Incidencia del *instrumentum* en la concepción clásica de la *emptio-venditio*

Eva María Polo Arévalo
Universidad Miguel Hernández

La concepción de la compraventa como contrato consensual generador de obligaciones, que tuvo su origen en el progresivo desarrollo de las transacciones comerciales con extranjeros[1], provocó la necesidad de superar la originaria configuración real que tenía este contrato. Así, la nueva concepción de la *emptio-venditio* supondría la perfección con el *dato et acepto pretio*, abriéndose así la posibilidad de realizar el aplazamiento en las obligaciones que incumbían a las partes: entrega de la cosa y pago del precio[2]. Consecuencia directa de la configuración de la compraventa como contrato consensual fue la posibilidad de prescindir de elementos formales en su conclusión: las obligaciones no nacían *verbis*, *litteris* ni *re*, sino *consensu*, siendo superfluas las solemnidades que las partes pactaran llevar a cabo: la redacción de un documento o el otorgamiento de escritura ante fedatario público tendría un mero valor probatorio y el pacto de las partes únicamente conllevaría la posibilidad de compelerse recíprocamente a cumplir la forma, sin que tal obligación afectara al momento de perfección de la compraventa, que se habría producido con el acuerdo en la cosa y el precio.

La génesis y evolución del régimen jurídico de la compraventa desarrollado por la jurisprudencia clásica supuso un avance indudable para el tráfico mercantil, sobre todo en relación con los *peregrini* que hasta entonces veían limitados sus derechos comerciales por la concepción real que tenía la compraventa[3]. Sin

1 V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano, Napoli*, 1954, pp. 43 ss.

2 GAYO III, 139.- *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit.* Vid. voces "*emptio-venditio*" y "*compraventa*" en A. TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, pp. 315 y 191.

3 V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita..., cit.*, pp. 82 a 87.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

embargo, la evolución del tráfico negocial conduciría de nuevo –también en derecho postclásico pero sobre todo en el justinianeo– a una mitigación en la concepción clásica de la compraventa como contrato consensual; como puso de manifiesto LEVY[4], la transformación de la compraventa se encuentra presente en la quinta centuria puesto que la conversión del pago en *essentiale negotii* en el caso de transacciones públicas y escritas provocó que la legislación del Bajo Imperio configurara la venta como un tipo independiente de negocio de transmisión de la propiedad[5].

Esta transformación concluirá en derecho justinianeo con la exigencia en las ventas *cum scriptura* de redactar el *instrumentum* y, lo que es más relevante, la elevación de ese documento a elemento constituvo del contrato –necesario por tanto para su perfección y no como simple medio de prueba– conducirá definitivamente en esta época a una alteración de la concepción consensual que había regido sin fisura alguna en la compraventa clásica. Ahora bien, el cambio de régimen operado en derecho justinianeo se llevará a cabo de una forma peculiar ya que, si bien se mantiene la configuración clásica de la compraventa como contrato consensual, se establece un régimen especial para el caso de que las partes hubieran convenido la redacción de un documento, exigiendo en este último caso la necesariedad del *instrumentum* para el perfeccionamiento del contrato; de esta forma, el emperador abandonará a la autonomía de los contratantes la posibilidad de alterar o no la configuración de la compraventa como contrato consensual.

La radical transformación de los esquemas clásicos que ordenaban la compraventa plantea la cuestión acerca de si en épocas anteriores se había producido alguna evolución en la praxis negocial que alterara la configuración consensual de este contrato, provocando la necesidad de establecer un régimen específico en las ventas *cum scriptura*. Y es que, como afirma BONFANTE[6], resulta llamativo que sea necesario llegar a Justiniano para encontrar una disposición imperial que regule de forma expresa la *emptio-venditio*, estableciendo una importante transformación en la regulación de este contrato. A este respecto, cabe afirmar

4 B.H. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The law of property. Philadelphia*, 1951, p. 137.

5 B.H. LEVY, *West Roman Vulgar Law, cit.*, p. 168.

6 P. BONFANTE, *Decadenza delle "res mancipi" e "nec mancipi"*, en *Scritti Giuridici*, II, *Torino*, 1918, pp. 310 ss., en especial p. 316.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

que, si bien Constantino afrontó el problema que generaba la tendencia a la constancia pública de las ventas –cada vez más evidente–, sin embargo no aborda esta regulación desde el ámbito privado del contrato sino desde el público, al regular el cobro de los impuestos devengados en estas operaciones. No obstante, parece que a partir de la constitución de Constantino –recogida en *Frag. Vat.* XXXV– la escritura comenzará a cobrar un auge importante que culminará en la regulación del *codex* justinianeo. Esta preferencia por el documento se debe principalmente a la absorción de las ideas provinciales que triunfan en época de Constantino, provocando el éxito de las corrientes de pensamiento helenísticas frente a los principios tradicionales romanos[7]. Lo anterior no significa, sin embargo, que la forma escrita aparezca como una exigencia formal en los negocios jurídicos: no constituye un elemento *ad substantiam* sino *ad probationem*; ahora bien, a nuestro juicio, el protagonismo adquirido por el acto escrito en las transacciones comerciales más relevantes[8], principalmente en la compraventa, llevaría implícitamente el cuestionamiento de la concepción consensual de este contrato. De otra forma no se puede entender el motivo de que numerosos textos aludan, de forma tan reiterada, a lo innecesario que resultaba acudir a la forma escrita en la compraventa:

> C. 7, 32, 2.- (*Imp. ALEXANDER A. GAURO*).- *Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuam possessionem eius, quod per procuratorem emisti, non sis inductus, cum ipse proponas diu te in possessione fuisse omniaque ut dominum*

7 La doctrina romanística mayoritaria atribuye el predominio adquirido por la escritura en el derecho romano a la práctica contractual escrita presente en las provincias orientales de influencia helenística. Vid. a este respecto, entre otros autores, G. SEGRÈ, *Note sulla forma del documento greco-romano*, en *BIDR*, XXXVI, 1927, pp. 69 ss.; B.H. LEVY, *Western und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, en *ZSS*, XLIX, 1929, pp. 255 ss.; U. ALVAREZ SUAREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, IV, 1946, pp. 81 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Documenti probatori e dispositivi in diritto romano*, en *Acta Academiae Universalis Iurisprudentiae Comparatae*, III, *Roma*, 1953, pp. 353 ss.; M. TALAMANCA, Voz *"Documento e documentazione (diritto romano)"*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIII, 1964, p. 548; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *München*, 1971, pp. 230 ss.; J.L. MURGA, *Derecho romano clásico*, II, *El proceso*, Zaragoza, 1983, p. 317; M. AMELOTTI, *Genesi del documento e prassi negoziale*, en *Scritti Giuridici, Torino*, 1966, pp. 163 ss.

8 P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, en *IURA*, 38, 1987, pp. 72 ss., en especial, p. 88.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

gessisse. Licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti.

C. 4, 38, 12, pr.- (*Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS A. PACIANO*).- *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. Pretium sane, si eo nomine satisfactum non probetur, peti potest: nec enim licet in continenti facta paenitentiae contestatio consensu finita rescindit.*

C. 4, 21, 10.- (*Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS A. VICTORINO*).- *Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat, consequenter amissis etiam quae intercesserant non tolli substantiam veritatis placuit.* (*Dat. VIII. Kal. Novemb. Retinassi, AA. Conss. 293-304*).

