

LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA COMPRAVENTA

UN ESTUDIO DE LA EDAD ARCAICA ROMANA
AL DERECHO PREIRNERIANO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La mancipatio como venta real en época arcaica*. III. *Possessionem tradere y mancipio dare*. IV. *El pago del precio como requisito necesario para la transmisión de la propiedad*. V. *La transmisión de la propiedad en la compraventa postclásica*. VI. *La incorporación de los principios clásicos y postclásicos en la compilación justiniana*. VI.1. *Su influencia en Oriente*. VI.2. *En el derecho romano-germánico*. VII. *Reflexiones sobre la presente parte de la investigación*.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como finalidad realizar una visión panorámica sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa en los primeros siglos de su historia (de la edad arcaica romana al derecho preirneriano) para tratar de determinar el origen de los principios jurídicos romanos existentes en la materia, su aplicación en la jurisprudencia clásica; su relación con los derechos helenísticos en la tardía antigüedad (siglos IV y V d.C.); la aceptación de los mismos en el derecho justiniano y su aplicación tanto en Oriente como en Occidente antes del surgimiento del *ius commune*.

En edad arcaica el presente contrato consistía en un intercambio entre la cosa y el precio, transmitiéndose la propiedad una vez que se hubiese recibido el respectivo pago; con el surgimiento de la moneda acuñada la *mancipatio* dejó de tener la función de negocio real transformándose en una venta ficticia que mediante la ce-

lebración del acto otorgaba al comprador la titularidad del bien. Dentro del proceso en que la *emptio venditio* adquirió su naturaleza obligatoria pudo distinguirse entre acuerdo y transmisión de la propiedad; así en edad clásica, según constatación de Paulo, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.19.4.1.pr, el vendedor se obligaba al *possessionem tradere*, existiendo textos que parecerían demostrar que en las compraventas de *res Mancipi* celebradas entre ciudadanos y peregrinos a los que se les hubiera otorgado el *commercium* tal obligación resultaba insuficiente, observándose en la jurisprudencia una tendencia que exigía al vendedor que transformase al comprador en propietario de la cosa independientemente de la falta de un pacto en tal sentido; observaremos las características de tal transmisión y su relación con la obligación del pago del precio por parte del comprador.

Después de la constitución de Caracala que otorgó la ciudadanía a los habitantes del imperio siguió existiendo (como podría demostrarse con diversas constituciones de Diocleciano) la defensa por parte de la cancillería imperial de los principios clásicos que se encontraban en conflicto frente a los derechos helenísticos de los nuevos *cives* de las provincias orientales. En la tarda antigüedad los medios formales de adquisición de la propiedad comienzan a caer en desuso transmitiéndose las *res pretiosiores* mediante la redacción de un documento escrito; veremos las posibles razones que originaron la incorporación del *instrumentum ad substantiam* en la nueva realidad y su aceptación en el derecho oficial a partir de Constantino que mediante la aplicación en su ordenamiento del principio *emptio dominium transfertur* reconocerá los efectos traslativos de la compraventa.

La compilación justiniana logró incorporar dentro de los principios clásicos los usos y costumbres que sobre la transmisión de la propiedad se habían formado en edad postclásica; el impacto de la mencionada compilación se reflejó en los derechos sucesivos tanto en Oriente como en Occidente; en el primer caso, los principios justinianos continuaron vigentes todavía después de la caída formal del Imperio Romano de Oriente, sobreviviendo hasta el año 1946 en que el reino de Grecia sustituyó el Hexabiblos con un código civil inspirado en el BGB alemán; en el segundo caso, tales principios fueron asimilados a los derechos germánicos; específica-

mente dedicándonos al derecho longobardo observaremos cómo la transmisión de la propiedad será subordinada a la *traditio* bien sea de la cosa o bien de la *charta*.

Concluyéndose la presente investigación con una serie de reflexiones que permitirán determinar el hilo conductor que ha existido en las correspondientes etapas históricas trataremos de ofrecer una visión sobre el argumento dando de tal manera la información previa para todo aquél que quisiese entrar en el estudio del presente argumento en las etapas históricas sucesivas (del *ius commune* a las codificaciones actuales) obteniéndose así una visión global de la problemática en el sistema romanístico.

II. LA MANCIPIATIO COMO VENTA REAL EN ÉPOCA ARCAICA

Como es notorio, la compraventa nace como negocio que produce efectos reales, en que la entrega o *traditio* de una cosa por un precio implicaba la transmisión de su propiedad al *accipiens*. Esta forma primitiva de compraventa se conservó también con posterioridad para las cosas que tenían menor importancia en la comunidad, recibiendo el nombre de *res nec Mancipi* en contraposición a las cosas más preciosas denominadas *res Mancipi* que requerían de una venta más compleja y ritual productora igualmente de efectos reales; tal venta fue denominada *Mancipium* o *Mancipatio* y su utilización inició antes de la existencia de la moneda acuñada. Gayo 1.122 nos da noticias al respecto:

Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aeneis tantum nummis utebantur, et erant asses, dupondii, semisses, quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intellegere possumus; eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere posita; nam et asses librales erant, et dupondii bilibres; unde etiam dupondius dictus est quasi duo pondo, quod nomen adhuc in usu retinetur. Semisses quoque et quadrantes pro rata scilicet portione ad pondus examinati erant. Quam ob rem qui dabat olim pecuniam, non numerabat eam, sed appendebat; unde servi, quibus permittitur administratio pecuniae, dispensatores appellati sunt. (Por este motivo, de otra parte es usa-

do el bronce y la balanza, porque en un tiempo usaban únicamente monedas de bronce, y eran ases, dupondios, semiases, cuadrantes, y no era en uso ninguna moneda de oro o plata, así como podemos entender en base a la ley de las XII tablas; y de estas monedas la fuerza y el poder eran puestos no en el número sino en el peso; en efecto, eran tanto ases de una libra, así como dupondios de dos libras; por esto, también fue llamado *dupondius* como de dos pesos, y este término todavía es conservado en uso. También los semiases y los cuadrantes ciertamente eran considerados según el peso en base a la porción establecida; por lo tanto, en un tiempo quien daba el dinero no lo contaba, sino lo pesaba; por esto los esclavos, a los que es permitida la administración del dinero fueron llamados dispensadores.)

La transmisión de las *res pretiosiores* que tenían una relevancia en la vida económica de la época, necesitaba de la *mancipatio*,¹ permitiendo en cuanto venta real en edad arcaica, que el comprador ciudadano romano adquiriese la propiedad de las mismas. El contrato de compraventa se realizaba mediante tal *mancipatio* pesándose el precio en la correspondiente balanza, sostenida por un *libripens* que daba fe del hecho junto a los cinco testigos ciudadanos púberes.² Bajo una perspectiva moderna podríamos afirmar que el mencionado negocio libral asumía el carácter de solemnidad en cuya ausencia la venta no podría realizarse, no pu-

¹ El término *res pretiosiores* es utilizado por Gayo en 1.192, sobre la enumeración de las mismas tenemos al esclavo según 1.119; bueyes, caballos, mulas, asnos, predios urbanos y rústicos, itálicos en 1.120; servidumbres de los predios rústicos en 2.14a.

² 1.119...*adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRTIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA: deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.* (...predispuestos no menos que cinco testigos ciudadanos romanos púberes y después otro de la misma condición, que tenga la balanza de bronce, que es llamado *libripens*, el que recibe en *mancipium*, teniendo la cosa dice así: "yo afirmo que es mío este hombre en base al derecho de los Quirites, y él para mí será comprado por este bronce y por la balanza de bronce"; en seguida toca la balanza con el bronce; y da este bronce a él por él que recibe en *mancipium* como en lugar del precio).

diendo el simple acuerdo entre las partes constreñir al vendedor en esta primera etapa a transmitir la propiedad de la cosa. En el texto adecuadamente observa Arangio-Ruiz³ que Gayo no se remonta a la edad del *aes rude*, sino a la del *aes signatum*,⁴ en la que el bronce se presentaba en bloques de varias medidas de peso, y la intervención del *libripens* y de la balanza eran esenciales, para determinar su peso cada vez; el control del valor declarado por parte del *libripens* servía también como prueba de la correspondencia de los bloques de bronce ofrecidos como precio.

Con el surgimiento de la moneda acuñada la utilización de la balanza, el *libripens* y el bronce dejaron de tener una función práctica transformándose la *mancipatio* en una venta ficticia necesaria siempre para la transmisión de la propiedad de las *res mancipi*, pero en que el precio se pagaba fuera del negocio.⁵ La venta real se transformará a partir del siglo III a.C. en un negocio obligatorio, y causa de tal transformación fue probablemente el incremento de los tráficos comerciales y la consecuente necesidad de celebrar este contrato por parte tanto de los ciudadanos como de los peregrinos. Las etapas del pasaje entre compraventa real (*mancipatio*) y *emptio venditio* consensual con efectos simplemente obligatorios forman todavía objeto de discusiones doctrinales, aunque la mejor hipótesis parecería ser la de suponer que las obligaciones del vendedor como del comprador se comenzaron a fundamentar en *stipulationes*,⁶ y poco a poco a lo largo de la

³ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La compraventa in diritto romano*, 2a. edizione, Napoli, Jovene, rist., 1978, volumen I, p. 21.

⁴ Cuya introducción fue atribuida al rey Servio Tulio al final del siglo VI a. C., según referencia que realiza Plinio, *Nat. hist.* 33.3.13.43 y 18.3.3.12 del historiador griego Timeo de Tauromenio; al respecto ver SERRAO, Feliciano, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, s.e., Napoli, Jovene, 1993, prima parte, pp.141-149.

⁵ GAYO, 1.113: *Coemptio vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem...* (En verdad por la *coemptio* llegan *in manum* a través de una *mancipatio*; es decir a través de una venta imaginaria...); GAYO 1.119: *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio...* (De otra parte es la *mancipatio*, como también dijimos arriba, una venta imaginaria...).

⁶ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 73. Dicha postura ya se había manifestado anteriormente en doctrina: IMMANUEL BEKKER, Ernst, *Die Aktionen des Roemischen Privatrechts*, s.e., Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1871, pp. 155-159; VON JHERING, Rudolph *Geist des*

época clásica se consideraron como incluidas dentro del contrato consensual.⁷

III. POSSESSIONEM TRADERE Y MANCIPIO DARE

De acuerdo al famoso texto tardoclásico de Paulo, *libro trigésimo secundo ad edictum* D.19.4.1.pr que distingue entre permuta y compraventa se establecen las obligaciones principales del vendedor, al respecto se dice lo siguiente:

...venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet...
(...al vendedor es suficiente obligarse a causa de evicción, transmitir la posesión y ser purgado por el dolo malo, si la cosa no haya sido evicta, no debe nada...).

Deteniéndonos específicamente en la obligación de transmitir la posesión, es posible constatar que el término *tradere* empleado en

roemischen Recht, s.e., Leipzig, Druk und Verlag von Breitkopf und Haertel, 1906, volumen 3, p. 201; FRÉDÉRIC GIRARD, Paul, *Manoual élémentaire de Droit romain*, 8a. édition, Paris, Rousseau, 1929, pp. 568-572; DE ZULUETA, F., *The Roman law of sale*, s.e., Oxford, Clarendon Press, 1949, pp. 2-6; DAUBE, David, "Novation of obligations giving a *bonae fidei iudicium*", en ZSS, volumen 46, 1948, pp. 102-104; después de Arangio-Ruiz ver: WATSON, Alan, "The origins of consensual sale: a hypothesis", en *TR*, volumen 32, 1964, pp. 245-254; BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, 4a. edizione, Torino, Utet, 1993, p. 451; al papel de formas "parastipulatorias", antes de la afirmación de la consensualidad para la celebración de la *emptio venditio* hace referencia también TALAMANCA, Mario, "Vendita, (Diritto romano)", en *ED*, volumen 46, 1993, p. 311, aunque sustente una idea diferente sobre el origen de dicho contrato; ver otras posturas en el mismo autor pp. 309-311. La aplicación de *stipulationes* en relación al contrato consensual específicamente en materia de venta de herencia puede ser observada en nuestra obra GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico*, 1a. ed., México, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, 1997, volumen 21, pp. 11-63.

⁷ PAULO, *libro tertio epitomarum Alfeni digestorum* D.17.2.71 nos conserva un ejemplo en el cual el contenido de un contrato consensual, la sociedad, podía ser incluido en una *stipulatio (...tota res in stipulationem translata videretur)*, deduciéndose que la *stipulatio* constituyó el antecedente histórico de la consensualidad.

general podría expresar dos significados:⁸ transmisión del dominio o bien de la posesión; la razón de tal diversidad como es notorio radicaría en que al ser eliminada en la compilación justiniana la referencia a la *mancipatio* se sustituiría tal término por el de *traditio*; sin embargo, en el presente texto al hablarse de *tradere possessionem* y no de *tradere rem* seguramente se hace referencia a su segundo significado. El hecho de que Paulo no mencione dentro de las obligaciones esenciales la de *mancipio dare*, hizo pensar a parte de la doctrina que el vendedor no estaba obligado a transferir la propiedad de la cosa sino simplemente la posesión,⁹ tal criterio parecería encontrar fundamento además en otros textos de la jurisprudencia que tratamos a continuación:

a) El texto de Ulpiano, *libro trigésimo quarto ad Sabinum* D.18.1.25.1 que probablemente reflejaría el pensamiento de Sabino se enuncia de la siguiente forma: *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit*. (El que vendió no necesariamente tiene que hacer el fundo del comprador, como es constreñido el que prometió un fundo al estipulante) demostrando claramente la distinción que existiría entre la obligación del vendedor y del promitente en una *stipulatio*; en el primer caso, no tendría que transmitir la propiedad porque

⁸ Al respecto HEUMANN-E. SECKEL, H., *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Rechts* 10, Auflage, Graz, Akademische Druck U. Verlagsanstalt, 1958, *vox: tradere*, pp. 588 y 589; sobre la aplicación del mencionado término en el presente texto ver Talamanca *vox vendita*, *op. cit.*, p. 379.

⁹ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita...*, *op. cit.*, pp. 149 y 150; *ibid.*, "Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano, *Festschrift Koschaker*, Weimar, 1939, volumen 2, p. 141, que consideraría que para transmitirse la propiedad era necesario que entre las partes se hubiese establecido un pacto que tuviese tal contenido; GALLO, Filippo, *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustiniano*, s.e., Milano, Giuffrè, 1960, p. 15; BURDESE, *op. cit.*, p. 455 y 456, dice que el vendedor se encuentra obligado a otorgar el pacífico goce de la cosa al comprador (*habere licere*), no de transferir la propiedad, y que incluso una expresa declaración de tal obligación a cambio de un precio, excluiría la existencia de la compraventa, individuándose una hipótesis de contrato inominado; MARRONE, Matteo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2a. edizione, Palermo, Palumbo, 1994, p. 484, comenta que el vendedor no se encuentra obligado a transferir la propiedad porque se asumía tal obligación mediante una *stipulatio* y no mediante la venta.

su obligación se limitaría simplemente a otorgar la pacífica posesión de la cosa; mientras que en el segundo, al asumirse expresamente tal transmisión obligaría al promitente a cumplir con lo establecido. De la afirmación anterior podríamos pensar que, si el comprador quisiese además de la posesión la transmisión de la propiedad, debería realizar además del contrato consensual una *stipulatio* accesoria que permitiese exigir tal obligación, porque el negocio por sí solo sería insuficiente para obtener la correspondiente propiedad.

