua pecunia Mancipia uxori tuae comparata sunt, tamen, si ei sunt tradita, eorum dominium non ad te, sed ad eam pertinet, pecuniae autem tantummodo repetitionem habes, sive negotium eius gerens numerationem fecisti sive in eam donationem conferens quantitatem pretii largitus es: etenim vel in solidum vel quatenus locupletior facta est actione cum ea competenti poteris experiri.

Y, en otro rescripto, decide el mismo emperador que las cosas compradas con dinero de un depósito irregular y entregadas al depositario pertenecían a éste.

C.3.32.6 (Gord. 239):

Si ea pecunia quam deposueras is apud quem collocata fuerat sibi possessiones comparavit ipsique traditae sunt, tibi vel omnes tradi vel quasdam compensationis causa ab invito eo in te conferri iniuriosum est.

b) Venta “real”

Pero también podemos encontrar un par de rescriptos del Principado, que parecen acoger la estructura helénica de la compraventa. Caracalla dispone que

49 Vid. STOLMAR R. *Die Genesis der utilis actio aus der celsinischen Durchgangstheorie*, Sindelfingen, 1989.

si el *curator* compró un predio para sí, con dinero del sometido, que había sido depositado para la compra de un inmueble, podrá elegir el incapaz o bien que se considerase la compra como realizada para él por medio del *curator*, lo que, evidentemente, implicaría que el predio fuese adquirido por el sometido, o bien que el *curator* aplicó el dinero a usos propios y debía pagarle los intereses legales⁵⁰:

C.5.51.3 (Ant. 215):

*Curator, qui post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, praedium sibi comparavit, elige, **utrum malis in emptione tibi negotium eum gessisse**, an, quia in usus suos conversae pecuniae sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quae iudex tutelae iudicio redditus partem religionis implebit.*

Más decididamente un rescripto de Filipo el Árabe refiere que, habiendo alguno comprado en nombre propio, pero con dinero del consultante, podía éste perseguir la cosa con una *vindicatio utilis*, aunque también tenía la posibilidad de reclamársela con la *actio mandati* o con la *negotiorum gestorum*.

C.3.32.8 (Philipp. 246)

*Si, ut proponis, pars diversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit, **praeses provinciae utilem vindicationem obtentu militiae tibi eo nomine impertiri desideranti partes aequitatis non negabit**. idem mandati quoque seu negotiorum gestorum actionem inferenti tibi iurisdictionem praebebit.*

IV. LA VENTA CONSENSUAL EN LOS RESCRIPTOS DIOCLECIANEOS

Es sorprendente comprobar cómo en los rescriptos de Diocleciano, bastante abundantes en este tema, y la mayoría fechados en los años 293 y 294, resurge, en toda su pureza, la concepción tradicional romana de la venta consensual. En ellos no existe la alternancia entre los dos tipos de venta, tan frecuente en los juristas clásicos y que se apunta, aunque en mucha menor medida, en los

50 Vid. SOLAZZI S. *Costituzioni glossate o interpolate nel 'Codex Justinianus'*, *SDH*. 24 (1958) págs.: 1-79

rescriptos del Principado. Sin embargo, la insistencia de los consultantes, pretendiendo soluciones que respondían a la concepción helénica, y el tono cortante del rechazo imperial, nos permiten sospechar que la venta real estaba muy arraigada en la conciencia popular y en la práctica de los negocios.

a) Adquisición por la *traditio* y no por el pago del precio

El rescripto más duro de todos califica como *incivile*⁵¹ *atque inusitatum* el deseo del solicitante que exigía la propiedad de una esclava vendida y entregada por él, y también de sus hijos nacidos después de la *traditio*, alegando que el precio no había sido pagado. El emperador responde que lo único que podía hacer el vendedor era reclamar el precio:

C.3.32.12 (Diocl./ Maxim. 293):

Incivile atque inusitatum est quod postulas, ut mancipium, quod tradidisti et hoc modo dominium eius transtulisti, invito eo ex nostro rescripto tibi adsignetur. unde intellegis semel ancilla emptoris facta filios etiam postea natos eius dominium sequi, cuius mater eorum eo tempore fuit. sane de pretio, si non te hoc probatum fuerit recepisse, conveni adversarium tuum.