Pauli Sent. II, 17, 13.- *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi.* a.- *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur.*

Pauli Sent. I, 7, 7.- *Qui aliquem in domo sua clausum tenuerit, quascumque ei scripturas extorserit, non valebunt.*

Pauli Sent. II, 18, 10.- *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum obligatio sine causa demonstratur, si quo modo voluntas de fide contractus possit ostendi. Interpretatio.- In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiriuntur, si quodumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci.*

Pauli Sent. V, 2, 3-4.- *Viginti annorum non requisitam possessionem, si tamen iustum possidendi initium intercessisse probatur, possessori prodesse certum est. Iustum autem initium est emptionis hereditatis donationis legati fideicommissi et ceterarum rerum similium, quae per legitimas scripturas atque contractus ad uniuscuiusque dominium transire noscuntur. Huius autem rei praescriptio inter praesentes decennii est, inter absentes vero vicennii computatur.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

La insistencia de emperadores y jurisconsultos por remarcar lo innecesario que resultaba el documento para la perfección de las compraventas pone de manifiesto, a nuestro juicio, la relevancia que la escritura había adquirido en la práctica; esa reiteración hubiera resultado superflua de no haber sido porque seguramente se cuestionaba el alcance que tenían los escritos que se redactaban para dejar constancia de los contratos. Resulta ilustrativo a este respecto la tenacidad que muestra Diocleciano por remarcar que el documento no tenía la importancia que se le estaba otorgando en los juicios de esa época[9]:

> C. 4, 19, 12.- (*Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA.CHRONIAE).- Cum res non instrumentis gerantur, sed in haec gestae rei testimonium conferatur, factam emptionem et in vacuam possessionem inductum patrem tuum pretiumque numeratum quibus potes iure proditis probationibus docere debes.* (*Dat. V. Non. Octob. AA. Conss. 293-299*).

En el texto se afirma que la existencia de un documento o su contenido carece de trascendencia, ya que lo realmente importante es lo que éste contiene: *res gesta potius quam scriptura valet.* Sin embargo, a nuestro juicio, al intentar restar relevancia al documento, lo que en realidad se está constatando es la creciente influencia que la prueba escrita estaba adquiriendo en los procedimientos[10].

El auge de la escritura como medio de prueba de la celebración de las compraventas[11] y su habitual uso en la práctica se ve refrendado definitivamente con

9 Como sostiene KASER, se origina en los procesos una desconfianza progresiva hacia el testimonio oral y un aumento, por ende, de la fuerza probatoria que poseen los documentos redactados por *tabelliones*. Vid. M. KASER, *Das römische..., cit.*, p. 382.

10 La relevacia de la prueba escrita se observa, entre otros textos, en C. 3, 32, 10; C. 3, 32, 19; C. 3, 36, 5; C. 4, 2, 10; C. 4, 19, 4; C. 4, 21, 1; C. 4, 21, 7-8-11-13; C. 5, 4, 2; C. 5, 12, 15; C. 5, 15, 1. Según AMELOTTI, se produce en época del Principado una clara influencia de las ideas orientales que siempre habían atribuido un papel constitutivo al documento; por ello, la escritura tuvo una gran difusión en la parte occidental del Imperio, aunque con un valor probatorio, no llegando a ser esencial para la validez del negocio. Vid. M. AMELOTTI, *Negocio, documento y notario en la evolución del derecho romano*, en *Scritti Giuridici, Torino*, 1966, pp. 155 ss. (= en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 29, 1987, pp. 141 ss.).

11 Como afirma P. VOCI en los juicios se sobrevaloró la prueba escrita frente al resto de medios probatorios. Vid. P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 88.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

la publicación de la constitución recogida en *Frag. Vat.*, XXXV –extractada en C. Th. 3, 1, 2[12] y contenida en parte en C. 4, 47, 2[13]– donde se afronta esta tendencia a la constancia pública de las ventas[14]:

12 C. Th. 3, 1, 2.- (*Imp. CONSTANTINUS ad GREGORIUM*).- *Qui comparat censum rei comparatae congnoscat: neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debebit hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit et id ab alio deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id quod dedit pretium fisco vindicante perdat. Id etiam placuit neminem ad venditionem rei cuiuslibet accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera propietas a vicinis demostretur; usque eo legis istius cautione currente, ut, etiamsi subsellia ve, ut vulgo aiunt, scamma vendantur, ostendendae propietatis probatio compleatur. Nec inter emptorem et venditorem sollemnia in exquisitis cuniculis celebrentur sed fraudulenta venditio penitus sepulta depereat. (Dat. Prid. Non. Februar. Constantinopoli Feliciano et Titiano Conss.) Interpetatio.- Quicumque villam comparat, tributum rei ipsius, sicuti et ius possessionis se comparasse cognoscat, quia non licet nulli agrum sine tributo vel solutione fiscali ant comparare aut vendere. Quod si subpressa fiscali solutione aliquis vendere ausus fuerit vel comparare praesumpserit, noverint inter quos talis fuerit secreta transactione contractus, quod et ille pretium perdat qui emptor accesserit et venditor possessionem amittat, quia iubetur, ut vicini rei quae venditur testes esse debeant et praesentesm, in tantum, ut etiam de mediocribus rebus si quid in usum venditur, ostendi vicinis placeat et si comparari, ne aliena vendantur.*

13 C. 4, 47, 2.- (*Imp. CONSTANTINUS A. ad MARCELLINUM*).- *Rei annonariae emolumenta tractantes cognovimus hanc esse causam maxime reliquorum, quod nonnulli captantes aliquorum momentarias necessitates sub hac condicione fundos comparant, ut nec reliqua eorum fisco inferant et immunes eos possideant. Ideoque placuit, ut, si quem constiterit huiusmodi habuisse contractum atque hac lege possessionem esse mercatum, tam pro solidis censibus fundi comparati quam pro reliquis universis eiusdem possessionis obnoxius teneatur, cum necesse sit eum qui comparat censum rei comparatae agnoscere, nec licere cuidam rem sine censu comparare vel vendere.* (*Dat. Kal. Iul. Agrippinae, CONSTANTINO A. V. et LICINIO Caes. Conss. 319*).

14 A pesar de que los textos no difieren en su contenido, si lo hacen en la datación ya que en los Fragmentos Vaticanos consta el año 313, mientras que en el Código Teodosiano figura el año 337. Ello ha ocasionado una polémica doctrinal respecto a la fecha correcta, y así BONFANTE defiende que el año 313 es el correcto; DUPONT mantiene que es el año 337; y LEVY, seguido por ARANGIO-RUIZ, ha propuesto incluso la posibilidad de una doble fecha para la constitución. Vid. P. BONFANTE, *Decadenza..., cit.*, p. 311, n. 1; C. DUPONT, *La vente dans les constitutions de Constantin*, en *RIDA*, 3ª Serie, II, 1955, pp. 237 ss.; B.H. LEVY, *Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechtes*, en *Atti dell Congresso Internazionale di diritto romano, Roma*, II, *Padova*, 1935, p. 41; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita..., cit.*, p. 94. Para una exposición de las distintas posiciones doctrinales en torno a la fecha de la norma constantiniana, vid. P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, pp. 110 y 111.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

Frag. Vat., XXXV, 1.- *Nulla verecundiae vel quietis mora vel quolibet intervallo cunctandi passim nunc singuli, modo populi proruentes nostros in obtutus sic uniformes querellas isdem fere sermocinationibus volutarunt, ut nec interpellantium credulitati valeret occurri nec allegationum qualitas disparari, parens carissime atque amantissime nobis. Pari siquidem exemplo vociferationibus consertis multitudines memorarunt non iuste res suas esse divenditas, aliis possidentibus se fiscalia luere, frequenti denique obsecratione delata remedium cupiverunt.*