No podemos negar el dato de D.18.1.25.1, que establecería que el vendedor no se encontraría obligado a transmitir la propiedad de la cosa, pero; como veremos más adelante en el mismo capítulo, existiría otro texto de Ulpiano en D.19.1.11.2 que mencionaría por el contrario la obligación del vendedor a transmitir la propiedad de la cosa, situación que después de la confrontación de ambos textos nos permitirá pensar que lo afirmado en D.18.1.25.1 reflejaría el pensamiento de Sabino y no de Ulpiano.

b) El texto de Celso, *libro tertio digestorum* D.12.4.16 dice lo siguiente: *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum...* (He dado a ti dinero, para que me des a Estico; este género de contrato ¿es de compra y venta en parte? o bien ¿no hay ninguna otra obligación que de una cosa dada para conseguir otra cosa que no ha sido dada? En este último caso estoy más orientado...); tal afirmación ha dado gran fastidio a la romanística de todos los tiempos ya que parecería dar a entender que el contrato en que una de las partes se obligase expresamente a transmitir la propiedad (el verbo *dare* implica tal significado en la terminología jurídica)¹⁰ a cambio de un precio ya pagado no solamente excluiría la naturaleza de compraventa, sino que incluso negaría cualquier similitud con la misma.

Si aceptásemos la interpretación del texto de Celso en D.12.4.16 que negaría la naturaleza de compraventa por el simple hecho de transmitirse la propiedad de la cosa, significaría romper el hilo conductor que existiría sobre la institución a lo largo de su

¹⁰ Como puede ser constatado en HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon... vox: dare*, op. cit., pp. 120 y 121.

historia en el sistema romanístico. La doctrina ha tratado de explicar de diferentes modos la aseveración del jurista; unos han pensado en errores del copista corrigiendo el texto mediante modificaciones y desnaturalizando el problema;¹¹ otros considerando que las partes no tenían intención de celebrar una compraventa, el negocio concluido por ellas no podría denominarse tal;¹² mientras que actualmente prevalece la idea que la simple obligación de transferir la propiedad implicaba la exclusión de la compraventa.¹³ Esta última posición se ha tratado de explicar en el sentido que la decisión de Celso correspondería a una situación presente todavía en la jurisprudencia tardo-clásica, consistente en la precisa distinción entre la compraventa y la permuta; el admitir que la prestación del vendedor al *possessionem tradere* pudiese ser modificada por la voluntad de las partes en el sentido de transmitirse la propiedad, se ocasionaría que tanto el vendedor como el comprador se obligasen a un *rem accipientis facere*, (el primero a transmitir la propiedad de la cosa y el segundo a transmitir la propiedad del dinero); tal situación eliminaría el principal fundamento de la teoría proculeyana sobre la distinción entre compraventa y permuta que Celso no habría podido admitir. Contra la presente explicación podrían suscitarse en nuestra opinión las siguientes dudas:

1. Si bien de los textos de Gayo, Instituciones 3.141 y Paulo, *libro trigensimo tertio ad edictum* D.18.1.1.¹⁴ podría parecer que

¹¹ Ver al respecto los autores citados por ARANGIO-RUIZ, *La compraventa*, op. cit., p. 151-162.

¹² Idea que propuso el glosador Giovanni Bassiano en la glosa *proclivior* a D.12.4.16, la negación de la compraventa derivaría del hecho de que las partes en su autonomía, no considerarían la suma como precio ni el esclavo como *merx*. Tal posición adecuadamente ha sido criticada por la doctrina (ARANGIO-RUIZ, op. cit., p. 159, Talamanca, op. cit., p. 381) al poner en duda su valor cuando no lograría explicar la razón por la cual las partes hayan excluido tal tipo de contrato si habían identificado los elementos esenciales de la compraventa, mostrándose una voluntad contradictoria e irrelevante para el derecho.

¹³ Interpretación de Azón seguida por Scialoja; ARANGIO-RUIZ, op. cit., p. 159; Talamanca, op. cit., p. 381; BURDESE, op. cit., p. 456.

¹⁴ *Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur...* (Pero se duda si hoy puede hablarse de una venta sin monedas...)

la discusión originaria entre sabinianos y proculeyanos hubiese tenido actualidad durante toda la época clásica, nos parecería improbable que en el inicio del II siglo d.C. existiese todavía algún jurista que dudase que el *pretium in numerata pecunia consistere debet*, resultando así improbable que Celso continuase a tratar de discutir y fundamentar una posición ya consolidada en la jurisprudencia de su época.¹⁵

2. El principal fundamento de la teoría proculeyana sobre la distinción entre compraventa y permuta claramente lo enuncia Gayo en Inst.3.141: *alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri* (ya que en el caso de una permuta de cosas no se puede saber cuál es la que se ha vendido y cuál la que se ha pagado a título de precio; ya que sería absurdo considerar que ambas cosas han sido vendidas y compradas simultáneamente). La posición proculeyana que le negaría el carácter de venta al contrato en que la contraprestación consistiese en una cosa diferente al dinero radicaría simplemente en la dificultad de determinar cuál sería la cosa vendida y cuál la cosa comprada; afirmar que el caso *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares* planteado por Celso en D.12.4.16 eliminaría el principal fundamento de la teoría proculeyana nos parecería difícil de aceptar, porque independientemente que la transmisión de la propiedad equivaliese a un *rem accipientis facere* al igual que la transmisión del precio, tal analogía resultaría irrelevante, porque en el presente caso, a pesar de que ambos compartiesen la mencionada naturaleza, claramente sería posible identificar *quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse*.

3. El texto que cita el pensamiento de Labeón en D.18.1.80.3 (que será citado más adelante en el presente capítulo), al establecer que nadie puede considerarse que ha vendido una cosa cuya propiedad no quiso que pasara al comprador intrínsecamente resulta aceptar

¹⁵ Del texto de GAYO, 3.141 no podríamos afirmar que el mencionado jurista aceptase la posición sabiniana, y la citación de los juristas que realiza Paulo en D.18.1.1.1 se reduciría simplemente a Sabino y Casio, por lo que probablemente la duda que manifestaría Paulo sería simplemente de carácter doctrinal.

la obligación del vendedor a transmitir la propiedad, que podía cumplirse de dos modos, o bien con la *usucapio* de la cosa entregada o bien mediante la realización de la *mancipatio*. Si el fundador de la escuela proculeyana difícilmente podría haber negado el carácter de compraventa al acto en que se asumiese la obligación de transmitir el *dominium*, sería difícil pensar que los proculeyanos utilizaran tal criterio para determinar su distinción con la permuta.

Las observaciones que acabamos de exponer nos parecerían que pudiesen demostrar la dificultad de aceptar las explicaciones que hasta hoy en día la doctrina ha realizado de D.12.4.16; según nuestra opinión, no se ha llegado todavía a una solución satisfactoria porque se ha tomado como presupuesto que la transmisión de la propiedad sería la razón por la que Celso excluiría la existencia de una compraventa, centrándose la discusión sobre tal problemática y excluyéndose otras posibles razones que fundamentasen la posición del jurista adriano. La base del pensamiento celsino sería a nuestro parecer diferente encontrándolo no en la parte de la relación jurídica *ut mihi Stichum dares*, que como hemos visto difícilmente podría dar una respuesta, sino en *dedi tibi pecuniam* que correspondería a la otra parte de la relación que no ha despertado interés en la solución de la presente problemática; para tal efecto, trataremos de encuadrar la relación jurídica dentro de la posible posición que Celso tenía del συναλλαγμα en el contrato, siendo fundamental al respecto el texto de Ulpiano, libro cuarto ad edictum D.2.14.7.2 que nos mostraría la diferencia de pensamiento que existía entre Aristón y Celso sobre tal argumento:

Sed et si in alium contractum res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Ariste Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem... (Pero también si la cosa no pasa en otro contrato, pero subsiste la causa, elegantemente Aristón responde a Celso que existe obligación. Como por ejemplo, he dado a ti una cosa para que me des otra, he dado para que hagas alguna cosa; esto es el sinalagma y de aquí nace una obligación civil).

Del presente texto de Ulpiano es posible recabar que entre Aristón y Celso existe una idea discrepante en cuanto al concepto de sinalagma;¹⁶ si Aristón le muestra a Celso que son actos sinalagmáticos los siguientes casos: *dedi tibi rem ut mihi aliam dares*; *dedi ut aliquid facias*, es posible presumir que para el segundo jurista tales ejemplos no se encuadrarían dentro de su idea de συναλλαγμα. Observando el primer ejemplo que muestra Aristón: *dedi tibi rem ut mihi aliam dares*, puede ser observado que con el término *rem* se utiliza una expresión sumamente amplia, que implicaría cualquier cosa que se dió a cambio de otra que posteriormente será dada; el empleo de tal terminología podría corresponder bien sea a una permuta o bien a una compraventa, porque, como es notorio, el término *pecuniam* comparte también la naturaleza de cosa.¹⁷ Sustituyamos a continuación los términos *rem* y *aliam* utilizados por Aristón por otros más específicos v.g.: *pecuniam* y *Stichum*; en tal caso D.2.14.7.2 diría lo siguiente: *sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi —pecuniam— ut mihi —Stichum— dares... hoc συναλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem...*; como puede ser observado, el presente caso sería igual que el de D.12.4.16: he dado a ti una cosa (dinero) para que me des otra (Estico); pudiéndose afirmar que, mientras Aristón aceptaría que el caso *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* es una relación sinalagmática, Celso sería contrario a tal posición.

Gallo¹⁸ ha demostrado en base a D.2.14.7.2 que para Aristón el συναλλαγμα se presenta en los casos en que dentro una *conventio* existe una causa entendida como *datio* o ejecución de una de las prestaciones, por lo que el elemento esencial de la relación sinalagmática consistirá fundamentalmente en encontrar el resta-

¹⁶ En tal sentido GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto*, s.e., Torino, Giappichelli, 1995, volumen 2, p. 102.

¹⁷ Al respecto observar que Aristón consideró a la permuta cercana a la compra como lo podría demostrar Paulo, *libro quinto ad Plautium* D.19.4.2: *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni...* (Dice Aristón que la permuta fuera cercana a la compra...).

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 90-126.

blecimiento del equilibrio entre las partes. En el caso *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* falta tal equilibrio porque, como puede ser observado, dentro de la relación jurídica una de las prestaciones ya ha sido realizada mientras que la otra será efectuada con posterioridad; tal desigualdad requerirá para Aristón el restablecimiento del mencionado equilibrio, y la existencia de tal necesidad hace del presente caso en su opinión una relación sinalagmática que no compartiría Celso.

Si bien es cierto de D.2.14.7.2 no podemos determinar la idea que Celso tiene del συναλλαγμα podríamos considerar como hipótesis probable que al ser proculeyano tuviese una opinión similar a la de Labeón,¹⁹ en que el συναλλαγμα no consistiría en el hecho de equilibrar la relación jurídica, como pensaría Aristón, sino en la reciprocidad de obligaciones que en el momento genético existiría dentro de los contratos consensuales.²⁰ Para Labeón y Celso la característica de la compraventa sería la sinalagmaticidad genética, y en el caso *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* al no existir compraventa dentro del pensamiento celsino, sería posible pensar que la razón de tal posición radicaría en que según el mencionado jurista faltaría sinalagmaticidad en dicha relación jurídica.

Observando el momento genético del caso *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* podemos constatar que una de las partes realizó la propuesta de contratación acompañándola con una *datio* del dinero, perfeccionándose el acuerdo en el preciso momento en que fue aceptada la transmisión del dinero; en tal caso, podríamos decir que el contrato se formó cuando solamente una de las partes se encontraba obligada al cumplimiento de la prestación (consistente en otorgar la propiedad de Estico), porque la otra había ya otorgado el dinero dentro de la misma propuesta; Aristón no habría encontrado ningún problema para catalogar tal relación jurídi-

¹⁹ En tal sentido GALLO, *Synallagma...*, *op. cit.*, p. 102.

²⁰ Al respecto el conocidísimo texto de Ulpiano, *libro undecimo ad edictum* D.50.16.19: *Labeo libro primo praetoris urbani definit... contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem...* (Labeón en el libro primero del pretor urbano define... pero el contrato de una y otra parte obligación, que los griegos llaman συναλλαγμα por ejemplo la compraventa...).

ca como un συναλλαγμα porque el desequilibrio en la prestación exigía que la contraparte cumpliera con su contraprestación; no obstante, Celso al no encontrar el *ultra citroque obligatio* dentro del preciso momento en que se perfeccionó el consentimiento no podía entender dentro de tal acuerdo el συναλλαγμα y subsecuentemente como la característica principal de la compraventa es precisamente la existencia de una relación sinalagmática, entonces por tal motivo excluía la existencia del mencionado contrato.

De lo anterior nos parecería difícil de aceptar que Celso le negase el carácter de compraventa al caso mencionado en D.12.4.16 por el simple hecho de que una de las partes se obligó a transmitir la propiedad de la cosa, la razón se encuentra en que la contraparte dio el dinero al momento de perfeccionarse el consentimiento (*dedi tibi pecuniam*), haciendo imposible observar el *ultra citroque obligatio* cuando se llegó al acuerdo; por lo tanto, podríamos pensar que si el caso planteado hubiese sido: *do tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*, seguramente Celso no habría dudado que la presente relación jurídica tuviese el carácter de συναλλαγμα porque en ambas partes de la relación jurídica existiría una obligación originada en el preciso momento del perfeccionamiento del contrato y consecuentemente correspondería a su idea de compraventa.

Aunque tal problemática se encontraría más allá de los fines específicos de nuestra investigación, cabe destacar que hasta el momento hemos afirmado la probable similitud entre la idea de Labeón y la de Celso en cuanto al término συναλλαγμα sin embargo, no nos hemos atrevido a manifestar una plena identidad conceptual. La razón de tal prudencia se debe principalmente al hecho de que para Labeón el συναλλαγμα es el contrato, mientras que para Celso el caso *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares* independientemente de no constituir según su opinión una relación sinalagmática, tendría el carácter de contrato, como se observa de las mismas palabras de D.12.4.16: *utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta?* Gallo²¹ negaría la

²¹ *Op. cit.*, p. 168.

presente interpretación afirmando que el término contrato correspondería a la primera opción descartada por Celso y que por lo tanto el mencionado caso se encontraría dentro de los actos lícitos extracontractuales; tal afirmación despertaría ciertas dudas, porque es posible constatar que el término *contractus* se encontraría en relación a *id* y a *genus* que corresponden al caso *dedi tibi*... regulando las dos opciones que se presentan y no únicamente a la primera.

Ya que hemos tratado de demostrar que el caso planteado por Celso en D.12.4.16 no tendría el carácter de compraventa probablemente en razón de la idea que el jurista tiene de la relación sinalagmática (que no comparte Aristón) y no por el hecho de que una de las partes se obligó a transmitir la propiedad, continuemos con la exégesis del texto que todavía no hemos citado: *...et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.* (...y por este motivo, si ha muerto Estico, puedo repetir lo que te di por este motivo, que tú me dieses Estico. Supón que Estico es ajeno, pero sin embargo tú me lo entregaste: podré repetir a ti el dinero, porque no hiciste el hombre propiedad del que lo recibe; y de otra parte, si tuyo es Estico y no quieres prometer por su evicción no serás liberado del hecho que a ti puedo repetir el dinero). El texto presenta las siguientes hipótesis:

1. Del lapso que va de la entrega del dinero a la transmisión de la propiedad (obviamente mediante *mancipatio* por ser el medio adecuado en tal caso) el esclavo muere, la persona que dio el dinero podrá según Celso repetir la cantidad pagada. La solución que el jurista da al presente caso va estrechamente ligada al hecho de negarle la categoría de compraventa; como recordaremos en tal contrato el comprador asume el riesgo de la pérdida de la cosa en base al principio *periculum est emptoris*, que en nuestro caso no se aplica porque según Celso el mencionado acto no sería una compraventa.