Lo mismo sucede con el vendedor de unas viñas vendidas y no pagadas:

C.4.38.8 (Diocl./ Maxim. 294)

Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum quae dedisti repetitio competit.

A la inversa, el comprador de un esclavo que no le había sido entregado no podía reivindicarlo:

51 El adjetivo *incivile*, con el sentido de “claramente contrario a Derecho” aparece también en *Cels. 9 dig. D.1.3.24, Ulp. 8 ad ed. D.3.3.15pr. Ulp. 4 opin. D.4.2.23.3 Paul. 2 sent. D.23.2.66.1 Ulp. 2 fideic. D.34.1.14.1 Gai. 1 de verb. oblig. D.46.1.70.2 Ulp. 5 opin. D.50.13.3, Inst.1.25.13 y .2.20.34, C.3.28.2 (Sev./ Ant.), C.3.31.11 (Arcad./ Honor.), C.7.72.4 (Diocl./ Maxim.) Cons.Tanta 13(14), PS.2.19.14. *Inusitatum*, como “inabitual”, sólo aparece en el rescripto comentado y en CT.7.4.12.*

C.3.32.27 (Diocl./ Maxim. 294):

Servum emptor non traditum sibi praesentem vindicare non potest.

En un rescripto, enunciado como *regula*, se recuerda que, salvo un acuerdo inicial, probablemente un pacto de *lex commissoria*, la *actio venditi* servía solamente para exigir el precio y no para resolver una venta perfeccionada:

C.4.49.6 (Diocl./ Maxim. 293):

Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit.

Si el precio no había sido pagado, pero la cosa había sido entregada, el contrato era válido y la posesión del comprador era justa:

C.4.38.9 (Diocl./ Maxim. 294)⁵²

... placito autem pretio non numerato, sed solum tradita possessione istiusmodi contractus non habetur irritus, nec idcirco is qui comparavit minus recte possidet, quod soluta summa quam dari convenerat negatur...

Si se vendió una parte de un predio y no se entregó la *vacua possessio* el vendedor retuvo la propiedad.

C.4.49.8pr.(Diocl./ Maxim. 293)

Si pater tuus venum portionem suam dedit nec induxit in vacuum possessionem praedii, ius omne penes se eum retinuisse certum est. neque enim velut traditionis factae vectigal exsolutum, si simulatum factum intercessit, veritatem mutare potuit.

1. Quapropter aditus praeses provinciae, si animadverterit in vacuum possessionem neque patrem tuum neque successores eius emptorem vel heredes ipsius quocumque loco factos induxisse, non dubitabit nihil esse translatum pronuntiare. et si te ex empto ad inducendum in vacuum possessionem perspexerit conveniri, aestimabit, an pretium sit exsolutum: ac si reppererit non esse satis pretio factum, hoc restitui tibi providebit.

52 Vid. BROISE S. Appunti sull'animus donandi BIDR 67 (1964) págs.: 227-246.

La falta de garante del precio, o del documento de entrega no impedía que la compra fuese perfecta y consiguientemente justa la posesión del comprador, aunque, si él no probaba el pago, podía el comprador exigirselo:

C.4.38.12pr. (Diocl./ Maxim. sin fecha)

Non idcirco minus emptio perfecta est, quod emptor fideiussorem non accepit vel instrumentum testationis vacuae possessionis omissum est: nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet.