2.- *His sumus valde permoti, verentes ne alicuius calliditatibus aversabili emolumento persuasi res suas venderent sine censu ac post subsidia nostrae mansuetudinis precarentur, itaque versutis calliditatis commenta miscentibus, dum insidiarum fallentium non suspicamur arcana, pro innocentiae nostrae natura ceteros aestimantes, detrimento census nocentes levaremus.*

3.- *Has fraudes, hos dolos, istas argutias lege prohibemus, constitutione secludimus, et idcirco iustae providentiae consulta deliberatione sancimus, ut omnino qui comparat rei comparatae ius cognoscat et censum, neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debebit hac lege, ut si aliquid sine censu venierit et post ab aliquo deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id quod dedit pretium fisco vindicante deperdat.*

4.- *Id etiam volumus omnibus intimari nostrae clementiae placuisse neminem debere ad venditionem rei cuiuslibet adfectare et accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur: usque eo legis istius cautione currente, ut etiamsi subsellia vel ut vulgo aiunt scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur.*

5.- *Hinc etenim iurgia multa nascuntur; hinc proprietatis iura temerantur hinc dominiis vetustissimis molestia comparatur, cum caecitate praepropera et rei inquisitione neglecta, luce veritatis omissa nec perpetuitate cogitata dominii, iuris ratione postposita ad rei comparationem accedunt. Omissis omnibus dissimulatis atque neglectis id properant atque festinant, ut quoque quoquo? Modo cuniculis nescio quibus inter emptorem et venditorem sollemnia celebrentur: cum longe sit melius, sicuti diximus, ut luce veritatis, fidei testimonio publica voce, sub clamationibus populi idoneus venditor adprobetur, quo sic felix comparator atque securus aevo diuturno persistat.*

6.- *Quod pro quiete totius successionis eloquimur, ne forte aliquis venditor suum esse dicat, quod esse constat alienum, idque comparator malo venditore deterior incautus et credulus, cum testificantibus vicinis omnia debeat quaerere, ab universorum disquisitione*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

dissimulet quem sic oporteat agere, ut nec illud debeat requiri quod ex iure dicitur:" si a domino res vendita sit".

7.- *Ita ergo venditionum omnium est tractanda sollemnitas, ut fallax illa et fraudulenta venditio penitus sepulta depereat. Cui legi deinceps cuncti parere debebunt, ut omnia diligenti circumspectione quaesita per universas successiones tuto decurrant neque aliquem ex inprovidentia casum malignae captionis horrescant.*

La constitución de Constantino se ocupa de la estructura de la venta desde un punto de vista incidental, puesto que el interés primordial del emperador es garantizar el cobro de los impuestos, que venía soslayándose de forma habitual por las partes contratantes. Se regulan dos materias diferenciadas, estableciendose disposiciones en torno al *census* y a la *traditio ex venditione* y, sobre esa base, la constitución exige en las ventas el cumplimiento de algunas formalidades[15]. Ahora bien, aunque Constantino no aborda las compraventas con la intención de establecer su régimen, sin embargo, a nuestro juicio, esta circunstancia precisamente es la que concede relevancia a su contenido, porque atestigua la práctica jurídica de la época[16].

Un primer problema que ha suscitado discusión en la doctrina romanística es el objeto al que se refiere la norma constantiniana. Mientras que algunos autores[17] entienden que la constitución está referida a todo tipo de bienes, la mayoría de la doctrina[18] se muestra de acuerdo en defender que la norma se está refiriendo a la compraventa de inmuebles; en efecto, como afirma VOCI[19], las

15 Como afirma BONFANTE, la publicidad de las compraventas de inmuebles se hacía necesaria para conocer quien era el propietario del bien y, por tanto, el sujeto pasivo del impuesto. Vid. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La propieta*, 2, pp. 187 ss.

16 Como pone de manifesto LEVY, el pensamiento del emperador no puede estar guiado sobre la base de conceptos técnicos romanos, sino que opera bajo el influjo de concepciones helenísticas. Vid. B.H. LEVY, *West Roman Vulgar Law, cit.*, p. 41.

17 F. SCHUPFER, *La pubblicità nei trapasi della propietà secondo il diritto romano del Basso Impero*, en *RISG*, XXXIX, 1905, pp. 10 ss.; C. DUPONT, *La vente..., cit.*, p. 243.

18 P. BONFANTE, *Decadenza..., cit.*, pp. 310 a 313; G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, en *Scritti Ferrini, Milano*, 1946, pp. 665; V.ARANGIO-RUIZ, *La compraventita..., cit.*, p. 95; P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 111 ss.; F. GALLO, *Per la interpretazione di Vat. Frag. 35*, en *Studi Betti, Milano*, 1962, pp. 448 ss.

19 P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 111.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

alusiones a *possessionem deperdere* y *possessio* no pueden referirse a otros bienes más que a los fundos; además, el fraude fiscal que trata de evitar la norma –*venditio sine censu*– gravaba los bienes inmuebles e, igualmente, la *interpretatio* de C. Th. 3, 1, 2 hace mención a los términos *villa* y *ager*; ello con independencia de que la presencia de los vecinos que establece Constantino como formalidad que se debía cumplir para evitar las ventas *a non domino* sólo tiene sentido si se trataba de transferencia de inmuebles[20].

Parece claro, por tanto, que el objeto de la norma son los bienes inmuebles; sin embargo, cabe preguntarse si su regulación abarcaba cualquier categoría de estos bienes o, por el contrario, su ámbito de aplicación se restringirá a alguno específico. En este aspecto la doctrina se encuentra dividida, entendiendo VOCI[21] que la norma se refería a cualquier especie de inmueble al establecer la constitución que *venditio rei cuiuslibet*, sin importar el valor económico que ostentaran; mientras que LEVY[22], sin embargo, restringe el objeto de la constitución a los fundos rústicos, posición que es seguida por GALLO[23] que también defiende que la norma regula solamente a la compraventa de tierras.

Por lo que se refiere al contenido de la norma, como ya se ha tenido ocasión de mencionar, la principal preocupación de Constantino es el fraude fiscal existente en las ventas, y asi pone de manifiesto que el pacto alcanzado por las partes en cuanto al pago del impuesto por parte del vendedor –eximiendo al comprador de toda obligación respecto al fisco– se convertía en un fraude porque ninguno afrontaba el pago: el comprador oponía el pacto frente al fisco y el vendedor alegaba que ya no era el poseedor y, por tanto, no debía soportar esa carga. Para intentar atajar esta práctica abusiva, la constitución dispone que el pago del impuesto debía ser obligatoriamente de cargo del comprador, estableciendo además sanciones importantes en el caso de que se incumpliera el régimen dispuesto y exigiendo ciertas formalidades para asegurar la publicidad de la transferencia.

20 P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 113.

21 P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 113.

22 B.H. LEVY, *West Roman Vulgar Law, cit.*, p. 128. Vid. también del mismo autor *Weströmisches Vulgarrecht:das Obligationenrecht, Weimar*, 1956, p. 207.