2. El esclavo siendo ajeno fue entregado; en tal caso Celso afirma que la persona que dio el dinero podrá exigir su devolu-

ción porque no obtuvo la propiedad de Estico. En la presente hipótesis existen dudas en lo referente al modo en que fue realizada la transmisión, ya que podría pensarse que haya sido efectuada mediante *traditio*, según el sentido literal del texto, o mediante *mancipatio*, como adecuadamente debió haberse realizado; parecería mayormente probable la segunda opción, porque, como exactamente manifiesta Arangio-Ruiz,²² faltan razones para dudar de la insuficiencia formal del acto de transmisión. Insistimos nuevamente, si Celso hubiese visto una compraventa en el presente caso, la solución no habría sido la que propone, porque, como sabemos una vez realizada la *mancipatio*, el vendedor estaría obligado al doble del precio pagado.

3. La última hipótesis que cita Celso es el caso de que el esclavo fuese propio de quien lo debe transmitir, pero éste se negó a interponer la *stipulatio* respectiva por su evicción; en tal situación quien lo adquirió podrá exigir la devolución del precio pagado. Es lógico pensar que la realización de la mencionada *stipulatio* obligaría por la evicción en el transcurso del tiempo que iría de la celebración del contrato a la realización de la *mancipatio*, ya que una vez efectuada la transmisión mediante el respectivo acto formal la *stipulatio* resultaría innecesaria. La persona que dio el dinero podrá exigir su devolución por no tener la certeza si efectivamente la parte contraria se negó a realizar la *stipulatio* por simple negligencia o por carecer del título de propietario. Como puede observarse nuevamente, la solución de Celso viene condicionada a la negación de ver en el presente contrato una compraventa, porque, como veremos a continuación, en el siglo II d.C. el comprador mediante el ejercicio de la *actio empti* hubiera podido exigir la realización de la *mancipatio* en cualquier momento para exigir su responsabilidad por evicción.

Una vez que hemos tratado de explicar la razón por la cual Celso le negó la naturaleza de compraventa al contrato *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares* y que la obligación de transmitir la propiedad no fue la causa por la que se negaría tal carácter, cabe destacar que dicha opinión quedó aislada en la jurisprudencia como lo demostraría el texto de Paulo, *libro quinto quaestionum*

²² *Op. cit.*, p. 158, con citación de doctrina en la nota 1.

D.19.5.5.1 que sin referirse a la obligación de transmitir la propiedad por parte del vendedor se aceptaría que la transmisión del dinero efectuada en el momento en que se realizó el acuerdo tendría el carácter de compraventa: *et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est* (y si ciertamente diese dinero, para que recibiese una cosa, es compra-venta).

Continuemos con el análisis del último texto en que la doctrina se ha fundado para negar que el vendedor se encontrase obligado a transmitir la propiedad de la cosa.

c) El texto de Africano, *libro octavo quaestionum* D.19.1.30.1 manifiesta dentro del problema de la venta de cosa ajena lo siguiente: *si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignorantem vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturus vendiderit*. (Si conociéndolo me hayas vendido una cosa ajena ignorándolo yo también antes que sea sufrida evicción útilmente pensé que yo habría podido actuar en base a la acción de compra, en lo que me interesa que la cosa hubiese sido hecha mía; ya que en verdad por cuanto diferentemente esté el vendedor entre estos límites ser obligado, que la cosa al comprador sea permitido poseer, no también que de este la hiciese, porque sin embargo tiene que prestar la falta de dolo malo, es obligado el que conociendo vendió una cosa ajena, y no suya al que lo ignoraba; esto es sobre todo, si haya vendido a lo que está por ser manumitido o ser dado en prenda).

Si bien es cierto la afirmación *quamvis...non etiam ut eius faciat* expresaría claramente que el vendedor se encontraba obligado simplemente a permitir la posesión y no a transmitir la propiedad; en el presente caso, independientemente de tal aseveración, Africano le otorgaría el ejercicio de la *actio ex empto* al comprador que en el momento en que realizó el contrato desconocía que la cosa era ajena y que con posterioridad descubrió la falta de titularidad del vendedor *sciens* para exigir su responsabilidad por el

dolo causado.²³ Una de las posibles formas por las que se hubiese enterado de que dicha cosa era ajena sería la negación injustificada del vendedor a efectuar la transmisión de la propiedad (porque todavía no había sufrido la evicción por parte del verdadero dueño); tal situación haría pensar que, a pesar de que Africano limitase la obligación del vendedor a otorgar la posesión de la cosa, sería posible constatar que faltaría la aplicación de tal principio en el presente caso, ya que el comprador se encontraba autorizado a exigir la responsabilidad del vendedor por la venta de cosa ajena que podía tener como origen la oposición injustificada del vendedor a realizar la *mancipatio*.

Del análisis de los textos anteriores podemos constatar que los fundamentos de la doctrina que manifiesta que el vendedor no se encontraba obligado a transmitir la propiedad de la cosa sino simplemente la posesión parecerían debilitarse; efectivamente de D.18.1.25.1 se ha podido desprender que probablemente Sabino es el jurista que acepta tal posición; y de D.12.4.16 no necesariamente deberíamos concluir que Celso negó que la transmisión de la propiedad excluía la compraventa; en el caso de D.19.1.30.1 independientemente que Africano aceptó la posición sabiniana (posiblemente por respeto a su maestro Juliano), su aplicación para efectos prácticos resultaría ineficaz, porque el comprador podía exigir mediante la respectiva acción contractual responsabilidad por dolo al vendedor que injustificadamente se negó a realizar la transmisión de la propiedad.

Frente a tal posición doctrinal²⁴ existiría por el contrario una corriente de pensamiento que aceptaría que en las compraventas

²³ En contra de nuestra posición ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, *op. cit.*, volumen I, pp. 175 y 176, que criticando en la nota 2 a MONIER, Raymond, *Manoual élémentaire de Droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1936, volumen 2, pp. 174-177, y otros escritores franceses como Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, 2a. ed., Paris, Plon-Marescq, 1928, volumen 2, p. 459; GIFFARD, A. E., *Précis de Droit romain*, 2a. ed., Paris, 1938, p. 61; *Droit romain et ancien Droit français. Les obligations*, quatrième édition par Robert Villers, Paris, Dalloz, 1976, pp. 57 y 58 dice: "sarebbe stata curiosamente contorta una dottrina che avesse negata come tale l'obbligazione di fare atto valevole al passaggio della proprietà, per poi esigere sotto una diversa etichetta proprio lo stesso adempimento"; sin embargo, a lo largo de nuestra exposición hemos tratado de demostrar que la transmisión de la propiedad era una obligación propia del vendedor; también ver Talamanca, *op. cit.*, p. 385, núm. 846.

²⁴ Seguida principalmente por ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 168-181.

celebradas por ciudadanos romanos o bien peregrinos al que se les hubiera otorgado el *ius commercii* el vendedor se encontraba obligado a transmitir la propiedad de la cosa;²⁵ esta segunda posición sería confirmada en diferentes textos como serían los siguientes:

a) Labeón, *libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum* D.18.1.80.3:

...nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus. (Ninguno puede resultar haber vendido aquella cosa de cuyo dominio se hace esto, que no se transmita al comprador; pero esto es un arrendamiento u otro tipo de contrato).

El texto podría entenderse en el sentido de que el fin natural de la compraventa es la adquisición de la propiedad, por lo que un

²⁵ Como sería el caso de WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle pandette* (prima traduzione italiana fatta sull'ultima edizione tedesca, Unione Tipografico, Napoli, Roma, Milano, 1904, volumen 2, parte prima, p. 93, que dice que el contrato de compra es dirigido a que se procure el derecho y que la voluntad del vendedor declarada en el contrato de compra tiene como finalidad que el comprador tenga la cosa jurídicamente; particular parecería la opinión de PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto romano*, 2a. edizione, Athenaeum, Roma, 1928, volumen 2, pp. 279 y 280, que distingue entre la obligación de transmitir la propiedad y la de realizar la *mancipatio*, aseverando que en la compraventa no existía obligación de transmitir el dominio de la cosa al comprador, sino solamente de cumplir los actos directos a esta transmisión, no importando por lo tanto que después el vendedor se transformase o no en propietario con la *mancipatio* o con la *traditio*; aceptando que el vendedor se encontraba obligado a transmitir la propiedad si bien minimizando su importancia ver: TALAMANCA, *op. cit.*, p. 385; aceptando tal obligación plenamente ver: PUGLIESE, Giovanni, "Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano", en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca*, volumen 1, pp. 25-53; no obstante, confrontar la posición del mismo autor en *Istituzioni di Diritto romano*, 3a. edizione, Giappichelli, Torino, 1991, p. 560, que si bien parecería aceptar que en los casos de *res mancipi* el vendedor se encontraría obligado a transmitir la propiedad de la cosa consideraría que la solución afirmativa de este problema no implicaría una derogación del principio que no existe obligación de transmitir la propiedad, porque el vendedor no es considerado que ha incumplido si el comprador no ha adquirido la propiedad sino sólo si sufriese la evicción; dicha opinión despertaría ciertas dudas porque si efectivamente existiese la obligación de realizar tal transmisión sería lógico pensar que el ejercicio de la acción respectiva se ejercitaría por el hecho de que el vendedor había incumplido con la respectiva obligación, independientemente que se sufra o no la evicción.

particular convenio en el que el comprador renunciase a tal finalidad desnaturalizaría el contrato; tal interpretación podría implicar la aceptación de una obligación implícita del vendedor de realizar la transmisión de la propiedad, porque independientemente que el *possessionem tradere* otorgaría la facultad de adquirirla mediante *usucapio*, también es cierto que la *mancipatio* o *in iure cessio* permitirían la misma posibilidad de forma más rápida sin necesidad de esperar el transcurso del tiempo.

b) Gayo en 4.131a de sus instituciones al referirse a la *praescriptio pro actore* en el procedimiento formulario manifiesta ejemplificativamente lo siguiente:

...item si verbi gratia ex empto agamus, —ut— nobis fundus mancipio detur, debemus —hoc modo— praescribere EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO: ut postea, si velimus vacuum possessionem nobis tradi, contra debitorem —eadem actione uti possimus—... (También si por ejemplo ejercitamos en base a la acción de compra, que nos sea dado por *mancipio un fundo*, debemos de este modo prescribir: de esta cosa se ejercite la acción para la mancipación del fundo; de modo que después, si quisiésemos que la posesión libre a nosotros sea transmitida, podemos usar contra el deudor la misma acción...).

De tal afirmación se podría pensar que Gayo en la explicación de la *praescriptio pro actore* hubiese tomado un caso de la práctica foral que demostraría que en el siglo II d.C. el comprador dentro de un proceso podía exigir mediante el ejercicio de la *actio ex empto* la *mancipatio* de la cosa vendida que otorgase la respectiva transmisión de la propiedad. Arangio-Ruiz²⁶ ha interpretado tal texto en el sentido de que la posibilidad otorgada al comprador de ejercitar la mencionada acción se hubiese originado en un pacto especial eventualmente realizado entre las partes; sin embargo, no existirían a nuestro parecer razones suficientes para excluir que tal obligación existiese aun cuando faltase el mencionado pacto.

c) Papiniano, libro vicesimo septimo quaestionum D.22.1.4pr dice:

²⁶ *Op. cit.*, p. 173.

Si stipulatus sis rem —mancipio— dari vacuumque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. an idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per (traditionem) —mancipationem— dominii transferendi continent, partus non continetur: verum si emptor a venditore 'novandi animo' ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. sed tamen propter illa verba 'vacuumque possessionem tradi' potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione: etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset. (Si hubieras estipulado que se te dé una cosa en mancipio y se te entregue su posesión libre, la razón aconseja que en virtud de las últimas palabras hayas de conseguir por la *actio ex stipulatu incerti* los frutos percibidos después. Se ha de considerar, si podría responderse lo mismo respecto al parto de una esclava; pues por lo que respecta a las palabras anteriores, bien sea que contengan el hecho de prometer la cosa, o bien el efecto de transferir el dominio por la *mancipatio*, el parto no es contenido. Pero si el comprador lo estipuló así del vendedor, con ánimo de hacer una novación, se entiende que estipuló el hecho de la entrega, porque no es verosímil, que el vendedor haya prometido más de lo que sería obligado a entregar por la acción de compra. Pero, sin embargo, en virtud de aquellas palabras, y que se entregue la posesión libre, puede decirse que se incurre en la *stipulatio incerti* también por razón del parto; porque entregada la esclava, el estipulante habría podido tener *in bonis* el parto que después se dio a luz).

El problema se centra sobre el alcance de la cláusula *rem —mancipio— dari* contenida en una *stipulatio*. La doctrina²⁷ está de acuerdo sobre la necesidad de incluir el término *mancipio* en el texto porque al referirse a una esclava la simple *traditio* no bastaba para transmitir la propiedad. Papiniano al tratar de determinar el alcance de la mencionada cláusula estipulatoria dice que no es verosí-

²⁷ Al respecto ver la citación de la doctrina que realiza Talamanca, *op. cit.*, p. 382, núm. 824.

mil, que el vendedor haya prometido más de lo que sería obligado a entregar por la acción de compra (*quia non est verisimile plus venditorem promississe, quam iudicio empti praestare compellere-tur*) dando por sobreentendido que con la acción de compra se podría exigir la *mancipatio* de la cosa vendida. La obligación del vendedor de realizar tal *mancipatio* se fundaba en el contrato respectivo, pudiéndose asumir también mediante una *stipulatio* novatoria; demostrándose con tal hecho que existía efectivamente la posibilidad de que el comprador pudiese exigir mediante la acción de compra la transmisión de la propiedad.

d) Ulpiano, libro trigesimo secundo ad edictum D.19.1.11.2 dice que:

Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est (tradere) —mancipare—: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat... (Y en primer lugar el mismo vendedor debe prestar la misma cosa, es decir transmitir la cosa: que, si ciertamente el vendedor fue dueño, hace también al comprador dueño, si no fue, solamente obliga al vendedor en término de evicción...).

Como puede constatarse, el texto tardoclásico de Ulpiano correspondería a un comentario al edicto (que podría reflejar la práctica que sobre la materia existía en su época) estableciendo que la primera obligación del vendedor es la de *praestare rem*, explicando que el alcance de tal significado consiste en —*mancipare*— la cosa vendida transformando en dueño al comprador si el vendedor tiene tal titularidad.²⁸ Arangio-Ruiz si bien acepta la crítica inter-

²⁸ Sobre el significado del término *praestare* como adquisición de la propiedad ver HEUMANN-SECKEL, *op. cit.*, pp. 452 y 453; CARDILLI, Riccardo, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in Diritto romano*, 1a. edizione, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 1-62. La doctrina está de acuerdo en considerar que el presente texto de Ulpiano se encuentra interpolado en el término *tradere*, en sustitución al originario *mancipare*, al respecto ver: ARCHI, Gian Gualberto, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, s.e., Cedam, Padova, 1934, pp. 41-44, que cita la doctrina anterior, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 173-176; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 383, tal aseveración parecería convincente porque el efecto de la *traditio* no es el de obligar al vendedor en caso de evicción, situación que sólo podría aceptarse cuando se hubiese realizado una *stipulatio* al respecto; si la referencia de Ulpiano fuese a la *mancipatio* encontraríamos

polacionística que sustituye el *tradere* con *mancipare*, considera que el texto es demasiado sospechoso en la parte central para poder dar fundamento a una doctrina; sin embargo, no existen razones suficientes para demostrar tal carácter sospechoso, por el contrario, si nos limitásemos a aceptar la interpolación de la primera parte del texto podríamos constatar que el vendedor estaría obligado a transmitir la propiedad de la cosa mediante *mancipatio*.

e) Por último el texto de *Pauli Sent.* 1.13a.4:

Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet. (Si lo que fue comprado ni sea transmitido ni mancipado, puede ser constreñido el vendedor, que transmita o bien que mancipe).