1. *Pretium sane, si eo nomine satisfactum non probetur, peti potest: ...*

Si el marido había comprado unos fundos a nombre de su mujer sin *animus donandi* y la entega había sido hecha a él, se habría convertido en dueño y, una vez fallecida la mujer, los bienes estarían excluidos de su herencia:

C.5.16.16 (Diocl./ Maxim. 291)

*Si filii tui emancipati matris hereditatem sibi adquisierunt, proba apud praesidem provinciae non donandi animo te nomine uxoris tuae praedia comparasse, sed **nominis dumtaxat eius titulo usum per possessionem rerum a venditoribus tibi traditarum dominum esse effectum**, ut comprehensa filiorum tuorum iniuria proprietatis ius incolume perseveret. nam si largiendi propositio id te fecisse constiterit, pecuniae tibi persecutio competit.*

b) Adquisición por aquél a quien se hizo la *traditio* y no por aquel de quien provenía el dinero

La Cancillería de Diocleciano rechaza también la otra consecuencia de la venta real griega, es decir, que la procedencia del dinero decidiera la adquisición de la cosa vendida, y mantienen que pertenecía a quien se hizo la *traditio*.

Aunque lo habitual es que los rescriptos se ciñan a la resolución de casos concretos y no a la enunciación de principios generales, nos encontramos con uno de Diocleciano, redactado como *regula*, en el que se defiende el carácter consensual de la compraventa. Quizás esta infrecuente forma de exponer muestre el interés del redactor por mantener la concepción romana en toda su pureza. En él se afirma que nada impedía que, habiendo pagado uno, se transfiriese la propiedad a otro, por acuerdo de ambos contratantes o por la sola voluntad del

vendedor, ya que, la venta se podía perfeccionar *inter absentes*, por intermediario, o por carta:

C.4.50.9 (Diocl./ Maxim. 294):

Nihil prohibet altero pecuniam numerante in alium vel utriusque contra-
hentis consensu vel certe venditore tantummodo volente dominium trans-
ferri: eo etiam manifeste constituto, ut inter absentes per mediam personam vel per
nuntium vel per epistulam talis contractus perfici possit.

Respecto al caso de un tío y su sobrino, que habían comprado un fundo y les había sido entregado, decide el emperador que ambos se habían hecho dueños, aunque el sobrino hubiese pagado todo el precio, del cual podía reclamar al tío la parte correspondiente, con la *actio pro socio*.

C.4.37.2 (Diocl./ Maxim. sin fecha)⁵³:

Cum proponas te praedium coniuncto dominio cum patruo tuo comparasse in posses-
sionemque tam te quam ipsum inductum, iuris ratio efficit, ut dominium
fundi ad utrumque pertineat. sane quia pretium a te solo numeratum et sollemni-
bus pensitationibus cessante socio satisfactum esse dicis, iudicio societatis id quod eo
nomine praestari oportuerit consequeris.

Si el comprador pagó con dinero suyo y de su primo, este último podía exigir su parte del dinero pudiendo exigirle su parte del dinero y no las cosas compradas.

C.4.50.8 (Diocl./ Maxim. 294):

Qui aliena pecunia comparat, non ei cuius nummi fuerunt, sed sibi tam
actionem empti quam dominium, si tamen ei fuerit tradita possessio, quae-
rit. cum itaque de rebus communibus fratrem patruelem tuum quaedam comparasse
contendas, de tua pecunia hunc conveniendo facies consultius: nam in rem de rebus
ab eo comparatis tibi contra eum petitio non competit.

53 Vid. ARANGIO-RUIZ V. *La società in diritto romano*, Nápoles, 1950, pág. 203.

Quien trataba de reivindicar una cosa no debía esforzarse en probar que el comprador de los bienes reclamados había pagado con dinero del reivindicante, porque esta circunstancia no servía de apoyo para su pretensión:

C.4.19.21.1 (*Diocl./ Maxim.* 294):

... nam res vindicantem ab emptore suos numeratos nummos adseverantem erga probationem laborare non convenit, si quidem huiusmodi, licet probetur, factum intentioni nullum praestet adminiculum.

El pupilo no podía reivindicar las cosas compradas por el tutor con dinero pupilar y subraya, además, las dificultades de precisar la procedencia del dinero:

C.5.51.10 pr. (*Diocl./ Maxim.* 294):

Si defunctus tutelam vestram administraverit, non rerum eius dominium vindicare vel tenere potes, sed tutelae contra eius successores tibi competit actio.