23 F. GALLO, *Per la interpretazione..., cit.*, pp. 465 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

Por lo que se refiere a las sanciones, se castiga con la nulidad del contrato y pérdida de derechos para ambas partes en caso de que el comprador no asumiese explícitamente la obligación de pagar las tasas, produciéndose la confiscación de cosa y precio. La gravedad de estas sanciones pretendía sin duda intimidar a los contratantes para que afrontaran las obligaciones fiscales que estaban siendo obviadas por la práctica habitual de esa época[24].

En cuanto a las formalidades establecidas en la constitución, cobra relevancia las constantes referencias que se realizan a la forma solemne de las compraventas. El emperador, a fin de asegurar la publicidad de las transferencias y evitar las ventas *a non domino*, requiere la presencia de un cierto número de vecinos para atestiguar que el vendedor era propietario de las cosas que vendía: como se afirma en el cuarto fragmento, *eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera propietas vicinis praesentibus demostretur.* Se presupone, por tanto, la celebración solemne del contrato, una vez que se procede a la intervención de los vecinos que debe testimoniar la propiedad del vendedor. Así, como se pone de manifiesto en el fragmento quinto, *ut luce veritatis, fidei testimonio, publica voce, subclamationibus populi idoneus venditor adprobetur*; se quiere evitar que *ut quoquo modo cuniculis nescio quibus inter emptorem et venditiorem sollemnia celebrentur.* Estas palabras, como advierte VOCI[25], denotan que la situación anterior a la constitución era la existencia de un documento que reflejaba la compraventa concluida y la *traditio*, la autorización para la posesión. Por tanto, como se constata en el fragmento cuarto, el vendedor transfería la tierra y el comprador entregaba el precio, siendo venta y transferencia dos actos simultáneos[26]. Se observa, pues, que la forma solemne se presupone a lo largo de toda la constitución: en el fragmento quinto, cuando Constantino pone de manifiesto los inconvenientes que se derivan de la celebración de uan compraventa sin que se produzca la intervención de los vecinos, se dice *contractus, sollemniter excplicatur*; igualmente, en el sexto también se manifiesta *sollemniter celebrantur* y en el séptimo comienza con la mención *ita ergo venditionum omnium est tractanda sollemnitatis...*, significando, como afirma GALLO[27] que el nuevo requisito del testimonio veci-

24 C. DUPONT, *La vente..., cit.*, pp. 245 y 246.

25 P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 117.

26 Vid. C. Th. XI, 3, 2, que se refiere a *qui emtione dominium nancti.* Vid. tambien C. Th. IV, 5, 1.

27 F. GALLO, *Per la interpretazione..., cit.*, p. 450.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

nal se integre en la forma solemne que usualmente venía llevándose a cabo en las ventas, esto es, en las ventas de inmuebles.

Las menciones a la forma solemne de las compraventas lleva a plantear la cuestión de si se trata de una referencia a la forma escrita en estos contratos o, por el contrario, se deben entender como alusiones a otro tipo de formalidades. En este sentido, VOCI[28] afirma que *sollemnis* tan sólo se refiere a que el negocio se realizaría siguiendo las costumbres o usos establecidos, incluso podrían significar los requisitos exigidos en ese acto jurídico concreto. Así, el autor afirma que en la constitución, con toda probabilidad, la solemnidad haría referencia a la tradición establecida por las prescripciones de Constantino y no a la forma escrita; según VOCI "*Costantino non è amico o nemico del documento in sè: quel che gli preme è il rifiuto del documento onnicomprensivo, che testimoniava del contratto e insieme dell'acquisto della cosa, compiuto o solo autorizzato*"; este negocio es que el Constantino desprecia por entender que se trata de un fraude[29]. En definitiva, el autor entiende que no se exige la escritura en la constitución, aunque afirma que la praxis aumentará los requisitos para los inmuebles que necesitarán de la *insinuatio apud acta*, tal y como se desprende de los papiros de Ravenna[30].

Otros autores, sin embargo, entienden que con la alusión a la solemnidad Constantino está suponiendo la forma escrita de la venta, toda vez que era usual que las compras de mayor importancia económica –como eran las de inmuebles— fueran revestidas de apariencia documental. Así, ARCHI[31], entiende que la redacción escrita en la compraventa "*è presupposta dalla costituzione, che per l'appunto parla di "celebrare venditionem"* –en el parágrafo sexto– *e di "contratctus sollemniter explicare* –en el fragmento quinto–"[32]. Según el autor, Constantino no estableció explícitamente la forma escrita como elemento esencial en las ventas sino que se limitó a regular las consecuencias del acto escrito en estos contratos;

28 P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 116.

29 P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano, Milano*, 1996, p. 451.

30 P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, pp. 142 ss. El autor realiza un análisis exhaustivo de los Papiros de Ravenna referentes a la venta, concluyendo que se deduce un acercamiento entre el régimen jurídico existente para venta y donación puesto que en ambas se practica la *insinuatio* cuando se trata de transferencia de bienes inmuebles.

31 G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, en *Scritti Ferrini, Milano*, 1946, pp. 661 ss.

32 G.G. ARCHI, *Indirizzi..., cit.*, p. 668.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

en definitiva, el emperador se encuentra con una costumbre muy extendida –celebrar ventas por escrito– y, aceptándola, tenderá a dar a los documentos ciertas garantías[33].

Ahora bien, ARCHI entiende que, pese a no ser explícitamente exigida la escritura, el hecho de que la documentación del negocio se presuponga constituye una singularidad desde el punto de vista de técnica legislativa, porque las partes, en cuanto quieren la redacción escrita, la elevan a elemento esencial del negocio; así, según el autor, se puede observar en la mentalidad postclásica[34]. Afirma ARCHI que se documenta no tanto el negocio sino más bien su ejecución, es decir, la transferencia de los bienes y la causa jurídica que lo determina, reflejando así la venta como negocio real: el contrato existe en tanto la cosa es consignada y el precio pagado. Constantino, por tanto, abandona la pureza clásica en la redacción de su constitución y la consecuencia es que no se preocupa de regular la estructura propia de los institutos jurídicos[35], ya que sus normas tienen que cumplirse y están destinadas tanto a Roma como a los ambientes provinciales[36].

ARANGIO-RUIZ[37], sin embargo, afirma que la constitución está presuponiendo que el contrato de compraventa para los bienes inmuebles debía ser redactado por escrito; remarca así el autor la tendencia posclásica que existía de identificar el contrato y su ejecución cuando las partes optaban por la redacción escrita del mismo[38]. La *traditio* de cosas inmuebles, abolida *mancipatio* e *in iure cessio*, tendía a revestirse de un carácter solemne bien a través de una escritura privada o de un acto público que se trataba de un verdadero transferimiento de la propiedad[39].

33 G.G. ARCHI, *Indirizzi..., cit.*, p. 669.

34 G.G. ARCHI, *Indirizzi..., cit.*, p. 669.

35 G.G.ARCHI, *Indirizzi..., cit.*, p. 670.

36 Como afirma ARCHI, "*la conseguenza è che la costituzione, lungi dal sanare la incomprensioni dell'epoca nuova, viene ad accrescerle, perchè appunto si mette a ragionare non con la mentalità dei tecnici ma degli atecnici*" y llega incluso a manifestar que "*le sue impreciosini di concetti e di termini dovevano poi trovar fortuna nelle varie parti dell'impero, perchè conformi al nuovo ambiente decadente, no perchè attestatrici della vitoria di una tradizione sopra un'altra*". G.G. ARCHI, *Indirizzi..., cit.*, p. 670.