Aunque la doctrina sea sumamente prudente en lo referente a la constatación del presente texto por su brevedad,²⁹ no puede pasar por alto que su contenido indicaría que el vendedor podría ser constreñido a transmitir la propiedad de la cosa; la crítica que realiza Arangio-Ruiz³⁰ al respecto, de que si tomásemos al pie de la letra lo que dice el texto se dejaría a discreción del vendedor la realización de la *traditio* o de la *mancipatio* parecería difícil de aceptarse, porque el ejercicio de la acción dependerá de la obligación que no hubiese cumplido el vendedor y no de su discrecionalidad en el cumplimiento. La posible objeción que lo afirmado anteriormente tuviese un origen postclásico nos parecería superada al relacionar tal información con los textos que hemos citado anteriormente que al igual que el presente establecerían la obligación del vendedor de transmitir la propiedad; demostrándose por lo tanto, que tal información no representaría una noticia aislada frente a la jurisprudencia clásica sino la constatación de una realidad existente en tal época. Si el núcleo sustancial de esta parte de la obra, como ha sido considerado por la doctrina,³¹ se pudiese

una mayor logicidad porque esta última efectivamente obligaba al vendedor *auctoritatis nomine* a responder por la titularidad de la *res mancipi*.

²⁹ Sobre todo Talamanca, *op. cit.*, p. 383.

³⁰ *Ibid.*, p. 72.

³¹ Sobre tal aspecto ver: LEVY, Ernst, "Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages, *BIDR*, volumen 55-56, 1951, pp. 222-258; especialmente en la p. 236 dice: "These divers types of postclassical elements in the *PS* cannot safely be dismissed by being

atribuir a libros de Paulo, la presente afirmación podría demostrar que si bien en todas las compraventas el vendedor se encontraría obligado a otorgar la posesión de la cosa como lo establecería el mismo jurista en D.19.4.1pr, cuando el contrato se realizaba entre ciudadanos romanos o bien peregrinos que tuviesen el *commercium* la obligación no se agotaba en el simple otorgamiento de la posesión, sino que requería además de la transmisión de la propiedad.

El cuadro resultante de los textos examinados en el presente capítulo puede resumirse de la siguiente manera:

1. Tomando como punto de partida D.18.1.25.1 podemos constatar que en el siglo I d.C. Sabino consideraría que el vendedor no necesariamente se encontraría obligado a transmitir la propiedad al comprador (*qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere*) ya que para tal cometido se requeriría de una *stipulatio* que tuviese tal objeto (*ut cogitur qui fundum stipulanti spondit*); por otra parte Labeón y Javoleno en D.18.1.80.3 al decir que nadie puede considerarse que ha vendido una cosa cuya propiedad no se quiso que pasara al comprador (*nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat*) subsecuentemente estarían aceptando la obligación del vendedor a transmitir la propiedad como efecto natural del contrato sin necesidad de una *stipulatio* que tuviera tal objeto.

2. En el siglo II d.C. Gayo en 4.131a. mostraría cómo dentro de la práctica procesal romana el comprador mediante el ejercicio de la acción de buena fe podía exigir la *mancipatio* de la cosa; por otra parte, si bien Africano anacrónicamente negaría todavía la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la misma en el *liber octavo quaestionum* D.19.1.30.1, (idea propia de la escuela sabiniana que bien pudo haber pertenecido a su maestro Juliano),³² cierto es que la falta de realización de la *mancipatio* por

attributed to gradual alterations super imposed upon a genuine work of Paulus". Aceptando dicha posición BRETONE, Mario, *Storia del diritto romano*, 5a. edizione: Roma-Bari, Laterza, 1991, núm. 25, p. 365, confrontar: LIEBS, Detlef, *Hermogenians Iuris Epitomae*, Goettingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, pp. 110-112, que considera que existe la duda de que los compiladores hubiesen utilizado además otras fuentes y no sólo Paulo.

³² En los nueve libros de *Quaestiones* no siempre es fácil distinguir su opinión de la de su maestro; al respecto ver: DOMINGO y otros, *Textos de derecho romano*, p. 360.

parte del vendedor podía catalogarse como actitud dolosa, implicando la posibilidad de ejercitar la *actio ex empto* dejando sin efectos el mencionado principio. La aseveración de Celso en D.12.4.16 como hemos tratado de demostrar en el presente capítulo no podría otorgar información sobre el presente problema, visto que el fundamento de su razonamiento derivaría de su posición respecto a la relación sinalagmática.

3. En el siglo III d.C. Papiniano, en D.22.1.4.pr consideraría que mediante la *actio ex empto* el comprador podría exigir la *mancipatio* de la cosa y Ulpiano en D.19.1.11.2 al comentar el edicto (que como sabemos reflejaría la práctica civil romana) inclusive diría que la primera obligación del vendedor sería la de transmitir la propiedad de la cosa mediante la *mancipatio* (*et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est —mancipare—*). Si en *Pauli sent.* 1.13a.4 se encontrase el pensamiento de Paulo, podríamos constatar que el vendedor se encontraba obligado a realizar la *mancipatio* de la cosa.

Del cuadro que hemos expuesto, podemos observar la dificultad de aceptar la posición de Talamanca³³ sobre la materia que, minimizando la importancia de la transmisión de la propiedad de la compraventa, concluye que la obligación de *rem mancipio dari* podía ser originada de un pacto explícito entre las partes, de una implícita presuposición o de la objetiva configuración de la especie (compraventa realizada entre ciudadanos o peregrinos que tenían el *commercium*), pero no era un *essentiale* ni *naturale negotii*, y que sí debemos dar crédito a lo que resulta de las fuentes tal obligación no implicaba un interés por parte de los juristas. La opinión del estudioso despertaría ciertas dudas, porque de acuerdo con las observaciones anteriores es posible constatar que el propio interés de los juristas se reflejaría en la pluralidad de posiciones que se manifiestan al respecto. La adquisición del *dominium ex iure Quiritium* fue un privilegio de los ciudadanos romanos al cual difícilmente pudieron haber renunciado,³⁴ la celebración de la *mancipatio* otorgaba al comprador (*mancipio acci-*

³³ *Op. cit.*, p. 385.

³⁴ Basta observar los ejemplos que se encuentran en *FIRA, III, Negotia*, pp. 281-291.

piens) el ejercicio de la *actio auctoritatis* permitiéndole una mayor garantía sobre la cosa adquirida, consistente en la intervención del vendedor (*mancipio dans*) en su defensa procesal y en su responsabilidad por el doble del precio en caso de pérdida de la controversia;³⁵ por otra parte, la falta de realización de la *mancipatio* o *in iure cessio* de las *res Mancipi* ocasionó la necesidad de medios de tutela procesal alternativos que garantizaron la posesión del comprador, la llamada propiedad pretoria o bonitaria que mediante el transcurso del tiempo se transformaba gracias a la *usucapio* en *dominium ex iure Quiritium*.³⁶

Sería difícil pensar que a la jurisprudencia le hubiese resultado indiferente tal problema cuando de los textos podríamos desprender una corriente de pensamiento sustentada por Sabino y Africano (inspirado probablemente por su maestro Juliano) en que la obligación del vendedor de realizar la *mancipatio* no era un *essentiale ni naturale negotii*; que se encontraría en contraposición a otra seguida por Labeón y Javoleno en que la transmisión de la propiedad era considerada como un efecto natural. Si en la primera corriente era necesario efectuar una *stipulatio* para exigir la transmisión, sería posible presumir que el simple *pactum in continenti* no fuese todavía eficaz para producir tales efectos; que en el caso de la segunda, bien sea que las partes realizasen el respectivo pacto o bien que se considerase implícito en el contrato, el vende-

³⁵ Al respecto PAULI, *sententiae* 2.17.3: *res empta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur* (la cosa comprada por *mancipatio* y *traditio* perfecta si sea realizada su evicción, el vendedor obligado de *autoritas* es obligado al doble.) Demostrando que tal principio es clásico se encuentran los documentos mancipatorios citados en el siguiente capítulo.

³⁶ GAYO, 2.41: *Nam si tibi rem Mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium, tua res esse, ac si ea Mancipata vel in iure cessa esset.* (En efecto, si es obtenida para ti la cosa *Mancipi* sin haber hecho la *mancipatio* ni la *in iure cessio*, sino únicamente haya hecho la *traditio*, ciertamente esta cosa es obtenida en tus bienes, pero permanecerá mía en base al derecho de los Quirites, hasta que tú poseyendo esta cosa la usucapias; porque una vez completada por la *usucapio* comienza a ser tuya la cosa por pleno derecho, esto es bien sea *in bonis*, bien sea por el derecho de los Quirites como si esta cosa fuera *mancipata* o bien cedida *in iure*).

dor se encontraba obligado a transmitir la propiedad de la cosa. La idea de Labeón prevaleció en la práctica procedimental a partir del siglo II, y en el III d.C. Ulpiano la consideraría como la primera obligación del vendedor.

Ahora bien, si hasta el momento hemos tratado de demostrar la importancia que tuvo la transmisión de la propiedad en la compraventa romana, nos podríamos cuestionar la razón por la que Paulo en D.19.4.1pr no la incluyó dentro de las obligaciones principales del vendedor. Debemos recordar que tal contrato pertenecía al *ius gentium* y que en la edad comercial (del II siglo a.C. al II d.C.) los negocios realizados entre ciudadanos romanos o bien peregrinos con *commercium* representaban una pequeña cantidad en comparación con todos aquellos que se efectuaban dentro del imperio. Tal situación originó que frente a la compraventa “civil” se encontraba paralelamente la compraventa del *ius gentium* para la cual bastaba simplemente la transmisión de la posesión; Paulo difícilmente hubiera podido considerar como regla general la obligación del vendedor de transmitir la propiedad cuando tal obligación fundamental era reflejo de una más limitada realidad existente en su época;³⁷ por ello es posible observar que también la jurisprudencia se interesó en el problema de la transmisión de la posesión que brevemente trataremos a continuación.

La obligación de otorgar la *vacua possessio*, además del contrato consensual de compraventa, podía también incorporarse en una *stipulatio* que se hacía prometer el comprador³⁸ la desvalorización de tal *stipulatio* se dió a partir de Juliano que le otorgó el ejercicio de la acción de buena fe en contra del vendedor en caso de pérdida de la cosa por incumplimiento de la obligación de

³⁷ Inútil nos parecería el tentativo de la doctrina que trataría forzosamente de encuadrar la obligación de transmitir la propiedad dentro de alguna de las citadas por PAULO en D.19.4.1pr por reflejar una visión esquemática de la materia; ver por todos a TALAMANCA, *op. cit.*, pp. 384 y 385, que la incluiría dentro del *purgari dolo malo*, si bien no como una consecuencia generalizada o frecuente.

³⁸ Al respecto POMPONIO, *libro nono ad Sabinum* D.19.1.3.1, expresa: *Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat.* (Si el comprador haya sido estipulado a ser transmitida la posesión libre y en base a la estipulación actúa); Papiniano, *libro secundo quaestionum* D.22.1.4. pr: *Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi...* (Si hayas estipulado a ser dada la cosa y ser transmitida la posesión libre).

otorgar una posesión pacífica.³⁹ La posesión una vez transmitida, era tutelable mediante la protección interdictal, por lo que si un tercero litigase en contra del comprador, el pretor lo protegía con el interdicto *uti possidetis* en caso de bienes inmuebles y *utrubi* en cuanto a bienes muebles; si no había sido realizada la *mancipatio* o la *in iure cessio* el pretor otorgaba al comprador la *actio Publiciana* para recuperar la cosa objeto de compraventa poseída por terceros.⁴⁰ Pomponio, *libro nono ad Sabinum* D.19.1.3.pr establece que, si alguien hubiese ejercitado una acción en contra del comprador, sustrayéndole la posesión de la cosa, tal posesión no se consideraba otorgada por el vendedor: *ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est. ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intellegatur* (la razón de la posesión, que debe ser hecha por el vendedor, es tal, que si alguien haya reclamado con derecho aquella posesión, no se entiende entregada la posesión). Ejemplificativamente Paulo, *libro quinto ad Sabinum* D.19.1.2.1 menciona los casos en que no puede considerarse una posesión libre: *vacua possessio emptori tradita non intellegitur, si alius in ea legatorum fidei commissorum servandorum causa in possessione est aut creditores bona possideant. idem dicendum est, si venter in possessione sit: nam et ad hoc pertinet vacui appellatio*. (La posesión libre no es entendida transmitida al comprador, si otro está en esta posesión para conservar legados o fideicomisos o bien los acreedores posean los bienes. Lo mismo debe decirse, si el curador del concebido (*venter*) esté en la posesión; ciertamente también a esto pertenece la

³⁹ ULPIANO, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.19.1.11.13: *...sed Iulianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit: erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur*. (...pero Juliano en el libro décimoquinto de los digestos prueba que no resulte la entrega, si el comprador precedente no habrá estado en la posesión futura; habrá entonces en base a la acción de compra, 'si no sea prestado esto'). Que los términos *nisi hoc praestetur* hacen referencia a una *stipulatio* se puede desprender del texto anterior D.19.1.11.12 que habla de la posibilidad de que el comprador pudiese ejercitar bien sea la acción de la *stipulatio* bien sea de la de compra en el caso de un juicio noxal.

⁴⁰ Al respecto observar las analogías prácticas que existían entre la acción reivindicatoria y la publiciana en la obra de APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'actio publicienne*, s.e., Paris; THORIN, Ernest, 1889, volumen 2, principalmente, pp. 309-329.

apelación de libre). Además, deberá ser voluntaria, implicándose por ello la imposibilidad de que el comprador la obtuviese contra la oposición del vendedor, como lo afirma Pomponio, *libro trigesimo secundo ad Sabinum* D.41.2.33: *non recte emptor per se in possessionem veniet* (no rectamente el comprador llegará por sí en la posesión); siendo necesario el ejercicio de la acción derivada de la *stipulatio* o de la *actio empti* para exigir el cumplimiento de la prestación, porque en caso contrario el comprador se convertiría en un *praedo*.⁴¹

Otro de los puntos controvertidos por la doctrina en lo que respecta a la transmisión de la propiedad en la compraventa es el referente al pago del precio como requisito para efectuarse tal; analicemos a continuación la mencionada problemática.