1. *Debitum autem aliis indiciis probari oportet. nam quod neque ipse neque uxor eius quicquam ante administrationem habuerunt, non idoneum huius continet indicium: nec enim pauperibus industria vel augmentum patrimonii, quod laboribus ac multis casibus quaeritur, interdicendum est.*

El fundo comprado por el marido con dinero de la dote no se hacía de la mujer, doctrina claramente contradictoria con lo expresado por *Gai. ad ed. de praed.* D.23.3.54 y *Ulp.* 33 *ad ed.* D.24.3.22.13⁵⁴:

C.5.12.12 (*Diocl./ Maxim.* 293)

Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem empti possit adquirere ac dotis tantum actio tibi competit. unde aditus praeses provinciae, si non te transegisse reppererit, sed ex maiore dote partem consecutam, residuum restitui providebit.

La mujer que había comprado bienes con dinero de su marido y los había recibido por *traditio* adquiriría la propiedad, pero, se añade, si el marido había comprado en su nombre, y había recibido la cosa, la adquiriría él, aunque en el

54 Vid. *supra*.

documento de venta se expresara solamente el nombre de la mujer, porque, concluye, prevalecía siempre aquel a quien había sido hecha la *traditio*:

C.4.50.6. (Diocl./ Maxim. 293)

Multum interest, utrumne uxore tua comparante pecuniam numerasti eique possessio tradita est, an contractu emptionis a te nomine tuo habito tantum uxoris nomen post instrumentis scribi feceris.

1 *Nam si quidem uxor tua nomine suo emit eique res traditae sunt nec in te quicquam de his processit, non nisi de pretio adversus eam, in quantum tu pauperior et illa locupletior facta est, habes actionem.*

2. *Quod si emisti quidem tu et tibi tradita possessio est, tantum autem nomen instrumento uxoris quondam tuae scriptum est, res gesta potior quam scriptura habetur.*

3. *...quare in domini quaestione ille potior habetur, cui possessio tradita est.*

Hay pues una sorprendente y enérgica reacción de los anónimos juristas de la Cancillería diocleciana para conservar, o, quizá, para “resucitar” la tradición romana de la venta. Un esfuerzo, que nos parece un poco romántico, por imponer la doctrina sobre la práctica. La concepción romana de la compraventa consensual quedó, seguramente, en los libros, como un monumento, pero la realidad del tráfico debía estar cada vez más apegada a la venta real de origen helénico.

V. LA VENTA “REAL” EN DERECHO JUSTINIANO

Es sumamente probable que estructura griega de la venta fuese lo más usual en la práctica negocial bizantina, pese a que el clasicismo escolástico de los compiladores mantuviera inalterados los textos que expresaban la tradición romana más genuina, junto a los que acogían la “venta real”. Sin embargo podemos observar cómo ésta última es la que domina biertamente en las disposiciones promulgadas por el propio Justiniano. Encontramos ejemplos muy expresivos en la legislación sobre materia bancaria.

Una constitución de Justiniano del año 528, muy a comienzos de su gobierno, CJ. 8.13 (14).27pr.⁵⁵, dispuso que los cargos, es decir los llamados “oficios

55 SIMON D. *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte, Heft 54)*, Munich, 1969.

enajenados” en la tradición española, adquiridos por los banqueros, u otros comerciantes, para sus familiares, o incluso para extraños, se presumiera, salvo prueba en contrario, que lo habían sido con dinero de sus acreedores, quienes podían reivindicarlos con derecho de hipoteca, en caso de no haberles sido devuelto el dinero:

*Super hypothecis, quas **argenti distractores vel metaxarii vel alii quarumcumque specierum negotiatores** pecunias sibi credentibus dare solent, hoc specialiter super amputanda omni machinatione sancimus, ut, **si post huiusmodi contractum liberis suis vel alio modo cognatis quamcumque militiam idem negotiatores adquisierint**, ea tamen vendi vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest, liceat creditoribus eorum, etiam non probantibus ex pecuniis eorundem negotiatorum liberos eorum vel cognatos militasse (dum tamen contrarium non probetur alios e suo patrimonio dedisse pecunias), creditum ab his qui militarunt exigere vel tantum eos efflagitare, quanti vendi eadem militia possit.*