37 V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita..., cit.*, p. 95.

38 V. ARANGIO-RUIZ, *La compraventita..., cit.*, p. 181.

39 V. ARANGIO-RUIZ, *La compraventita..., cit.*, p. 182.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

En definitiva, se constata en el régimen constantiniano una práctica subyacente de realizar las ventas en documentos que, sin embargo, sólo tenían efectos probatorios y en ningún caso constitutivos. Por tanto, en nada afecta al régimen clásico la norma de Constantino[40], siendo el acuerdo de cosa y precio el momento de perfección del contrato. Ahora bien, se constata la tendencia a realizar las ventas en documentos y la transferencia de propiedad y entrega del precio en el mismo acto, poniendo se manifiesto una vuelta al carácter real de este contrato.

El régimen postconstantiniano se caracteriza por la ausencia de normas referentes a la compraventa, si bien la laxitud que en general existe respecto a la técnica jurídica[41] –y que llevará a conceptuar al negocio jurídico como un instrumento o formalidad necesaria para alcanzar el fin económico[42]– influirá especialmente en su regulación, ya que en esta época se acentuará el primitivo carácter real abandonado en derecho clásico[43]. Será habitual, por tanto, que las partes intercambien ahora en el mismo acto cosa y precio, sin posponer el cumplimiento de sus obligaciones. La configuración real de la compraventa se constata de forma clara en una Novela de Valentiniano III del año 451:

> *Nov. Valent.*, XXXII, pr.- *Volenti vendere difinitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Vidal instrumentorum scriptor, sciant it apud quos venditionis documentum necesse est adlegari. Nihil refert quis emat, cum publica fide pretium venditor consequatur.*

La constitución dispone que el vendedor debía recibir el precio fijado en la escritura de venta, circunstancia ésta que debía constatarse tanto por el redactor del documento, como por los testigos y las partes contratantes, en especial con la declaración expresa del vendedor de haber recibido el precio. Se pone de manifiesto la transformación del concepto clásico de compraventa que venía operándose en la práctica jurídica, reflejando además varios aspectos relevantes: que las ventas normalmente se formalizaban por escrito[44]; que el *instrumentum* era redac-

40 C. DUPONT, *La vente..., cit.*, p. 260.

41 Para una visión global del pensamiento postclásico, vid. B.H. LEVY *West Roman Vulgar Law, cit.*, pp. 39 ss.

42 G.G ARCHI, *Indirizzi..., cit.*, pp. 680 y 681.

43 G.G. ARCHI, *Indirizzi..., cit.*, p. 681.

44 Como afirma VOCI, aunque ninguna ley obligara a la redacción de un documento, probablemente se recurriera a él por comodidad. P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 125.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

tado al efecto generalmente por un tercero; que en el mismo acto de redacción se producía el intercambio de cosa y precio entre comprador y vendedor; y que la recepción del precio no sólo debía reflejarse expresamente en la escritura, sino que, además, tenía que ser testimoniado por todos los intervinientes en ese acto.

El protagonismo que adquiere la entrega del precio constata, como se ha tenido ocasión de mencionar, el retorno a la concepción real de la compraventa que había sido superada en derecho clásico; tal es la relevancia que la Novela de Valentiniano concede a la recepción del precio que, para garantizar su cumplimiento, se imponen graves sanciones para el caso de que el comprador soslayara su obligación: la venta se consideraba fraudulenta, equiparándose a la realizada con violencia –deviniendo nula por tanto– y el comprador no sólo quedaba obligado a compensar el precio estipulado en la escritura, sino que, además, perdía la propiedad del bien comprado que debía devolver al vendedor.

La regresión al carácter real de la compraventa, sin embargo, no supone una novedad de esta época; el requisito del pago del precio procedía del derecho común, como se deduce de la claúsula *dummodo emptio et venditio celebretur iure commune* reflejada en la Novela de Valentiniano, y cabe recordar que en la práctica jurídica anterior ya venía requiriéndose la entrega del precio como se constata –al menos en Oriente– en algunos rescriptos de Diocleciano[45]. Como ya afirmara

45 C. 3, 32, 12.- (*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. ALEXANDRO*).- *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.* (*Dat. VI Id. April AA. Conss.* 293-304); C. 4, 38, 9.- (*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. SEVERO*).- *Empti fides ac venditi sine quantitate nulla est. 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. sed et donationis gratia praedii facta venditione si traditio sequatur, actione pretii nulla competente perficitur donatio.* (*Dat. VIII. Kal. April Sirmii Conss.* 293-305); C. 4, 38, 12, pr.- (*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. PACIANO*).- *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. Pretium sane, si eo nomine satisfactum non probetur, peti potest: nec enim licet in continenti facta paenitentiae contestatio consensu finita rescindit*; C. 4, 49, 6.- (*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. NERATIO*).- *Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit.* (*S. VI. Id. April Byzantii, AA. Conss.* 293-304).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

LEVY, en el derecho vulgar la compraventa se transformó en un negocio simultáneo, en el que acuerdo, entrega de la cosa y pago del precio se realizaban en el mismo acto[46].

La forma escrita era un recurso habitual en los negocios más frecuentes de la época, esto es, las compraventas y, a este respecto, cabe añadir que otra constitución de Valentiniano III del año 444[47] –aunque sin imponer su uso– también se refiere a la utilización del *instrumentum* en las ventas inmobiliarias, aunque sin imponer su uso. Con ocasión de la regulación de un nuevo impuesto –el *siliquaticum*– el emperador establece los requisitos que debían concurrir en las ventas inmobiliarias, sancionando con la nulidad aquellas que no fueran insinuadas *apud acta municipalia*, y otorgando por tanto carácter de esencial al requisito de la inscripción en los archivos municipales. Para cumplimentar el requisito de la *insinuatio*, debía ser convocado el agente del fisco por las partes o por el *tabellio*[48].

La referencia al documento de venta, aunque sin ser obligatorio, sin embargo, denota la asiduidad con que las partes recurrían a su otorgamiento, tanto público o privado[49]. Incluso ARCHI[50] llega a afirmar que la referencia a que las ventas –al menos en las de inmuebles– eran válidas sólo si *emissis prictaciis transigatur*, está suponiendo la exigencia de la escritura y la alegación en los *gesta*; y, en cualquier caso, a pesar de que lo anterior pudiera hacer referencia al recibo del impuesto y no a la exigencia de la escritura en la compraventa, lo que parece indudable es la gran gran difusión que tuvo el documento, ya constatada en época republicana pero sobre todo continuada durante el Principado[51].

La difusión del *instrumentum* y el fomento de la *scriptura*, al menos en los contratos de compraventa más relevantes –esto es, aquellos que tenían por objeto la adquisición de fundos, esclavos, objetos valiosos, etc.– no podía soslayarse en

46 B.H. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, *cit.*, pp. 156 y ss.

47 *Nov. Valent.* XV, pr.

48 *Nov. Valent.* XV, 3. Como afirma VOCI, en realidad no era necesario el documento redactado por el *tabellio*, pero del texto se deduce su existencia. P. VOCI, *Tradizione...*, *cit.*, p. 126.