IV. EL PAGO DEL PRECIO COMO REQUISITO NECESARIO PARA LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

Un problema que se presenta en las fuentes estrechamente relacionado con la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa consisten en la necesidad en edad clásica del pago del precio para que pueda ser realizada tal transmisión. Mientras que para las *res nec mancipi* no tiene relevancia tal requisito, por ser suficiente la simple *traditio* del propietario,⁴² en el

⁴¹ Al respecto PAULO, *libro sexagesimo tertio ad edictum* D.41.2.5: *Si ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, praedo es: aequè si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es*. (Si en base a la estipulación deba a ti Estico y no lo entregue, pero tú habrás conseguido su posesión, eres un ladrón; igualmente si vendiera sin transmitir la cosa, si hayas conseguido la posesión no por mi voluntad, no posees como comprador, sino eres un ladrón). En el mismo sentido la Constitución de Diocleciano y Maximiano del año 294 d.C. en C.7.32.9: *Nec ex vera venditione possessionem, quam non fuerat emptor adeptus, improbe retinere potest...* (Ni en base a una verdadera venta puede el comprador injustamente retener la posesión que no haya conseguido).

⁴² GAYO, 2.19-20: *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. 20. 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*. (Ciertamente las cosas *nec*

caso de las *mancipi* el problema requiere de una mayor profundización, porque como veremos a continuación, existirían textos que parecerían orientarse en tal sentido. Sobre este último punto se confrontan en doctrina dos opiniones discordantes; la primera propuesta por Arangio-Ruiz,⁴³ que consideraría que en el derecho clásico tal requisito no era necesario, independientemente del medio decidido para realizar la transmisión de la cosa *emtionis causa*,⁴⁴ perteneciendo al derecho vulgar postclásico influenciado en oriente de reflejos helenísticos y en occidente del sentimiento jurídico popular; la segunda formulada por Gayo,⁴⁵ según el cual el pago del precio era un requisito indispensable para la realización de la *mancipatio* ya en edad clásica. Para poderse orientar sobre la presente problemática es necesario efectuar el análisis de las fuentes jurídicas respectivas y de algunos de los correspondientes documentos mancipatorios que han llegado a nosotros. Comenzaremos excepcionalmente con el más reciente, en virtud de contener la referencia más antigua al mencionado problema:

a) En Instituciones 2.1.41 se dice lo siguiente:

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

mancipi se hacen de pleno derecho de otro por la misma *traditio*, si solamente son corporales y a causa de esto reciben la *traditio*. Por lo tanto si a ti habré transmitido un vestido o bien oro o bien plata por causa de venta o bien donación o bien cualquier otra causa, pronto esta cosa se convierte en tuya, solamente si yo de ésta sea dueño).

⁴³ *Compravendita*, *op. cit.*, pp. 276-308; aceptada por Mario Talamanca, "Recensione a Filippo Gayo, *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustiniano*", *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, volumen 160, 1961, p. 152. También excluyendo que tal principio fuese clásico ver: Arnaldo Biscardi, "Sulla genesi della norma giustiniana in materia di trasferimento della cosa venduta", en *AHDO-RIDA*, volumen 2, 1953, pp. 271-283.

⁴⁴ Anteriormente había propuesto ARCHI, *op. cit.*, a lo largo de toda su obra, principalmente pp. 39-69, desarrollando una idea de Albertario, "Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana", *Rivista del Diritto Commerciale*, volumen I, 1929, p. 238, que tal requisito era indispensable únicamente en los casos de las *res mancipi*, pero como veremos en el presente capítulo su opinión despertaría ciertas dudas.

⁴⁵ GALLO, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 26-45.

solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore 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. (Pero, si ciertamente por causa de donación o bien dote o bien en base a cualquier otra causa sean entregadas, sin duda son transmitidas, pero las cosas vendidas y transmitidas no de otro modo son adquiridas al comprador, que si éste haya pagado el precio al vendedor o bien de otro modo lo haya satisfecho, por ejemplo mediante *expromissor* o bien dando una prenda. Lo que es establecido ciertamente también en la ley de las doce tablas; sin embargo, rectamente se dice que se hace esto también en base al derecho de gentes, esto es, del derecho natural. Pero si el que vendió, haya aprobado la confianza del comprador se debe decir que inmediatamente la cosa se hace del comprador).

La doctrina ha dudado de la veracidad de la afirmación de que en las doce tablas se mencionase tal requisito;⁴⁶ sin embargo, independientemente de que el presente texto represente la única referencia a dicha disposición, existen ciertos argumentos que nos inclinarían a pensar en su autenticidad; como hemos mencionado en el capítulo I, en el derecho arcaico las ventas realizadas entre ciudadanos romanos que tenían por objeto *res mancipi* se efectuaban mediante el antiguo *mancipium* que en tal época tenía el carácter de venta real, ya que faltando la moneda acuñada, el bronce que era pesado en la balanza asumía la función de precio. Consecuentemente es factible afirmar que en el 451-450 a.C., época de la mencionada disposición, el pago del bronce fuera un elemento indispensable que permitía la transmisión de la propiedad, en virtud de que su falta implicaba la imposibilidad de realizar el negocio; por otra parte, en el caso de las *res nec mancipi* el pago del

⁴⁶ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 280, 285 y 286; no obstante ver la incorporación de BRUNS-MOMMSEN-GRADENWITZ, *Fontes iuris Romani antiqui. Pars prima: leges et negotia*, 7a. ed, Tubinga, 1909, reimp., Aalen, 1958, de la mencionada norma en la reconstrucción de la ley de las XII Tablas, (tabla 7.11) últimamente publicada y traducida al español por Rafael Domingo y otros, *op. cit.*, 1a. ed., Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 28.

precio cumplido al mismo momento de la entrega implicaba que el comprador adquiriese la cosa, porque la compraventa todavía no se había constituido como contrato obligacional. De lo anterior, si bien no se encuentren mayores elementos que nos permitan asegurar que efectivamente las XII tablas contenían tal disposición, es claro que en dicho contexto histórico tal referencia no nos causaría asombro.

Como se sabe, las Instituciones de Justiniano fueron realizadas en base a textos clásicos y especialmente con los comentarios de Gayo tanto de sus Instituciones como de las *res cottidianae*,⁴⁷ en base a tal presupuesto podríamos suponer que el contenido de Instituciones 2.1.41 tuviese fundamento clásico; observando los textos que van antes y después del nuestro (2.1.40 y 42) es posible constatar una correspondencia con el *liber secundo rerum cottidianarum* D.41.1.9.3-4,⁴⁸ que sin embargo, falta el texto materia

⁴⁷ Al respecto la Const. *Imperatoriam maiestatem* 6: *Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum...* (Éstas en base a todas las Instituciones de los antiguos y principalmente en base a los comentarios de nuestro Gayo tanto de las Instituciones como de las *res cottidianae*). Éste no es el momento para demostrar que las *res cottidianae* es una obra clásica; no obstante, quienes afirmen que la obra es postclásica encontrarán en la obra de COMA FORT, José María, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, 1a. ed., Madrid, Fundación Ursicino Álvarez, 1996, pp. 13-214, un apoyo a su posición.

⁴⁸ GAYO, *libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum* D.41.1.9.3: *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.* (También las cosas que se hacen nuestras por *traditio* se adquieren a nosotros por el *ius gentium*; ciertamente nada es tan conforme a la equidad natural cuanto considerar válida la voluntad del propietario que quiere transferir a otro su cosa). Instituciones 2.1.40. *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo, cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia, quae in provinciis sunt, inter quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est.* (También por *traditio* se adquiere para nosotros las cosas conforme al derecho natural; ciertamente nada tan conveniente es a la equidad natural, que se reconozca eficacia a la voluntad del dueño, que quiere que su cosa se transfiera a otro. Por eso toda cosa corporal, cualquiera que sea su género, puede transmitirse por su dueño y así entregada es enajenada. Del mismo modo se enajenan las fincas estipendiarias y tributarias. Sin

de nuestro análisis; tal situación nos haría pensar en dos posibilidades: a) que el contenido de Instituciones 2.1.41 se encontrase en la mencionada obra gayana sin que hubiera sido incorporado en el Digesto; b) o bien que no hubiese tenido correspondencia en las *res cottidianae*. Dificilmente podríamos elegir una u otra hipótesis en virtud de que dicha obra la conocemos indirectamente por las referencias que se encuentran en el Digesto; sin embargo, en Instituciones 2.1.41 es probable que se refleje el pensamiento gayano,⁴⁹ como podrá observarse en el siguiente texto citado.

b) Gayo, *libro vicensimo octavo ad edictum provinciale* D.18.1.53,⁵⁰ dice lo siguiente:

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. (Para que la cosa se haga del comprador no hay diferencia entre que el precio haya sido pagado o se haya dado fiador a tal título. Lo que dijimos del fiador ha de tomarse en el sentido más amplio; si el vendedor ha recibido garantía del precio por cualquier razón, por ejemplo por *expromissor*

embargo, son llamadas estipendiarias y tributarias aquellos predios situados en las provincias, que según una constitución nuestra, en nada se distinguen de los predios itálicos). Observar en Instituciones 2.1.40 la parte que corresponde a las *res cottidianae* (*Per traditionem... ratam haberi*) y la que es propia del derecho justiniano (*Et ideo... nulla differentia est.*); Instituciones 2.1.42: *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem an voluntate eius alius.* (Pero nada interesa, que la cosa la transmita el mismo dueño u otra persona por su voluntad). *Idem*, D.41.1.9.4 que incluye además Instituciones 2.1.43.

⁴⁹ Sobre tal problemática ver la comparación que realiza MEYLAN, Philippe, "Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue", en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, 1930, volumen 1, pp. 443-491, entre Gayo 2.19-21; Gayo, *lib. 2 rer. cottid.* e Instituciones 2.1.40-41; además confrontar con ARCHI, *op. cit.*, pp. 30-38, que se inclina por la idea que el contenido correspondiese a Gayo.

⁵⁰ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, volumen 2, p. 288, constatando la semejanza formal que presenta el mencionado texto con el de Instituciones 2.1.41, utilizaría tal criterio para argumentar su postura que D.18.1.53 se encontraría interpolado y que el pensamiento que se expresa es justiniano y no clásico; pero, según nuestra opinión no parecerían existir elementos para excluir por el contrario que tal pasaje tuviese contenido clásico y que fuese el fundamento de Instituciones 2.1.41.

o por la entrega de una prenda, será como si el precio hubiera sido pagado).

Es posible constatar la necesidad de pagar el precio como requisito necesario para la adquisición de la propiedad, indicándose también medios alternativos equiparados al pago, como sería la designación de un fiador. La mención de tal figura es entendida en un sentido tan amplio que podría encuadrar cualquier otra forma de garantía análoga, situación que nos haría pensar que, al igual que en Instituciones 2.1.41, bastaría inclusive la simple confianza del comprador; en ambos textos se mencionan ejemplificativamente medios alternativos que lo sustituirían como el *expromissor* o el *pignus datum*, demostrándose con tal hecho que, si bien formalmente el pago del precio permanecía como requisito para la adquisición de la propiedad, en edad clásica sustancialmente bastaban también proponer garantías para tal pago.

c) El contenido de los textos anteriores es también constatado en Pomponio, *libro trigensimo primo ad Quintum Mucium D.18.1.19*⁵¹ que establece:

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 satisfactione. (Lo que vendí no se hace de otro modo del que lo recibe, que si o bien el precio nos haya sido pagado o bien hecha fianza a tal título o bien también hayamos tenido confianza del comprador sin ninguna garantía).

Pomponio, comentando a Quinto Mucio, establece en un mismo nivel el pago del precio, la constitución de una fianza o la simple confianza del comprador en donde faltase cualquier tipo de garantía. No podemos determinar con certeza qué parte del texto correspondería al pensamiento de Quinto Mucio y cuál a Pomponio; pero es cierto que su contenido al igual que los anteriores, minimizan la necesidad del pago del precio en época clásica.

⁵¹ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 287, siguiendo con su criterio interpolacionista considera que es ingenuo que en el texto se proceda de un *non aliter* que parecería poner una limitación y que se concluya con *sine ulla satisfactione*; sin embargo, según nuestra opinión, los últimos términos demostrarían simplemente que dicha limitación carecía de efectos prácticos en época clásica.

d) Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum D.19.1.11.2*:⁵² *...si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum...si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum...* (...ciertamente si el vendedor fue dueño, hace también dueño al comprador...si solamente el precio ha sido pagado o bien satisfecho a tal título).

Ulpiano establece que el pago del precio es un requisito necesario para transformar al comprador en dueño; no obstante, manifiesta como medio alternativo el establecimiento de una garantía. Podríamos interpretar el texto en dos sentidos; el primero restrictivo, consistente en que el único medio que pudiese sustituir el pago del precio fuese tal garantía; el segundo, más amplio en que existiesen otros medios alternativos y que Ulpiano ejemplificativamente hubiera mencionado uno de ellos. Según nuestra opinión sería mayormente factible la segunda opción, porque si en el II siglo d.C. bastaba la simple confianza que se tuviese al comprador parecería difícil pensar que el jurista tardoclásico ignorase tal posibilidad, y que limitase como único medio análogo el expresamente mencionado.

Examinemos a continuación los documentos mancipatorios conocidos como “tablillas de Transilvania” para observar cómo se realizaba la *mancipatio* en la vida práctica y el papel que desenvolvía el precio en tales actos:

Emptio puellae, año 139 d.C.:⁵³

Maximus Batonis puellam nomine Passiam, siue ea quo alio nomine est, annorum circiter p(lus) m(inus) sex, empta sportellaria, emit mancipioque accepit de Dasio Verzonis Pirusta ex Kauieretio, (denariis) ducentis quinque. Eam puellam sanam esse, —a— furtis noxisque solutam, fugitiuam erroneam non esse praesertari: quot si quis eam puella—m partemue quam ex eo quis eui

⁵² ARANGIO-RUIZ, *idem*, pp. 173 y 174, niega también el carácter clásico al mencionado texto argumentando que es demasiado sospechoso en la parte central para dar fundamento a una doctrina; sin embargo, a la luz de la confrontación que realizamos del presente con los otros citados anteriormente, es posible constatar que presenta el mismo criterio interpretativo de la jurisprudencia clásica en que la obligación de pagar el precio puede cumplirse con otros medios alternativos.

⁵³ En, *FIRA, pars tertia, negotia*, núm. 87, pp. 283-285.

cerit, quo minus Maximum Batonis, quoue ea res pertinebit, habere possidereque recte liceat, tum quanti ea puella empti est, —tan—tam pecuniam et alterum tantum dari fide rogavit Maximus Batonis, fide promisit Dasius Verzonis Pirusta ex Kauiereti—o—. Proque ea puella, quae supra scripta est, (denarios) ducentos quinque accepisse et habere se dixit Dasius Verzonis a Maximo Batonis. Actum Karto XVI K(alendas) Apriles Tito Aelio Caesare Antonino Pio II et Bruttio Praesente II cos. Maximi Veneti principis. Masuri Messi dec(urionis). Anneses Andunoeneticis. Plani Verzonis Scelaieticis. Liccai Epicadi Marciniensis. Epicadi Plarentis, qui et Mico. Dasi Verzonis ipsius uenditoris.