*1.- Quod ita obtinere sancimus, et si extraneis quibusdam idem negotiatores de suis pecuniis huiusmodi militiam adquisisse probentur, ut, quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus talem militiam, quae vendi vel ad heredes transmitti potest, **permissum est, ut liceat creditoribus et adhuc viventium debitorum iure hypothecae vindicare militias, nisi satis sibi fiat**, et post mortem eorum exigere, quod pro isdem militiis pro tenore communis militantium placiti vel divinae sanctionis tale praestantis beneficium dari solet, hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum servetur.*

El texto, que en el pr. parece limitarse a permitir que los acreedores de los banqueros, o comerciantes, pudieran reclamar el crédito a los que ejercían el cargo, adquirido presuntamente con su dinero, decide abiertamente, en el párrafo 1º, que se podía “reivindicar” el cargo, en virtud de una hipoteca tácita. El fundamento de esta ley es el que venimos señalando en la “venta real” griega: si los cargos habían sido comprados con dinero de otro, sería comprador aquel de quien procedía el dinero y la propiedad de lo comprado se transferiría a él.

Naturalmente los banqueros no se quedaron conformes con esta disposición y protestaron al Emperador, según nos cuenta la Nov. 136, de fecha incierta, en su capítulo 2. Solicitaban que, una de dos, o se derogase aquella regla, o bien que se estableciese también para los cargos que sus clientes comprasen con el dine-

ro prestado por ellos, si no devolvían el préstamo. El emperador se negó a derogar la constitución, pero concedió el privilegio a favor de los banqueros, no de los demás comerciantes, salvo que los clientes probasen que la adquisición se había hecho con dinero propio, de manera que si no pagaban el préstamo se ejecutaría el cargo adquirido por el cliente para sus hijos:

Nov. 136.2:

εἰ γὰρ οὐκ ἔχοιεν λύσιν ἐτέραν τοῦ ὀφλήματος, τηνικαῶτα ἐκ τῆς στρατείας τῶν παίδων τὸ ἱκανὸν γίνεσθαι τοῖς ἀργύρου τραπέζης.

Pero el capítulo siguiente, es decir el 3, de la misma Novela 163 nos muestra cómo los banqueros de Bizancio obtuvieron de Justiniano, con carácter más general, que las cosas compradas por sus clientes con el dinero que ellos les habían prestado se transmitieran a los propios banqueros, si los prestatarios no habían devuelto los préstamos. En este sentido disponía que si el contrato hubiese sido hecho sin escrito y ellos mismos (los banqueros), dieran dinero u otra especie, lo que suelen hacer con frecuencia los empleados del banco que muchas veces dan o venden joyas o plata⁵⁶, y no hubieren recibido el dinero, podrán reivindicar de ellos estas cosas como propias, aunque no tuviesen hipotecas⁵⁷.

Nov. 136.3:

εἰ μέντοι ἀγραφὸν γέγονεν ἡ γένοιτο τὸ συνάλλαγμα, καὶ αὐτὶ δοῖεν τὰ χρήματα ἢ εἶδη τινὰ (οπερ μάλιστα εἰώθεν ἐπὶ τῶν προεστῆτων τραπέζης ἀργύρου γίνεσθαι, κόσμου πολλάκις ἢ ἀργύρου ἐπὶ τῶν τοιοῦτων διδομένου ἢ καὶ πιπρασκομένου), μὴ μέντοι τὸ τίμημα

56 Debía ser habitual entre los banqueros de la Antigüedad entregar metales preciosos para ser vendidos y reconvertir en mutuo el dinero obtenido. Las denominaciones usuales en las fuentes para designar a los banqueros, *αργυροπράτικοι*, *argenti distractores*, son bien expresivas de la vinculación entre la actividad bancaria y el tráfico de metales preciosos. Un caso semejante, aunque sin hacer alusión al banquero es el que nos describe *Ulp. 26 ad Ed. D.12.1.11pr.*: *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam...*

57 Sobre la indistinción entre venta con precio aplazado e hipoteca, PRINGSHEIM, *The Greek...* pág. 184, (3).

λάβοιεν, τηνικαῦτα ἐξεῖναι αὐτοῖς ὥς οἰκεῖα ταῦτα ἐκδικεῖν, καν ὑποθήκας οὐκ εχοιεν.