49 G.G. ARCHI, *Indirizzi...*, *cit.*, p. 668.

50 G.G.ARCHI, *Indirizzi...*, *cit.*, p. 713.

51 Vid. D. 32, 102, pr. y D. 33, 7, 12, 45, en los que Scaevola y Papiniano utilizan la denominación *emptiones* para referirse a los documentos de venta. Vid. a este respecto P. VOCI, *Tradizione...*, *cit.*, pp. 72 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

la legislación de la época[52] y ello pese a que las fuentes jurídicas insistieran en acentuar el carácter consensual del contrato y lo innecesario del *instrumentum* para la perfección de la misma[53]. Así, en C. Th. V, 10, 1, si bien se menciona el *instrumentum* de manera accidental, se evidencia de forma indudable la práctica existente en época –*qui enim pretium competens instrumento confecto dederit...*–:

> C. Th. V, 10, 1.- *Imp. constantinus a. italis suis. secundum statuta priorum principum, si quis infantem a sanguine quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit, obtinendi eius servitii habeat potestatem: ita ut, si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat, eiusdem modi alium praestet aut pretium, quod potest valere, exsolvat. qui enim pretium competens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut et distrahendi pro suo debito causam liberam habeat: poenae subiiciendis iis, qui contra hanc legem venire tentaverint. (Dat. xv. kal. sept. serdica, constantino a. VIII. et constantino caes. IV. Coss). Interpretatio. si quis infantem a sanguine emerit et nutrierit, habendi eum et possidendi liberam habeat potestatem. sane si nutritum dominus vel pater recipere voluerit, aut eiusdem meriti mancipium nutritori dabit, aut pretium nutritor, quantum valuerit, qui nutritus est, consequatur.*

Igualmente, en una constitución del emperador Juliano del año 362, contenida en C. Th. III, 1, 3, se menciona que *venditiones posse celebrare si viri earum consensum pariter atque subscriptionem instrumentis putaverint esse praebendam*, a propósito de la capacidad de las mujeres menores casadas para concluir compraventas:

> C. Th. III, 1, 3.- *Imp. iulianus a. ad iulianum comitem orientis. patrui mei constantini constitutionem iubemus aboleri, qua praecepit, minores feminas consortio virorum*

52 G.G. ARCHI, *Indirizzi...*, *cit.*, p. 713.

53 Apartándose de la Novela de Valentiniano, tanto en *Pauli Sententiae*, como en su *interpretatio* y en *Epitome Gai* se afirma que *venditionis instrumenta superflue requiruntur* y que *consensus, magis quam scriptura aliqua aut sollemnitas quaeritur. Pauli Sent.* II, 17, 13.- *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi. a) Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur; Interpretatio Pauli Sent.* II, 18, 10.- *In contractibus empti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci*; vid. también *Epitome Gai*, II, 9, 13.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

copulatas sine decreti interpositione venditiones posse celebrare, si viri earum consensum pariter atque subscriptionem instrumentis putaverint esse praebendam, quoniam absurdum est, maritos eis interdum inopes obligari, quum possint, venditionis iure ipso non valente, res proprias recipere ab iis, qui se illicitis contractibus miscuerunt. vetus igitur ius revocamus, ut omnis venditio, quaecumque fuerit a minore, viro sive femina, sine decreti interpositione celebrata, nulla ratione subsistat. (*Dat. VIII. id. dec. antiochia, mamertino et nevitta coss*). *Interpretatio.- Constantini imperatoris fuerat lege praeceptum, ut minores aetate feminae, si maritos haberent, cum illorum consensu possent de facultatibus suis aliqua vendere. sed hoc praesenti lege remotum est, atque id observandum erit, ut in annis minoribus constituti, seu vir seu femina, si ita necessitas exegerit, ut aliquid vendere velint, qui comparare voluerit, auctoritate iudicis aut consensu curiae muniatur: nam aliter a minoribus facta venditio non valebit.*

También en C. 4, 42, 2, a propósito de la incapacidad de los eunucos para adquirir el dominio de los bienes en Roma, se establece *poena gravissima*, entre otros, contra el notario que hubiera autorizado la escritura de compra, poniendo de manifiesto lo usual que era la práctica escrita en las ventas:

C. 4, 42, 2, pr.- (*Imp. Leo A. Viviano P.P.*).- *Romanae gentis homines sive in barbaro sive in romano solo eunuchos factos nullatenus quolibet modo ad dominium cuiusdam transferri iubemus: poena gravissima statuenda adversus eos, qui hoc perpetrare ausi fuerint, tabellione videlicet, qui huiusmodi emptionis sive cuiuslibet alterius alienationis instrumenta conscripserit, et eo, qui octavam vel aliquod vectigalis causa pro his susceperit, eidem poenae subiciendo. Barbarae autem gentis eunuchos extra loca nostro imperio subiecta factos cunctis negotiatoribus vel quibuscumque aliis emendi in commerciis et vendendi ubi voluerint tribuimus facultatem.*

Asimismo, en C. 1, 2, 14, 3 y 4, se establece la incapacidad para la enajenación a personas que tuvieran encomendada la tarea de administrar bienes eclesiásticos, sancionando con la nulidad los contratos de venta concluidos en fraude de esas disposiciones; en los fragmentos tercero y cuarto, se alude al castigo que debe imponerse al notario que hubiera extendido los contratos prohibidos:

C. 1, 2, 14, 3.- (*Impp. LEO et ANTHEMIUS AA. ARMASIO P.P.*).- *His tabellionibus qui huiusmodi contractuum velitorum ausi fuerint instrumenta conscribere,*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

irrevocabilis exilii animadversione pleclendis. 4.- *His quoque iudicibus vel ius gestorum habentibus, qui huiusmodi donationum vel contractuum gesta confecerint, dignitatis propiae et bonorum omnium spoliatione damnandis.*

Otros textos que cabe citar al respecto y que reflejan el uso de la escritura son la *Interpretatio* de *Pauli Sent.* V, 2, 4 y de I. 7, 7, en los que se afirma, respectivamente, que *emptionis... et ceterarum rerum similium, quae per legitimas scripturas atque contractus ad uniuscuisque dominium transire noscuntur*[54] y que *qualiquem in domo sua clausum tenuerit, quacumque ei scrituras extorscrit, non valebum*[55]; también la *Interpretatio* de C. Th. IV, 5, 1, menciona que *res iscil (litigiosa) trasferri... nullis contractibus potest; neque aliqua fieri scriptura permittitur*[56].

En definitiva, se puede afirmar que, sin que ninguna norma imponga el uso de la escritura, parece evidente que las fuentes constatan el uso habitual de la misma, sobre todo en las compraventas de inmuebles u objetos de un relevante valor económico[57], debido probablemente a la influencia helenística de celebrar las ventas por escrito[58]. El documento, sin embargo, tenía todavía un mero valor probatorio en los juicios y no se exigía como elemento esencial para la perfección de los contratos; para ello, habrá que esperar al derecho justinianeo, que

54 *Interpretatio Pauli Sent.* V, 2, 3-4.- *Viginti annorum non requisitam possessionem, si tamen iustum possidendi initium intercessisse probatur, possessori prodesse certum est. Iustum autem initium est emptionis hereditatis donationis legati fideicommissi et ceterarum rerum similium, quae per legitimas scripturas atque contractus ad uniuscuiusque dominium transire noscuntur. Huius autem rei praescriptio inter praesentes decennii est, inter absentes vero vicennii computatur.*

55 *Interpretatio Pauli Sent*, I, 7, 7.- *Qui aliquem in domo sua clausum tenuerit, quascumque ei scripturas extorserit, non valebunt.*

56 CTh. IV, 5, 1, 1.- *Interpretatio.- Res, quae proposita actione repetitur, transferri a possidente ad alterum nullis contractibus potest; neque inde aliqua fieri scriptura permittitur, nisi prius lis, de qua agitur, fuerit iudicio definita.*

57 Como pone de manifiesto LEVY, también los papiros de Ravenna siguen no sólo los requisitos exigidos por Constantino sino también los requeridos por Valentiniano III; en ellos, por regla general, la cesión tiene lugar mediante la escritura en presencia de testigos, con *traditio corporalis* y registro oficial. Vid. los documentos 113, 115, 117 y 119. B.H. LEVY, *West Roman Vulgar Law, cit.*, p. 135.