(Máximo Batón, una esclava de nombre Passia, o bien cualquier otro nombre tenga de más o menos seis años, comprada como fabricante de cestos [o para llevar cestos], compró y recibió en mancipio de Dasio Verzón Pirusta ex Kauiereti por doscientos cinco denarios. Garantizó que aquella niña fuese sana, libre de hurtos y penas, no fuese inclinada a huir o vagabundear; que si alguien haya realizado evicción de aquella niña o de parte de ella, de modo que Máximo Batón u otro a que la cosa le pertenecerá no sea lícito justamente tenerla y poseerla, entonces a la cantidad de dinero por lo que aquella niña fue comprada y otro tanto dinero Máximo Batón se hizo prometer, y Dasio Verzón Pirusta ex Kauiereti prometió. Y para aquella niña que fue escrita arriba Dasio Verzón dijo de haber recibido doscientos cinco denarios por parte de Máximo Batón; 17 de marzo bajo el consulado de Tito Aelio César Antonino Pío por segunda vez y Brutio presente por la segunda vez. Máximo Veneto Príncipe; Masurio Messo decurión; Anese Andunoeneto; Plano Verzón Scelaieto; Licai Epicado Marciniensis; Epicadio Plarento; el mismo vendedor Dasio Verzón).

Emptio pueri, año 142 d.C.:⁵⁴

Dasius Breucus emit mancipioque accepit puerum Apalaustum, siue is quo alio nomine est, n(atone) Gr—a—ecum, apocatum pro uncis duabus, (denariis) DC de Bellico Alexandri, fr. M. Vibio Longo. Eum puerum sanum traditum esse, furtis noxaque solutum, erronem fugiti—u—um caducum non esse pr—a—estari: et si quis

⁵⁴ *Idem*, núm. 88, pp. 285-287.

eum puerum q(uo) d(e) a(gitur) partenue quam quis ex eo euicerit, q(uo) m(inus) emptorem s(upra) s(criptum) eunue ad q(uem) ea res pertinebit uti frui habere possidereq(ue) recte liceat, tunc quantum id erit, quod ita ex eo euictum fuerit, t(antam) p(ecuniam) duplam p(robam) r(ecte) d(ari) f(ide) r(ogauit) Dasius Breucus, d(ari) f(ide) p(romisit) Bellicus Alexandri, id (em) fide sua esse iussit Vibius Longus. Proque eo puero, q(ui) s(upra) s(criptus) est, pretium eius (denarios) DC accepisse et habere se dixit Bellicus Alexandri ab Dasio Breuco. Actum kanab(is) leg(ionis) XIII g(eminae) XVII Kal. Iunias Rufino et Quadrato cos. Appi Procli uet(erani) leg(ionis) XIII G(eminae). Antoni Celeris. Iul(i) Viatoris. Ulp(i) Seuerini. L.Firmi Primitiui. M.Vibi Longi fideiusor(is). Bellici Alex(a)ndri uendit(oris).

(Dasio Breuco compró y recibió en mancipio el niño Apalausto, o bien de cualquier otro nombre le sea, de la nación griega; indicado en el recibo por dos onzas, y por seiscientos denarios de Bélico Alejandro siendo fiador M.Vibio Longo. Garantizó que aquel niño fue entregado sano, libre de hurtos y penas y que no era vagabundo, inclinado a huir o caduco. Y si alguien haya realizado evicción de aquel niño del que se trata o de parte de él de modo que al comprador escrito arriba u otro al que aquella cosa le pertenecerá no sea lícito justamente usarlo, disfrutarlo, tenerlo y poseerlo, entonces Dasio Breuco se hizo prometer que le fuese justamente dada la suma de dinero probada en doble porque se realizó la evicción, y Bélico Alejandro prometió que le fuese dada y Vibio Longo prestó la fianza del mismo. Para aquel niño que fue escrito arriba Bélico Alejandro dijo haber recibido y tener el precio de seiscientos denarios por parte de Dasio Breuco. Hecho el 16 de mayo en la XIII legión gémina; Cónsules Rufino y Cuadrato. Apio Proclo veterano de la legión XIII gémina; Antonio Celerus; Julio Viatoro; Ulpio Severino; el garante M. Vibio Longo; el vendedor Bélico Alejandro).

Emptio ancillae, año 169 d.C.:⁵⁵

Cl(audius) Iulianus mil(es) leg(ionis) XIII G(eminae) (centuria) Cl(audi) Mari emit mancipioque accepit mulierem nomine

⁵⁵ *Idem*, núm. 89, pp. 287 y 288.

Theudotem, siue ea quo alio nomine est, n(atione) Creticam, apochatam pro uncis duabus, (denariis) quadringentis uiginti de—de— Cl(audio) Phileto, f(ideiussore) a(ccepto) Alexandro Antipatri. Eam mulierem sanam traditam esse emptori s(upra) s(cripto), et si quis eam mulierem, q(ua) d(e) a(gitur), partemue quam quis ex ea...evicerit. q(uo) m(inus) emptorem s(upra) s(criptum) eumue at quem ea res pertinebit uti frui habere possidereque recte liceat, tunc quantum id erit, quot ita ex ea —quit— euictum ablatumue fuerit, siue quot ita licitum non erit, tantam pecuniam probam recte dari f(ide) r(ogavit) Cl. Iulianus ml(es) s(upra) s(criptus), d(ari) f(ide) p(romisit) Cl. Philetus: id fide sua esse iussit Alexander Antipatri. Inque ea mulierem, quae s(upra) s(cripta) est, pretium eius (denarios) CCCXX accepisse et habere se dixit Cl(audio) Philetus a Claudio Iuliano mil(ite) s(upra) s(cripto.) Actum canab(is) leg(ionis) XIII G(eminae) IIII Nonas Octobres Bradua et Varo cos. Val(eri) Valentis -leg. XIII G(eminae). Cn. Vari A(l)ae. Ael(i) Dionysi uet(erani) leg(ionis). Paulini S...ris. Iul(i) Victorini. Alexander Antipatri. Cl(audio) Phileti uenditoris ibsius.

(Claudio Juliano, soldado de la legión XIII gémina centuria de Claudio Mario, compró y recibió en mancipio una mujer de nombre Teudote o bien de cualquier otro nombre le sea, de nación cretense, indicada en el recibo por dos onzas, por cuatrocientos veinte denarios de Claudio Fileto, aceptando como fiador Alejandro Antipatro. Que aquella mujer fue entregada sana al comprador escrito arriba, y si alguien haya realizado la evicción de aquella mujer, de la que se trata, o de parte de ella, de modo que al comprador escrito arriba o al que le pertenecerá esta cosa, no sea lícito utilizarla, disfrutarla, tenerla y poseerla justamente, Claudio Juliano soldado escrito arriba se hizo prometer que le fuese justamente dada la cantidad de dinero probado correspondiente a lo que se hubiese quitado o sustraído por la evicción o bien al hecho que no le sea lícito (utilizarla, disfrutarla, tenerla y poseerla), y Claudio Fileto prometió que le fuese dado y lo mismo prometió el fiador Alejandro Antipatro. Claudio Fileto dijo de haber recibido por parte de Claudio Juliano soldado escrito arriba y de tener el precio de cuatrocientos veinte denarios para la mujer que fue escrita arriba. Hecho el 4 de octubre en la legión XIII Gémina. Cónsules

Bradua y Varo; Valerio Valente; Vari Ala; Aelo dionisio veterano de la legión; Paulino S; Julio Victorino; Alejandro Antipatro; el vendedor Claudio Fileto).

Emptio domus, año 159 d.C..⁵⁶

Andueia Batonis emit manci—pioque accepit— domus partem dimidiam, interantibus partem—dex—tram, qu—a—e est Alb(urno) Maiori uico pirustar—um in—t—er— ad—finesPlatorum Accep—tianum et Ingenum Callisti (denariis) trecentis de Veturi—o Valente. Eam domus partem dimidiam, q(ua) d(e) a(gitur), cum su(is) saepibus saepimentis finibus aditibus claustris fenestris, ita uti clao fixsa et optima maximaque est, —Andueia Batonis— h(abere) r(ecte) l(iceat).—E—t si quis eam domum partemue quam quis —e—x —ea—evicerit, q(uo) m(inus) Andrueia Batonis e(iue) a(d) q(uem) e(a) r(es) p(ertinebit) h(abere) p(ossidere) u(su) c(apere) r(ecte) l(iceat), —tum quantum id erit— qu(o) d ita licitum n(o) n erit, t(antum) p(ecuniam) r(ecte) d(ari) f(ide) r(ogavit) Andueia Batonis,—d(ari)— fide promisit Veturius Valens. Proque ea do—mus partem dim—idiam pretium (denarios) CCC Vetur(ius) Vale—n—s a(b) A(n)du(ei) a(Ba)tonis accepiss(e) et) hab(ere) se dixit. Conuenitq(ue) int(er) eos —uti— Veturius Va(lens) pro ea) domo tributa usque ad recensum dep(e)n(dat). Act(um) Alb(urno) Maiori prid(ie) Nonas Maias Qui(n)tillo et Prisco cos. L. Vasidius V(i)ctor sig(nani). T. Fl(au) Felicis. M. Lucani Melioris. Platoris Carpi. T. Aureli Prisci. Batonis Annaei. Veturi Valentis uenditoris.

(Andueya Batón, compró y recibió por *mancipatio* la media parte de una casa, la parte derecha respecto a los que entran, que está en Alburno Mayor, pueblo de los Pirustaros, entre los colindantes Platón Aceptiano e Ingeno de Calixto, por trescientos denarios de Veturio Valente. Que sea lícito que Andueya de Batón, tenga lícitamente esa mitad de la casa, de la que se trata, con sus setos, vallados, lindes, entradas, cercados, ventanas y libre de cargas. Y si alguien realizara evicción por esa casa o parte de ella, de manera que no sea lícito a Andueya de Batón, o a aquellos a quienes pertenezca la cosa, tenerla, poseerla o usucapirla; entonces,

⁵⁶ *Idem*, núm. 90, p. 289.

cuanto valga aquello que no sea lícito, tanto dinero rogó por la confianza que fuera debidamente dado a Andueya, hija de Batón y estipuló Veturio Valente que sería dado. Y por esta mitad de la casa dijo haber recibido de Andueya de Batón, y tener Veturio Valente un precio de trescientos denarios. Y se convino entre ellos que Veturio Valente pague por ella el tributo tasado hasta el monto fijado. Hecho en Alburno Mayor, el día antes de las nonas de mayo, siendo cónsules Quintilio y Prisco. Nombre de los firmantes: Lucio Vasidio Víctor, firmé. De Tito Flavio Félix, de Marco Lucano Melior, de Plator Carpio, de Tito Aurelio Prisco, de Batón Anneo, de Veturio Valente, vendedor.)

Los documentos anteriores nos presentan una serie de *mancipationes venditionis causa*; el vendedor (Dasio Verzón; Belico Alejandro; Claudio Fileto; Veturio Valente) transmite al comprador (Máximo Batón; Dasio Breuco; Claudio Juliano; Andueya Batón) la propiedad de una *res Mancipi* (*puella* Passia, *puer* Apalausto, *ancilla* Teudote, *domus* en Alburno Mayor) a cambio de un precio (205 denarios; 600 denarios; 420 denarios; 300 denarios).

La doctrina se ha cuestionado si en los presentes casos se documentan contratos consensuales en los que se realizó posteriormente una *mancipatio* o bien ventas al contado en forma de *mancipatio*. Arangio-Ruiz sería de la idea que los documentos citados no contienen ninguna referencia a un contrato consensual anterior;⁵⁷ tal aseveración despertaría ciertas dudas, porque en los documentos mancipatorios la referencia incluida a *stipulationes* efectuadas para garantizar al comprador de la evicción nos haría pensar en la existencia de contratos previos a la transmisión de la propiedad, porque el negocio libral al otorgar la *obligatio auctoritatis* hacía superflua la celebración de *stipulationes* dentro del mismo acto; por lo que, según nuestra opinión, una vez que habían sido efectuados los contratos, la celebración de *stipulationes* garantizaba la evicción mientras se efectuaba la correspondiente *mancipatio*.

⁵⁷ *Op. cit.*, pp. 187-191, el autor afirma que la expresión *emit Mancipioque accepit* que se presenta en los respectivos documentos no hace referencia al contrato consensual, sino al notorio formalismo de la *mancipatio*: *aio... meum esse* y al *mihi emptum esse*: al respecto ver Gayo, 1.119. Tal opinión es seguida por Gayo, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

Comparando los textos jurisprudenciales que hemos citado anteriormente con los documentos mancipatorios de Transilvania es posible constatar que si bien en línea teórica parecería que el precio había dejado de ser un requisito para la transmisión de la propiedad, en la práctica siempre se testimoniaba su efectivo pago: en la *emptio puellae* que costaba doscientos cinco denarios el documento 87 dice: *proque ea puella, quae s(upra) s(cripta) est, (denarios) ducentos quinque accepisse et habere se dixit Dasius Verzonis* (vendedor) a *Maximo Batonis* (comprador); en la *emptio pueri* que costaba 600 denarios el documento 88 dice: *proque eo puero, q(ui) s(upra) s(criptus) est, pretium eius (denarios) DC accepisse et habere se dixit Bellicus Alexandri* (vendedor) ab *Dasio Breuco* (comprador); en la *emptio ancillae* que costaba 420 denarios el documento 89 dice: *inque ea mulierem, qua s(upra) s(cripta) est, pretium eius (denarios) CCCXX accepisse et habere se dixit Cl(audius) Philetus* (vendedor) a *Claudio Juliano* (comprador) *mil(ite) s(upra) s(cripto)*; en la *emptio domus* que costaba trescientos denarios el documento 90 dice: *proque ea do(mus partem dim)idiam pretium (denarios) CCC Vetur(ius) Vale s* (vendedor) a *(b A)n(du)ei(a Ba)tonis* (compradora) *accepiss(e et) hab(ere) se dixit*). De tal situación surgiría la cuestión si efectivamente el pago del precio había dejado de ser una necesidad para la transmisión de la propiedad, como lo establecería Arangio-Ruiz, o si por el contrario efectivamente se requería de tal necesidad, como lo mencionaría Gayo. Veamos a continuación los fundamentos de cada una de las posiciones para poder tratar de dar nuestra opinión al respecto:

Arangio-Ruiz⁵⁸ llega a la conclusión de que para la transmisión de la propiedad no era necesario el pago del precio en época clásica, manifestando los siguientes argumentos:

a) La regla de Instituciones 2.1.41 no tendría fundamento clásico porque correspondería al derecho vulgar postclásico influenciado en oriente de ideas helenísticas y en occidente del sentimiento jurídico popular que vió en la compraventa un cambio de cosa contra el precio.

⁵⁸ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 276-308.

b) Los textos de la jurisprudencia clásica que tratarían sobre tal aspecto fueron manipulados en edad postclásica beneficiándose (a lo mejor con falsificaciones o con interpretaciones erradas) de la antigua norma de las XII tablas por la que la garantía por evicción en la forma de *auctoritas*, nacía de la *mancipatio* sólo cuando ésta había sido hecha por un precio efectivamente pagado o por lo menos garantizado.

c) En el mismo sentido fue modificada también la enseñanza de las Instituciones de Gayo en la paráfrasis postclásica que fue denominada *Res cottidianae*.

d) Negándose la nueva tendencia los compiladores de las Instituciones de Justiniano transcribieron el texto de las *Res cottidianae* pero lo neutralizaron incorporando que la propiedad pasa en todo momento cuando el vendedor haya tenido fe en el comprador.

e) Lo mismo sucedió con el texto de Pomponio en D.18.1.19 olvidándose de corregir otros textos igualmente glosados y otros intactos de precedentes manipulaciones que ignoraban la regla.