Las últimas frases de este cap. 3 confirman que se estableció un verdadero derecho a reivindicar las cosas, pues añade que no adquirirán las cosas quienes no pagaron el precio, sino que retendrán sin razón las cosas entregadas a ellos por otros, y, por tanto, si quedan herederos deberán restituir las cosas y, si no quedan, podrán ellos mismos, es decir los banqueros, reivindicarlas, sin que valga contra ellos ninguna hipoteca adquirida por otros:

οἱ γὰρ ἐκεῖνοι κτήσονται τὰ ἀλλήτρια, χρυσὴν μὲν οὐ καταβάλλοντες, τὰ παρ' ἐτέρων δὲ αὐτοῖς δεδομένα κατέχοντες μάτην, ἀλλ' εἴτε κληρονομοῖντο, οἱ αὐτῶν κληρονήμοι ἢ ἀποδέσουσι τὰ ὑπὲρ αὐτῶν ἢ αὐτὰ τὰ δεδομένα, ἢ καν εἰ μὴ κληρονηθεῖεν, ἐξέσται αὐτοῖς ταῦτα ἐκδικεῖν, μηδεμιᾶς ὑποθήκης παρ' ἄλλων προσγινομένης κρατούσης.

VI. LA ALTERNATIVA ENTRE LAS DOS CONCEPCIONES EN LAS PARTIDAS Y EN LAS ESCRITURAS DE LA EDAD MODERNA

Era inevitable que la concurrencia alternativa entre venta consensual y “real”, tan profundamente arraigada en las fuentes compilatorias, mantuviese su presencia en la doctrina de la Recepción. Pero sería un empeño descabellado el intentar aquí hacer un análisis profundo y completo sobre sus manifestaciones en el amplísimo piélago del Derecho Intermedio. No nos resistimos, sin embargo a apuntar alguna pincelada, acudiendo al Código de las Siete Partidas, el más venerable monumento de la tradición jurídica hispana, y a la práctica notarial del siglo XVIII.

Las Partidas configuran en principio la compraventa como contrato consensual⁵⁸, aunque no dejan de apuntar el posible pacto resolutorio de la venta por impago del precio⁵⁹. Sin embargo también en el Código alfonsino aparece, y de

58 Part. 5.5.1: *Vendida es una manera de pleyto que usan los omes entre si, e fazese con consentimiento de las partes, por precio cierto en que se avienen el comprador e el vendedor.*

59 Part. 5.5.38: *Otrosí dezimos que si el vendedor e el comprador ponen pleyto entre si que el comprador pague el precio a dia señalado; e si non pagare aquel dia que sea desfecha porende la vendida, que tal pleyto como*

modo muy patente la venta “real” griega, cuando regula la adquisición de la propiedad por medio de la *traditio*, o *apoderamiento*. El preámbulo de la ley de Partidas 3.28.46, no puede ser más expresivo: *Como non passa el Señorío dela cosa vendida, o dada, a quel que apoderan en ella fasta que aya pagado el precio.*

A continuación el Rey Sabio, parafraseando las Instituciones justinianas (2.1.41), y, por tanto, el fragmento de Pomponio (D.18.1.19) afirma que si el vendedor había entregado la cosa al comprador y éste no hubiera pagado el precio, o lo hubiese garantizado, con fiador o prenda, no se transmitiría la propiedad.

... Empero si que el oviesse vendido su cosa a otri le apoderasse della, si el comprador non oviesse pagado el precio, o dado fiador, o peños, o tomando plazo para pagar, por tal apoderamiento como este non passaria el señorío de la cosa fasta que el precio se pagasse...