58 Como afirma LEVY el derecho de procedencia helénica se convierte en derecho vulgar universal. B.H. LEVY, *West Roman Vulgar Law, cit.*, pp. 126-130.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

transformará radicalmente la configuración de la compraventa, quizás por la tendencia evidente en Justiniano de preferir la prueba escrita sobre los otros medios, sobre todo respecto a la prueba testimonial[59].

El régimen justinianeo referido a la compraventa se expone en C. 4, 21, 17 e I. 3, 23, destacando la exigencia del *instrumentum* para la perfección del contrato cuando las partes deciden otorgar documento de venta[60]:

> C. 4, 21, 17.- (*Imp. IUSTINIANUS A. MENNAE 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 i llud 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 praecipimus, 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. Illud 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 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.* (*Dat. Kal. Iun. Constantinop Dn. Iustiniano A. II Cons. 528*).

59 En este sentido, vid. M. KASER, *Das römische..., cit.*, pp. 81 y 82; *IDEM*, *Das Römische Zivilprocessrecht*, *München*, 1966, p. 489; ZILETTI, *Studi sulle prove nel diritto giustinianeo*, en *BIDR*, LXVII, 1964, pp. 194 ss.

60 Vid. en general sobre el régimen justinianeo, F. GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite, Torino*, 1964 y la recensión de E. NARDI, en *LABEO*, XIV, 1968-2, pp. 2143 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

I. 3, 23, pr.- (*DE EMPTIONE ET VENDITIONE*).- *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 obtinere 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.* 3.- *Quum autem emtio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, quum sine scriptura res agitur)...*

La constitución establece un doble régimen para la compraventa: si era escrita o existía acuerdo de las partes para la redacción de un documento, se establece que la perfección debía postergarse hasta su suscripción por las partes, si se trataba de un documento privado o la redacción en firme por el notario y confirmación por los contratantes, si fuera documento público; hasta ese momento –puesto que el contrato no se había perfeccionado– el vendedor no estaba obligado a respetar el precio pactado ni el comprador a entregar la cosa objeto del contrato. Por el contrario, si la venta no se documentaba, entonces la perfección del contrato tenía lugar cuando se alcanzaba el consenso en cosa y precio.

El propósito de Justiniano con esta regulación, según algunos autores[61], fue establecer una disciplina precisa para eliminar las precedentes insuficiencias normativas que existían acerca de la forma de los contratos. Como afirma ARANGIO-RUIZ[62], sería propio de la práctica postclásica la redacción de documentos preparatorios –imperfectos e incompletos– que darían lugar a cierta inseguridad

61 V. ARANGIO-RUIZ, *La compraventita..., cit.*, p. 98; F. GALLO, *Riflessioni sulla funzione della scriptura in C. 4, 21, 17*, en *Studi Biondi*, II, *Milano*, 1965, pp. 411 ss.

62 V. ARANGIO-RUIZ, *La compraventita..., cit.*, p. 98.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

jurídica, porque podían ser tomados como compromisos en firme al darles un valor de ventas futuras que no tenían; incluso se llegarían a plantear problemas respecto al momento de perfección del contrato, puesto que el documento preparatorio –que contenía ya el acuerdo entre cosa y precio– podría entenderse como el nacimiento del contrato, aunque parece lógico que debiera esperarse a la redacción del instrumento definitivo para su perfección; se pudo llegar a cuestionar, como pone de manifesto ARANGIO-RUIZ[63], si era la escritura era la que obligaba a las partes o era el acuerdo de voluntades que el documento tan sólo reproducía[64].

Como se puede observar, la situación sería lo suficientemente grave para que Justiniano tratara de solventarla definitivamente; y así estableció que, si ambas partes decidían recurrir a una venta escrita, el nacimiento del contrato se tendría que posponer obligatoriamente hasta la redacción definitiva del documento. El problema que se había planteado respecto a si la venta se perfeccionaba con el acuerdo entre cosa y precio –con independencia de la forma con la que hubieran querido revestirla las partes– o con la escritura –puesto que el acuerdo de la forma escrita implicaba una condición de la que dependía la perfección del contrato[65]–, se resolvió definitivamente por Justiniano, al acoger éste la última posición citada; por tanto, se declaraba así la nulidad de borradores, documentos preparatorios, copias no confirmadas y escritos provisionales que precedían a los instrumentos definitivos y que quedaban en suspenso hasta la *completio*.

Justiniano, por tanto, rechaza la práctica que venía realizándose de una compraventa en varias fases: consenso, redacción de documentos provisionales y compraventa definitiva, otorgando al *instrumentum* eficacia constitutiva en las ventas *cum scriptura*. Sin embargo, como afirma VOCI[66], la constitución no

63 V. ARANGIO-RUIZ, *La compraventita..., cit.*, p. 96.

64 Según ARANGIO-RUIZ se seguiría la regla –también en derecho clásico– que entendía que el acuerdo no se había producido hasta que el documento no se hubiera redactado por escrito y no estuviera completo, si bien el autor asegura que ello no se encuentra en ningún texto, aunque si responde a la experiencia jurídica que no se limita sólo al derecho justinianeo, sino que es válida para cualquier época. El autor sigue en este punto a E. RABEL, en *ZSS*, XXVIII, 1907, p. 337. Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita..., cit.*, pp. 96 y 97, n. 1.

65 P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 137, n. 11.

66 P. VOCI, *Tradizione..., cit.*, p. 138.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

requiere, en general, la forma escrita para las compraventas, puesto que se relega a las partes la posibilidad de recurrir a un contrato escrito u oral, sin formalidades; de hecho, en el pasaje de las Instituciones se remarca que *nihil a nobis in huismodi venditionibus innovatum est* respecto a las compraventas *quae sine scriptura consistunt*[67], intentando, por tanto, dejar claro su continuidad con el derecho clásico en cuanto al régimen jurídico aplicable a la compraventa verbal[68]. Ahora bien, a nuestro juicio y a pesar de lo anterior, el régimen específico que se introduce para las compraventas escritas está marcando una profunda transformación en la configuración vigente en derecho clásico.

La amplia libertad dejada a la autonomía de la voluntad de las partes, en efecto, es la característica esencial en el régimen justinianeo[69], pero también destaca el rechazo al documento *ad probationem* –que regía en derecho clásico– al otorgarle eficacia constitutiva. El documento no es simplemente el reflejo de un acuerdo de las partes, perfecto antes de su redacción, sino que constituye el momento de la perfección del contrato, del nacimiento de derechos y obligaciones. Con la reforma de Justiniano, la escritura pasa, por tanto, de tener eficacia *ad probationem* a ser un elemento constitutivo del contrato, retrasando su perfección hasta el momento en que el documento fuera redactado en firme y confirmado

67 Según LEVY, esta declaración de Justiniano respecto a la falta de innovación sobre el régimen de la compraventa sin escritura trataba de ser un recordatorio del derecho clásico y estaba encaminada a poner freno a la práctica que era contraria a los principios clásicos; incluso LEVY llega a afirmar que esta aseveración trata de esconder una resurrección de un derecho que se podía considerar extinguido en la práctica. Vid. B.H. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, *cit.*, p. 149. Le sigue F. GALLO, *Disposizioni...*, *cit.*, pp. 27 ss.