Tales aseveraciones despertarían ciertas dudas que presentamos a continuación:

a) Hemos tratado de demostrar que la regla de Instituciones 2.1.41 se fundamenta en textos clásicos que presentan el mismo contenido como serían los textos de Gayo en D.18.1.53 y de Pomponio D.19.1.11.2.

b) Difícilmente podría demostrarse la existencia de manipulaciones sustanciales sobre la materia en edad postclásica, cuando la jurisprudencia clásica había interpretado de forma tan amplia la regla de las XII tablas que prácticamente la había neutralizado.

c) No podemos dar una opinión sobre el punto en lo que respecta a las *Res cottidianae* porque carecemos en la mencionada obra de una referencia a tal problemática.

d) Si carecemos de un texto paralelo a Instituciones 2.1.41 en las *Res cottidianae* difícilmente podríamos afirmar que los compiladores lo transcribieron y mucho menos que lo hubieran neutralizado.

e) Difícilmente podríamos afirmar que el texto de Pomponio en D.18.1.19 se encontraría interpolado cuando tal sería el fundamento de la posición jurisprudencial clásica que había dejado sin eficacia la regla de las XII tablas; de tal manera podría explicarse también que existen textos clásicos que prácticamente la ignoran.

De todo lo anterior nos parecería innecesario tratar de buscar en el derecho vulgar postclásico el fundamento de un requisito que, si bien en edad arcaica tuvo su razón de ser, en época clásica había dejado de tener importancia, interpretándose por la jurisprudencia de forma tan amplia que lo habían transformado en ineficaz.

Por otra parte, Gayo,⁵⁹ centrándose en el estudio de los documentos de Transilvania llegaría a la conclusión que para transmitir la propiedad de la cosa vendida era indispensable el pago respectivo; tal posición la fundamentaría en los siguientes argumentos:

a) La *mancipatio* además de su aplicación a la venta era utilizada en otros casos como la *emancipatio*, *fiducia*, donación, etc.... También en estas situaciones se conservaba exteriormente la estructura de la compraventa, utilizándose diferentes expresiones con las que se mencionaba el pago del precio, pero en medida que indicaba la gratitud del acto v.g.: *uncis duabus, asse aere, HS, nummo uno* observándose con el cambio de terminología las diferentes fases de la historia de la moneda; así, en el caso de la *emancipatio*, se sustituiría la entrega de las dos onzas por la de uno o dos *nummi*, como lo demostraría *Gai. Ep. 1.6.3: a quo fiduciario patre naturalis pater unum aut duos nummos, quasi in similitudinem pretii accipit, et iterum eum acceptis nummis fiduciario patri tradit...* (por aquel padre fiduciario el padre natural recibe una o bien dos monedas, como en similitud del precio, y de nuevo éste aceptadas las monedas lo entrega al padre fiduciario). Tales expresiones podrían explicarse como el reflejo de la efectiva necesidad del pago del precio en los casos de venta.

b) En las tablillas de Transilvania se hace referencia no solamente al precio convenido sino además al respectivo pago porque la afirmación de que Ticio compró de Cayo mediante *mancipatio* el esclavo Estico por el precio X implicaría el modo más natural para decir que Ticio compró de Cayo la cosa objeto del negocio pagando el precio convenido; tal hecho demostraría una vez más que la *numeratio pecuniae* fue parte integrante de la *mancipatio* para fines de venta.

⁵⁹ GALLO, *Il principio...*, op. cit., pp. 26-45.

c) Si la *obligatio auctoritatis* nace *ipso iure* de la *mancipatio*, sería necesario considerar la efectiva *numeratio pecuniae* para la realización del acto formal.

También tales argumentos presentan ciertas dudas que presentamos a continuación:

a) Efectivamente, la *mancipatio* fue aplicada a casos diferentes a la compraventa, entre los cuales, además de los ejemplos presentados por el estudioso, tenemos que añadir el fideicomiso;⁶⁰ no obstante, no nos parecería que la evolución de las diferentes expresiones con las que se observaría que el acto era gratuito tuviesen relevancia para demostrar paralelamente que la *mancipatio venditionis causa* requiriese del pago del precio. La expresión *uncis duabus*, si bien pudo ser sustituida por otras más actuales, siguió utilizándose en el siglo II d.C; y en efecto, como nota Talamanca,⁶¹ se encuentra todavía en uno de los documentos de Transilvania (*emptio pueri*, núm. 88) que hemos citado anteriormente. Nos parece también adecuada la crítica de Talamanca⁶² en lo referente a *Gai. Ep.* 1.6.3; en tal texto el epitomizador trataría de explicar una situación que no conocía o no entendía en su época consistente en la realización del formalismo respectivo; por ello, individualizó el pago simbólico como la efectiva entrega de uno o dos *nummi*.

b) Que en las tablillas de Transilvania se haga referencia al efectivo pago del precio nos parece adecuado como vimos anteriormente; no obstante, no es seguro que de tales constataciones se pueda concluir que el efectivo pago del precio fuese elemento integrante de la *mancipatio* para fines de venta; porque, como adecuadamente subraya Talamanca,⁶³ de la afirmación “Ticio compró de Cayo mediante *mancipatio* el esclavo Estico por el

⁶⁰ Ver al respecto el texto 2.67 de los *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia* que permite el entendimiento del pasaje 2.252 de las Instituciones de Gayo, donde el término *venire* podría ser entendido en el sentido de *mancipatio dare*: *tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire...* (en efecto, entonces era en uso que a él, al que la herencia le era entregada, fuese vendida por ejemplo al precio de una moneda).

⁶¹ En la recensión que realizó a Gayo, *op. cit.*, p. 152.

⁶² *Idem*, p. 153.

⁶³ Talamanca, recensión a Gayo, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

precio x” no podría desprenderse necesariamente que Ticio pagó el respectivo precio al momento de celebrarse la *mancipatio*, porque el término *accepisse* podría implicar también que el pago se hubiese realizado antes de efectuarse la transmisión.

c) Como sabemos, la *auctoritas* otorgaba al comprador la posibilidad de exigir el doble del precio en caso de que la cosa fuese ajena; no obstante, no nos parecería por ello indispensable la efectiva *numeratio pecuniae* para realizarse la transmisión. El comprador tenía la mencionada acción independientemente que hubiese o no efectuado el pago porque nos parecería difícil pensar que en caso de evicción sufrida antes de la fecha indicada para su cumplimiento quedase sin protección procesal; por otra parte, cabe recordar que los presentes documentos señalan la utilización de la *stipulatio duplae* como medio de garantía frente a la evicción, habiéndose podido exigir el doble del precio convenido a pesar que todavía no hubiese sido pagado. La referencia del monto del precio en los documentos mancipatorios permitía no solamente que se identificase que la causa de la *mancipatio* era una compraventa, sino además establecía objetivamente el alcance de la responsabilidad del vendedor en caso de evicción. Es cierto que se podría comprobar el pago del precio, pero tal hecho simplemente demostraría que la principal obligación del comprador había sido cumplida evitándose de tal forma una pretensión temeraria del vendedor que exigiese nuevamente el pago.

De lo anterior es posible constatar la dificultad de aceptar tanto la posición de Arangio-Ruiz como la de Gayo en lo referente al presente problema. De los textos analizados resulta que el principio general de que el comprador se hace propietario de la cosa si pagó el precio respectivo; sin embargo, tal principio, cuyo origen podría remontarse a la ley de las XII tablas, parecería no tener un carácter esencial en época clásica, ya que la jurisprudencia aceptó medios alternativos que permitieron al comprador adquirir la propiedad independientemente de no haber pagado el precio, como serían la *expromissio*, el *pignus datum* o bien la realización de una *stipulatio*.⁶⁴ En el siglo II d.C. la simple confianza hacia el com-

⁶⁴ Sobre la obligación de pagar el precio mediante la realización de una *stipulatio* ver: ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 39 y 87. Sobre su aplicación específicamente a la

prador fue suficiente sin requerirse de ninguna garantía como podría desprenderse del texto de Pomponio en D.18.1.19, y con la interpretación sumamente amplia del concepto de fiador realizado por Gayo en D.18.1.53. Tal posibilidad continuó en el siglo III pudiéndose pagar el precio en el momento de realizarse la transmisión o garantizarse mediante cualquiera de los medios ya identificados en el siglo II d.C.

Aunque de los documentos de Transilvania podemos constatar que se hizo referencia al pago del precio, (antes o al momento de celebrarse la *mancipatio*), no podríamos concluir que fuese un requisito indispensable para transmitirse la propiedad de la cosa, porque la jurisprudencia no lo consideraba como elemento fundamental; aparte de que, si aceptásemos como indispensable tal requisito, no podríamos explicar el interés que los juristas tuvieron en lo referente a la *lex commissoria* (título III del libro XVIII del Digesto) que, aceptándose como un hecho real que la transmisión de la propiedad no requiere del efectivo pago, otorgaría al vendedor la posibilidad de exigir al comprador el regreso de la propiedad de la cosa vendida si no se hubiese efectuado el pago en la fecha establecida.

La *mancipatio* tenía el carácter de venta ficticia para cuyos efectos jurídicos resultaba irrelevante no sólo el efectivo pago sino inclusive la referencia al mismo; no obstante, la práctica jurídica demostraría que en las *mancipationes venditionis causa*, normalmente, al documentarse el acto, no solamente se hacía referencia a los elementos esenciales del contrato que originó la transmisión de la propiedad sino también al precio que había sido pagado que, como veremos en el siguiente capítulo, asumirá particular relevancia en edad postclásica.

La situación que hemos explicado anteriormente fue diferente en los casos en que las cosas vendidas hubiesen pertenecido al fisco, porque de acuerdo al texto de Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum* D.49.14.5.1 el comprador, para adquirir la propiedad de tales bienes, requería de haber efectuado el respectivo pago: *si ab*

venta de herencia ver el texto de PAULO, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1, que cita una afirmación de Labeón, exégesis del texto en nuestra obra, *Propuesta, op. cit.*, pp. 25-27.

eo, cui ius distrahendi res fisci datum est, fuerit distractum quid fisci, statim fit emptoris, pretio tamen soluto. (Si por éste, al cual ha sido dado el derecho de venta de la cosa fiscal haya sido vendido algo del fisco, inmediatamente se hace del comprador, si no obstante pagó el precio). La razón de tal diferencia se encontraría en la propia situación privilegiada de la que gozaba el fisco cuando actuaba como parte en las relaciones jurídicas, por lo que tal fuente al presentar una situación de naturaleza especial no podría ser considerada como criterio general.

Los principios que sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa existieron en época clásica sufrieron contacto con los derechos helenísticos de los nuevos ciudadanos a partir de la constitución de Caracala; veamos a continuación las transformaciones en tal materia hasta el reconocimiento oficial del principio *emptio dominium transfertur* y su desenvolvimiento en edad postclásica.

V. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA COMPRAVENTA POSTCLÁSICA

Hasta el presente momento hemos observado cómo en la edad clásica, para la adquisición de la propiedad era necesario un acto posterior del vendedor que transformase al comprador en titular de la cosa adquirida; que existe una tendencia en la jurisprudencia de aceptar la obligación de transmitir la propiedad de la cosa; que el rito libral transmitía la propiedad sin requerirse el efectivo pago del precio y que la redacción del documento mancipatorio tenía efectos simplemente probatorios y no constitutivos. Al otorgarse la ciudadanía a todos los súbditos del imperio mediante la constitución de Caracala del 212 d.C., los derechos helenísticos de los nuevos *cives* de las regiones orientales se confrontan con el *ius civile* transformando poco a poco los principios que sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa existían en la práctica hasta su total reconocimiento en el derecho oficial al inicio de la tarda antigüedad (siglo IV d.C.).

La tensión entre el derecho oficial y la práctica jurídica podría ser comprobada con la defensa que de los principios clásicos se-

guían haciendo las constituciones imperiales todavía bajo el imperio de Diocleciano (284-305 d.C.), en que se manifiesta una fuerte resistencia al reconocimiento de los usos y costumbres;⁶⁵ así, por ejemplo, se reafirma que por los tradicionales medios de adquisición de la propiedad es transferido el dominio de las cosas y no por los nudos pactos;⁶⁶ que la acción de venta no tiene como finalidad rescindir el contrato o bien reclamar la restitución de la *merx*, sino exigir el precio;⁶⁷ que la transmisión de la propiedad no está condicionada a su respectivo pago⁶⁸ y que el documen-

⁶⁵ Al respecto ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 280, que toma tal argumento en consideración para fundamentar su posición sobre el origen vulgar postclásico de la regla de Instituciones 2.1.41 que ya hemos tenido oportunidad de criticar; también ver: GALLO, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 55-59; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 461; BISCARDI, Arnaldo, "Diagnosi storica del principio *emptio dominium transfertur*", en *Labeo*, 1962, p. 400.

⁶⁶ C.2.3.20. *Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Martiali: anicipationibus, in iure cessionibus? traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* (por las *mancipationes*, *in iure cessiones*, *traditiones* y *usucapiones* son transferidas las propiedades de las cosas, no por los nudos pactos).

⁶⁷ C.4.49.6. *Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Aurelio Neratio: Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit.* (la acción de venta, si desde el inicio no se haya convenido otra cosa, no fácilmente corresponde para rescindir una venta perfecta sino para exigir el precio); C.4.38.8. *Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Herodi et Diogeni: Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum quae dedisti repetitio competit.* (Si no por causa de donación sino verdaderamente vendiste las viñas y el precio no fue pagado te corresponde la acción del precio, y no la repetición de las cosas que diste).

⁶⁸ C.3.32.12. *Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. 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 intelligis 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 que pides es incivil e inusual, que el esclavo que entregaste y de que en tal modo transmitiste la propiedad te sea asignado en base a un rescripto nuestro contra la voluntad del comprador; por lo tanto, entiendes que una vez la esclava transformada de propiedad del comprador, los hijos que después nacieron de ella siguen la propiedad de aquel del cual fue su madre en aquel momento. Ciertamente puedes llamar en juicio a tu adversario sobre el precio si haya sido probado que tú no lo recibiste).

to tiene simplemente un valor probatorio y no constitutivo del contrato.⁶⁹

A partir del imperio de Constantino (324-337) en diferentes constituciones imperiales se observa que la distinción entre contrato y acto traslativo se atenúa reconociéndose el principio *emptio dominium transfertur* (en base a la compra es transmitida la propiedad); es opinión común⁷⁰ que tal principio no sea el resultado de una elaboración inovativa realizada por la jurisprudencia o bien en el *consilium principis* que tuviera como propósito modificar la práctica jurídica; sino por el contrario, el reconocimiento de la transformación de una nueva realidad que se encontraba en contraposición a un derecho científico elaborado por juristas.

A nuestro parecer, existirían factores que durante el transcurso de la época clásica permitieron una "recepción" de tal principio en la tarda antigüedad, como serían los siguientes:

a) Aunque la ciencia jurisprudencial hubiese realizado la distinción entre contrato consensual y acto traslativo, no podríamos negar que en la práctica sucediese que la transmisión se efectuase instantáneamente al momento del perfeccionamiento del contrato (v.g. compra de *res nec mancipi* en un mercado) y que la distinción de ambos momentos fuese en tales casos producto de reflexiones de carácter simplemente doctrinal fuera de la percepción común.

b) En las tablillas de Transilvania hemos podido observar que los contratos de compraventa se encontraban inmersos dentro de

⁶⁹ C.4.21.10. *Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Victorino: Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat, consequenter amissis etiam quae intercesserant non tolli substantiam veritatis placuit.* (Permaneciendo válida la venta hecha también en ausencia de documentos, consecuentemente aunque perdidos los que habían intervenido fue decidido que no fuese quitada la sustancia de la verdad); C.4.52.5. *Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Olympiano: Si maior annis viginti quinque velut propria nesciens communia cum fratribus tuis praedia distraxisti, licet nullum instrumentum intercesserit nec quicquam specialiter convenit, alienae portionis evictione secuta quanti interest emptoris solves.* (Si tú que tienes más de veinticinco años no sabiéndolo vendiste como tuyos propios los fundos comunes con tus hermanos, aunque no haya intervenido ningún documento ni se haya convenido algo de modo especial, realizada la evicción de la porción ajena pagarás lo que interesa al comprador).