Pero, enseguida, admite, sin duda como excepción, el efecto transmisivo de la *traditio*, si el vendedor se *fiasse* en el comprador.

... Mas si fiador, o peños, oviesse dado, o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiasse en el comprador del precio, estonce passaria el señorío de la cosa a el por el apoderamiento, maguer el precio non oviesse pagado. Empero tenuto seria de lo pagar.

Continuaba pues en la Edad Media el *duetto* entre venta “real” y venta consensual, y así seguiría durante la Edad Moderna. En un vaciado de protocolos del Archivo de Murcia⁶⁰, correspondiente a cincuenta y siete años del siglo XVIII, nos encontramos con que, sobre un total de algo más de 8000 escrituras, aparecen 439 encabezadas por los escribanos bajo el rótulo de “venta real”, frente a 104 en las que sólo se indica “venta”.

este es valedero; e gana porende el vendedor la señal o la parte del precio que le fue dado, si al plazo no le fue fecha la paga toda o la mayor parte della; e desfazese la vendida. Pero con todo esto en su escogencia es del vendedor de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida, o de revocar la teniendo para si la señal, o la parte del precio, segund que de suso es dicho.

60 Trabajo inédito realizado por CREMADES GRINÁN, C.

VII. ESFUERZOS DE LA ROMANISTICA POR EXPLICAR LA COEXISTENCIA DE LAS DOS CONCEPCIONES

La lectura de los textos jurisprudenciales en los que los mismos autores reflejan alternativamente dos concepciones tan diferentes sobre la venta, no pueden dejar de producirnos perplejidad. Las contradicciones son evidentes y es claro que, en este punto, los compiladores no obedecieron el mandato de Justiniano de eliminar antinomias⁶¹. Si estuviéramos en el tiempo de la hipercrítica llegaríamos a la conclusión de que los textos habían sido alterados, salvo los que recogen la castiza estructura romana de la venta consensual, conservados en su versión primigenia por un mero descuido de los compiladores. Pero el recurso a la alteración textual, sin negar totalmente su posibilidad en algún caso, está hoy pasado de moda. Siempre es posible recortar los textos, quitándoles las palabras que nos estorban, para leer en ellos lo que nos interesa. A modo de ejemplo lo hemos hecho así en varios de los fragmentos señalados, para demostrar, como simple juego intelectual, que el recurso interpolacionístico nos puede sacar de un apuro, mutilando considerablemente el texto. Habría que suponer un alto grado de torpeza en el equipo de Triboniano, para alterar sólo algunos pasajes, dejando de hacerlo en otros, o, por lo menos, para recoger textos tan abiertamente espúreos, en un tema, como el de la compraventa, de mucha trascendencia práctica. Pero, además, este remedio resulta arriesgado si tenemos en cuenta que en los rescriptos del Principado, siempre menos sospechosos de alteración, todavía se muestra alguna vacilación.

Los esfuerzos de la romanística para conciliar la dualidad de concepciones sobre la venta que aparece en los textos jurisprudenciales clásicos, han dado lugar a una literatura muy abundante, que no podemos exponer ahora, pero que, en nuestra modesta opinión, no alcanza a formular soluciones enteramente convincentes. PRINGSHEIM mantenía que el sistema de la “venta real” no regía en Derecho clásico⁶², lo que lleva inmediatamente a pensar en la alteración textual. También se subraya que, ya desde el siglo I, la interdependencia de las prestaciones llevaba a decidir que, si el comprador no había pagado el precio, no