68 Reproduce el emperador un texto de Gayo (GAYO III, 139) que afirma la perfección del contrato de compraventa con el acuerdo de cosa y precio. Vid. a este respecto, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita...*, *cit.*, p. 96. Para un análisis en profundidad de I. 3, 23, pr., vid. F. GALLO, *Disposizioni...*, *cit*, pp. 27 ss.

69 El problema surge respecto a como podía saberse que las partes habían decidido optar por el contrato escrito. Puesto que la prueba del elemento intencional de optar por ese régimen hubiera supuesto la forma *ad substantiam* de la escritura y no meramente probatoria, es importante conocer si existía alguna forma de saber que habían querido las partes. Sin embargo, Justiniano en este punto no aclara ningún extremo, debiéndose entender, como afirma GALLO, que en caso de que no se probara de forma clara que las partes habían optado por la contratación escrita, debía presuponerse en todo caso que las partes habían decido la contratación *sine scriptis*. F. GALLO, *Riflessioni...*, *cit.*, p. 427.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

con la *subscriptio* de las partes o, si había intervenido *tabellio*, con la *completio* de éste y la *absolutio* de los otorgantes[70]. Así se pone de manifiesto también en C. 4, 38, 15[71], texto referido a las ventas en las que la fijación del precio se deja a la estimación de un tercero, disponiendo la validez del contrato *sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur*, siempre y cuando –recalca el texto– en el primer caso se hubieren cumplido las prescripciones establecidas en C. 4, 21, 17 para llegar a la perfección de la compraventa:

> C. 4, 38, 15.- (*Imp. IUSTINIANUS A. IULIANO P.P.*).- *Super rebus venumdandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset, quanti titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. Quam decidentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat "quanti ille aestimaverit", sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus. Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus.* (*Dat. Kal. August. LAMPADIO et ORESTE Conss. 530*).

Igualmente, en C. 4, 48, 4, a propósito del riesgo en la compraventa, se hace referencia al *contractu sine scriptis inito*, poniendo de manifiesto igualmente el distinto régimen jurídico aplicable a las ventas *in scriptis* o *sine scriptis*:

70 También con ambas diligencias a cargo del *tabellio*, como parece que fue práctica en Occidente, ya que documentos procedentes de Ravenna presentan la adición final *ego... forensis... scriptor huius cartulae... post testium subscriptiones, complevi et absolvi.* Vid. a este respecto, M. AMELOTTI, *Il documento nel diritto giustinianeo. Prassi e legislazione*, en *Il mondo del diritto nell'epoca giustinianea. Caratteri e problematiche, Ravenna*, 1985, pp. 132 ss.

71 Para un análisis de C. 4, 38, 15, vid. A. TORRENT, *Pretium certum, determinación del precio per relationem*, en *BIDR*, XXXVIII-XXXIX *Terza serie* (vol. XCVIII-XCIX *della collezione*) y G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano, Milano*, 1996, pp. 441 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

C. 4, 48, 4.- (*Imp. GORDIANUS A. SILVESTRO*).- *Quum inter emptorem et venditorem contractu sine scriptis inito de pretio convenit moraque venditoris in traditione non intercessit, periculo emptoris rem distractam esse in dubium non venit.* (*PP. XV. Kal. Ian. GORDIANO A. et AVIOLA Conss. 239*).

Pero quizás el texto más clarificador es D. 18, 1, 2, 1, en el que se establece que el consenso de las partes perfecciona la compraventa *sine scriptura*:

D. 18, 1, 2, 1.- (*ULPIANUS libro I ad Sabuinum*).- *Sine pretio nulla venditio est: non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem.*

La profunda alteración que Justiniano introduce en el régimen clásico de la compraventa se ha justificado por parte de algunos autores[72] afirmando que éste no debía distinguir demasiado bien entre la función *ad substantiam* o *ad probationem* de los *instrumenta*. Sin embargo, a nuestro juicio, parece más lógico pensar que Justiniano intentó zanjar la inseguridad jurídica existente y de ahí que distinga dos regímenes, dejando a la autonomía de las partes la elección de la forma del contrato, pero estableciendo claramente que, en caso de optar por la escritura, hasta que ésta no estuviera concluida, se entendería que el contrato no habría nacido. Con ello, evidentemente, se altera claramente el régimen clásico de la compraventa, pero por razones prácticas y para evitar problemas jurídicos.

La idea de que Justiniano, como afirma GALLO[73], no distinguiera entre medios de prueba y requisitos reclamados para la existencia del negocio no resulta convincente. Parece más plausible que intentara dejar claro que la compraventa no necesitaba escritura para su perfección –como realiza en su constitución y en el texto de las Instituciones– pero a la vez también pretendiera penalizar a aquellos sujetos que, pese a no requerirse, querían acudir a la escritura por motivos de seguridad jurídica; porque si se recurría a un documento para evitar la inseguridad del contrato verbal, su redacción no podía convertirse en un foco de conflictos, problemas y litigios entre comprador y vendedor. Por tanto, debía

72 En este sentido, F. GALLO, *Riflessioni..., cit.*, pp. 427 ss., que sigue a G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, en *Studi Segrè*, XX, 1943, pp. 52 ss.

73 F. GALLO, *Riflessioni..., cit.*, p. 438 y 439.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

establecerse un régimen sin fisuras en las ventas por escrito –aún a costa de alterar su configuración– pasando del instrumento probatorio al constitutivo. De ahí que fuera obligado interpolar el texto contenido en D. 18, 1, 2, 1, que afirma que sólo la compraventa sin escritura se perfecciona con el consentimiento; si Justiniano no hubiera distinguido entre documento constitutivo y probatorio, parece claro que tampoco habría tenido necesidad de alterar ese fragmento.

En definitiva, con esta reforma se altera la característica fundamental de la compraventa clásica, esto es, la consensualidad, ya que se niega valor al acuerdo de las partes previo al documento. La escritura, por tanto, se requerirá *ad sollemnitatem*, ya que con anterioridad a su redacción los contratantes podían volverse atrás –*recedere ab emptione*— *sine poena* alguna, sin más consecuencias que la pérdida sencilla o devolución duplicada de las arras[74]. Ahora bien, esta regulación no supone más que la plasmación definitiva del régimen que se estaba aplicando en la práctica negocial y que se había reflejado ya, aunque de manera incidental, en la legislación de Constantino.

74 I. 3, 23, pr. mantiene el origen confirmatorio de la entrega de arras en la compraventa *quae sine scriptura consistunt*; por ello, las arras serían prueba de la conclusión del contrato, ya que en este punto el régimen justinianeo no contenía innovación alguna; sin embargo, también asumía una función penitencial porque si las partes no concluyen la compraventa, el vendedor deberá devolver el duplo y el comprador perdería las arras entregadas. Sobre el régimen de la *datio arrarum* en I. 3, 23, pr., vid. V. ARANGIO-RUIZ, *La compraventita..., cit.*, pp. 101 ss.; M. TALAMANCA, *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano, Milano*, 1953. Vid. también del mismo autor, *Osservazioni sull'arra nel diritto giustinianeo*, en *Mélanges Meylan,* I, *Lausanne,* 1963, pp. 336 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568

https://doi.org/10.55104/FRDC_0568