61 Const. *Deo Auctore* 8.

62 Vid. resumen de esta opinión en VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, pág. 508.

podía exigir la entrega de la cosa con la *actio empti*⁶³, a menos que se hubiese establecido un plazo para pagar, o a afirmar que el vendedor “retenía en prenda” la cosa hasta que se pagase el precio por completo⁶⁴. Este sería el origen de la llamada por los comentaristas medievales *exceptio non adimpeti contractus*⁶⁵. Pero, como fácilmente se comprende, esto no supone la negación del efecto transmisorio de la *traditio*, ni la subrogación automática del dominio con el pago o garantía del precio. Relacionada con lo anterior está la explicación, apuntada por D’ORS de que una *replicatio doli* podría anular la *exceptio rei venditae et traditae*, opuesta por el comprador, que no había pagado el precio, contra la *reivindicatio* del vendedor⁶⁶. Pero las fuentes que admiten la compraventa real helénica no hacen mención de este recurso que, en todo caso, podría explicar la no transferencia de la propiedad al comprador que no pagó, pero no la adquisición por aquel de quien provenía el dinero, aunque se hubiese entregado la cosa a quien prestó el consentimiento. Un amplio sector de la doctrina, ALBERTARIO, ARCHI, MEYLAN y MONIER, con diversos matices, busca las raíces romanas de la venta “real” en la *mancipatio* arcaica, salvando así la misteriosa alusión de las

63 *Lab. 4 post. a Iav. epit. D.18.1.78.2: Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit: si unus omnem pecuniam solverit, partem familiae heriscundae iudicio servabit: nec, si partem solvat, ex empto cum venditore agat, quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit. C.4.49.8. 1.(Diocl./ Maxim. 293): ... praeses provinciae, ... si te ex empto ad inducendum in vacuum possessionem perspexerit conveniri, aestimabit, an pretium sit exsolutum: ac si reppererit non esse satis pretio factum, hoc restitui tibi providebit*

64 *Ulp.1 ad ed. aedil. curul. D.21.1.31.8: Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit: et hoc in emptoribus servari oportere ait: nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciatur. Scaev. 2 resp. D.18.4.22: Hereditatis venditae pretium pro parte accepit reliquum emptore non solvente: quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi cur non teneantur.*

65 Así denominan muchos civilistas actuales a la facultad resolutoria contenida en el art. 1124 de nuestro Código civil, impropriamente, a nuestro juicio, porque, en buena técnica, una *exceptio* sirve para paralizar la reclamación del contratante que no ha cumplido, pero no para reclamar la resolución del contrato.

66 D’ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1989, parág. 171, pág. 226: ...el comprador que no ha pagado el precio puede considerarse propietario de la res tradita frente a todos, pero no frente al vendedor o su nuevo causahabiente (nuevo comprador...), que pueden oponerle la *exceptio*, o *replicatio doli*. Este efecto relativo fue aparentemente absolutizado por Justiniano (*Inst. 2.1.41*), al decir que el comprador no adquiere la propiedad si no paga o da garantía; con esto se producía una posible aproximación al derecho griego.

Instituciones justinianeas a las XII Tablas⁶⁷, y algún autor, como Silvio ROMANO niega la influencia helenística, considerando que ambas formas de venta eran romanas y que las partes las escogían libremente⁶⁸.

No hemos pretendido, ni mucho menos, agotar el tema. Probablemente se nos habrán escapado algunos textos relativos a esta materia. Tampoco nos arriesgamos a formular una hipótesis que, de manera rotunda, esclarezca la coexistencia de dos concepciones tan antagónicas sobre la compraventa. Quizás fuera tan sólo la interpretación de la voluntad de las partes la que llevaría, en cada caso, a inclinarse por una u otra modalidad. Nos contentaríamos con que estas ideas, que acabamos de hilvanar, sirvieran para alertar contra la creencia de que la compraventa romana presentaba una estructura unitaria y monolítica, y también para animar a los jóvenes investigadores a profundizar sobre estas cuestiones que, a pesar del esfuerzo secular de la Ciencia romanística, aún conservan el atractivo fatal de lo enigmático.

67 ALBERTARIO y ARCHI, según VOLTERRA, *Istituzioni*.... pág. 508, afirman la aplicabilidad de esta regla a la *mancipatio venditionis causa* y la niegan para la *traditio*. Por el contrario MEYLAN y MONIER, la consideran aplicable a la *traditio* y no a la *mancipatio*, afirmando éste último que la *traditio* arcaica sólo tuvo efecto transmisivo a partir de las XII Tablas.

68 ROMANO. S. *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compraventa romana*, Padua 1937. págs. 27 y sigs. y 190-191.