⁷⁰ GALLO, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 55-73; BISCARDI, "Diagnosi...", *op. cit.*, p. 394.

la propia *mancipatio*; si bien es cierto, el contrato es un *prius* lógico⁷¹ o presupuesto de la *mancipatio venditionis causa*, las partes al redactar el documento establecían como fecha de realización del negocio aquella en que se transmitía la propiedad, siendo difícil determinar el momento en que efectivamente se manifestó el consentimiento que permitió el perfeccionamiento del contrato. Con tal hecho no quisiéramos dar a entender que el contrato consensual hubiese carecido de importancia en la vida práctica (porque en cualquier momento las partes podían exigir el cumplimiento de las obligaciones respectivas), sino simplemente que la realización de la *mancipatio* y la redacción del documento otorgaban al negocio un formalismo que permitía que las partes constatasen que efectivamente se había celebrado el contrato, viéndose por lo tanto en tal *mancipatio* una compraventa formal que tenía como efecto inmediato el de transmitir la propiedad de la cosa al comprador.⁷² Biscardi⁷³ adecuadamente observa que, si usamos el término *emptio* en su significado restrictivo que hace referencia al contrato consensual de compraventa, no existiría duda que con el empleo de tal concepto no se transmitiría la propiedad; no obstante, si quisiéramos considerar su significado más amplio y utilizado en la práctica para indicar en su totalidad la actividad comercial idónea para realizar el fin económico que las partes se proponen vendiendo y comprando una cosa, entonces, tendría validez el principio *emptioe dominium transfertur* no solamente en edad postclásica, sino incluso antes.

Para entender el cambio introducido o al menos aceptado por Constantino, ocasionado por la influencia del derecho provincial, es necesario abrir un breve paréntesis sobre la compraventa en las provincias helenísticas. La visión de este contrato que existía en tales provincias era aquella derivada de los ordenamientos jurídicos griegos vigentes en el imperio romano, en que faltaba una dis-

⁷¹ Terminología empleada por TALAMANCA, *Recensione...*, *op. cit.*, p. 143 y adoptada por BISCARDI, "Diagnosi...", *op. cit.*, p. 393.

⁷² Al respecto ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 87, dice: "quello che a mia scienza manca tuttora, ad onta di così gran varietà, è un documento di compravendita contenente le sole obbligazioni di entrambe le parti".

⁷³ BISCARDI, *op. cit.*, p. 399.

tinción entre acuerdo y transmisión de la propiedad, no era posible la realización de la venta sin el respectivo pago del precio y no se requería de la *traditio* para transformar al comprador en propietario de la cosa. En caso de que el comprador no pagase el precio al contado o el vendedor no pudiese inmediatamente entregar la cosa se utilizaba la figura de las *arrahae*; la función de tales consistía en representar la existencia del contrato así como el fundamento de las obligaciones respectivas; si, una vez entregadas al vendedor, él no hubiese cumplido con lo acordado, el comprador podía exigir la devolución en doble de las *arrahae* así como una penalidad; y en el caso contrario, si el comprador no pagase el precio respectivo, las perdería. El vendedor permanecerá propietario de la cosa hasta que se pague la totalidad del precio; no obstante, en caso de que el comprador quisiese adquirir la propiedad sin haber cumplido todavía con su obligación, se recurría a un pago ficticio mediante una declaración en la que el vendedor manifestaba de haber recibido el pago, realizándose accesoriamente un mutuo por la misma suma y un pacto que incluyese los respectivos intereses.⁷⁴

Comúnmente se afirma que la recepción de los derechos helenísticos y la transformación de los principios clásicos sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa se reflejan a partir del IV siglo d.C. en los siguientes puntos:

a) Falta de distinción entre contrato y acto traslativo de la propiedad y subsecuente aplicación del principio *emptioe dominium transfertur*.

b) Pago del precio como requisito indispensable para la transmisión de la propiedad.

c) Decadencia de los medios formales clásicos de adquisición de la propiedad y ausencia de la *traditio* para transformar al comprador en *dominus*.

d) Aplicación del *instrumentum ad substantiam* en la transmisión de bienes inmuebles y demás bienes preciosos.

⁷⁴ Al respecto ver el libro de PRINGSHEIM, Fritz, *The Greek law of sale*, s.e., Weimar, Hermann Boehlaus Nachfolger, 1950, pp. 86-500; BISCARDI, Arnaldo, *Diritto greco antico*, s.e., Milano, Giuffrè, 1982, pp. 151-153.

Analicemos a continuación cada uno de estos puntos:

a) Falta de distinción entre contrato y acto traslativo de la propiedad y subsecuente aplicación del principio *emptio domini transferitur*.

A partir del imperio de Constantino puede constatar en diferentes constituciones el efecto traslativo del contrato de compraventa, como serían las siguientes:⁷⁵

1. CTh. 11.3.2. *Imp. Constantinus A. Acacio comiti Macedoniae: Mancipia adscripta censibus intra provinciae terminos distraherentur et qui emptio domini nacti fuerint...* (Los esclavos inscritos en los censos sean vendidos dentro de los límites de la provincia y quienes hayan obtenido la propiedad con la compra...)

Constantino estableció en la presente constitución que los esclavos al ser vendidos deberían estar inscritos en los censos; tal requisito se convirtió en indispensable no sólo para los esclavos sino también para otras cosas que fuesen contratadas, ya que en caso contrario serían reivindicadas para el fisco como podría comprobarse en *Frag. Vat. 35.3*.⁷⁶ En la inscripción censal debería manifestarse el nombre del comprador que había obtenido la propiedad mediante el contrato, dando por presupuesto que mediante la compraventa se transmitía el *dominium* del esclavo.

⁷⁵ Textos analizados por Gayo, *Il principio...*, op. cit., pp. 64 y siguientes, con referencia bibliográfica.

⁷⁶ *Has fraudes, hos dolos, istas argutias lege prohibemus, constitutione secludimus, et idcirco iustae providentiae consulta deliberatione sancimus, ut omnino qui comparatae rei comparatae ius cognoscat et censum, neque liceat alicui rem sine censu uel comparare uel uendere. Inspectio autem publica uel fiscalis esse debet hac lege, ut si aliquid sine censu uenerit et post ab aliquo deferetur, uenditor quidem possessionem, comparator uero id quod dedit pretium fisco uindicante deperdat.* (Prohibimos estos fraudes, estos dolos y estas astucias por ley y excluimos con una constitución y por lo tanto con una deliberación asumida en base a la justa providencia establecimos que quien compra conozca el derecho de la cosa comprada y el censo, ni sea lícito a alguien comprar o bien vender una cosa sin censo. En base a esta ley deberá existir una inspección pública o bien fiscal, de modo que si algo es vendido sin censo y después esto sea denunciado por alguien, el vendedor pierde la posesión, mientras el comprador lo que dió como precio reivindicándolos el fisco). Confrontar la presente traducción con la de CERAMI, Pietro, "Pubblicità e politica fiscale nel trasferimento della proprietà immobiliare", en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21, aprile, 1990*, volumen 2, pp. 640 y 641.

2. CTh.4.5.1. *Imp. Constantinus A. ad provinciales. Post alia: Lite pendente illud, quod in controversiam devocatur, in coniunctam personam vel extraneam donationibus vel emptioibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri oportet...* (Después de otras cosas; mientras esté pendiente un litigio, lo que forma objeto de la controversia, no se debe de ningún modo transferir a un pariente o bien a un extraño por medio de donaciones o compras o cualquier otro contrato...).

Constantino al prohibir que las cosas que son motivo de controversia pudiesen ser transferidas a cualquier persona, consideraría ejemplificativamente a la compraventa dentro de los contratos que permitirían tal transmisión; considerando implícitamente que la compraventa tendría efectos traslativos. La razón de dicha prohibición podría ser la de evitar que en caso de ser vencido el vendedor en el litigio, el propietario de la cosa tuviese que interponer nuevamente una acción en contra de un tercero para recuperarla.

3. CTh.4.6.3 =C.5.27.1.1. *Imp. Constantinus A. ad Gregorium: ...Sed et uxori tali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel emptio conlatum...* (Pero también lo que de cualquier género haya sido dado a tal esposa o bien haya sido conferido por medio de una compra).

En dicha constitución Constantino mencionaría a la compra como medio por el cual a la esposa se le conferiría determinado objeto, dando por presupuesto que dicho contrato tendría efectos traslativos.

Las presentes constituciones son consideradas pruebas de la existencia en el derecho oficial del reconocimiento del efecto traslativo de la compraventa. Actualmente prevalecen en doctrina dos posiciones que tratarían de explicar el presente negocio en edad postclásica; Levy y Kaser⁷⁷ sustentan la tesis del "Barkauf", por la que el contrato regresaría a una adquisición al contado implicando que el pago del comprador, fuera un presupuesto que permitía que se recibiese la cosa. La compra no tenía validez sin la

⁷⁷ LEVY, Ernst, *West Roman vulgar law. The law of property*, s.e., Philadelphia, American Philosophical Society, 1951, pp. 127-137; *West-roemisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, pp. 21-206; "West-oestliches Vulgarrecht und Justinian", en *ZSS*, volumen 76, 1959, pp. 8, 9, 24 y 25; KASER, *Das roemische Privatrecht*, volumen 2, Muenchen, 1974, pp. 197-281.

transmisión de la propiedad realizándose tanto el acto de obligación como de transmisión de forma simultánea; los medios con que tal transmisión se efectuaba en edad clásica se encontraban en desuso no requiriéndose tampoco de la *traditio* para transformar al comprador en propietario; por otra parte, Biscardi⁷⁸ propone la tesis del “consentimiento traslativo”, por la que, conforme a los términos empleados en C.Th.11.3.2: *emptio dominium nancisci*, la adquisición de la propiedad se encontraría directamente relacionada con la manifestación del acuerdo, prescindiéndose también de la *traditio* como requisito para la transmisión de tal propiedad. La crítica de las posiciones anteriores podrá ser realizada una vez que concluyamos el análisis de los siguientes puntos por tener relación con el presente problema.

b) Pago del precio como requisito indispensable para la transmisión de la propiedad.

Es posición común de la doctrina que en el derecho de la tarda antigüedad la adquisición de la propiedad requería de la efectiva *numeratio pretii*,⁷⁹ tal requisito que, como tratamos de demostrar en el capítulo anterior, no era necesario en edad clásica, comienza a requerirse en la práctica después de la constitución de Caracala extensiva de la ciudadanía romana⁸⁰ probablemente por la influencia de los derechos helenísticos hasta su total aceptación en edad postclásica; al respecto se pueden mencionar los siguientes textos:⁸¹

1. La constitución de Valentiniano III del 451 (*Novellae Valentiniani* 32 pr): *Volenti vendere definitam et conscriptam pecuniam*

⁷⁸ “Studi sulla legislazione del Basso Impero 2. Orientamenti e tendenze del legislatore postclassico nella disciplina dei rapporti reali”, en *Studi Senesi*, volumen 54, 1940, pp. 306-322; “Il problema storico del diritto giustiniano”, *Atti Congr. Verona*, volumen 2, 1948, pp. 236-240; “Sulla genesi...”, *op. cit.*, pp. 279-281; “Diagnosi...”, *op. cit.*, p. 392.

⁷⁹ LEVY, *op. cit.*, pp. 131-133; y BISCARDI, “Sulla genesi...”, *op. cit.*, pp. 276-281, que presenta tal argumento como prueba para demostrar que el principio de Instituciones 2.1.41 no tendría fundamento clásico, pero como hemos visto en el capítulo anterior tal opinión parecería difícil de aceptar.

⁸⁰ Ver al respecto la oposición de Diocleciano a tal necesidad en C.3.32.12 que hemos citado anteriormente en el mismo capítulo.

⁸¹ Sobre los mismos ver la doctrina citada por GALLO, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 63 y ss., 108, 110 y 113; TALAMANCA, *Recensione...*, *op. cit.*, p. 154; BISCARDI, *op. cit.*, pp. 271-283; LEVY, *op. cit.*, pp. 131-133.

oportet inferri... (Al que quiera vender es necesario pagar dinero determinado y por escrito).

El contrato requerirá para su perfeccionamiento del efectivo pago del precio, produciendo efectos jurídicos a partir que el comprador lo hubiese realizado demostrándolo mediante un respectivo documento; la mencionada prueba dejará de ser necesaria cuando se pudiese demostrar de cualquier otra forma el cumplimiento del pago, como observaremos a continuación.

2. La *Interpretatio a Pauli Sent.* 2.18.10: *In contractibus emti et venditi, qui bona fide incuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci.* (En los contratos de compraventa que son concluidos sobre la buena fe, los documentos de la venta son requeridos superfluamente si en cualquier modo se puede reconocer con cualquier prueba que la cosa ha sido vendida, dada y aceptado el precio).

Si bien la práctica demostraría que al efectuarse la compraventa el pago debería encontrarse documentado, se aceptaría que la pérdida o falta del documento no tendría relevancia cuando se pudiese demostrar mediante otros medios que efectivamente tal pago se había realizado.

3. La *Interpretatio a Pauli Sent.* 1.13.4:

Si eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxit, tradere distulerit, ad traditionem rei, quam vendidit, omnibus modis compellendus est. (Si aquella cosa, que alguno aceptado el precio y hecha la venta ha vendido, omite de entregarla, debe ser constreñido de todos modos a la entrega de la cosa que ha vendido).

La venta requerirá del pago del precio para permitir que el comprador obtenga la transmisión de la cosa comprada; en caso de que el vendedor omitiese la entrega, el comprador podrá exigirla con cualquier remedio jurídico en virtud de ser el nuevo titular de la cosa.

Los datos que resultan de tales constituciones indican el pago del precio como un *essentiale negotii*, que tiene importancia a la luz del principio *emptio dominium transfertur* para la finalidad tanto de la celebración del contrato como de la transmisión de la propiedad por encontrarse los dos momentos inmersos en uno

solo; es opinión común que la causa de tal requisito derivara de las costumbres y usos de los nuevos ciudadanos del imperio, ya que en los ordenamientos helenísticos puede comprobarse la existencia de dicha necesidad.

c) Decadencia de los medios formales clásicos de adquisición de la propiedad y ausencia de la *traditio* para transformar al comprador en *dominus*.

También es interesante constatar que en edad postclásica los actos formales traslativos de la propiedad (*mancipatio* e *in iure cessio*) caen en desuso y que la misma *traditio* ha dejado de ser un requisito para la adquisición de la propiedad;⁸² tal tendencia puede comprobarse con la interpretación que realizó el autor postclásico en *lex Romana Wisigothorum* 2.1.7 al texto de Gayo 2.87 que hace referencia a la adquisición de cosas por parte de *liberi* o *servi*.

Al respecto el texto clásico dice:

Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis acquiritur...(Así lo que los descendientes que tenemos en nuestra potestad o nuestros esclavos reciban en base a una *mancipatio* o bien adquieran por *traditio*, bien sea lo adquieran de una *stipulatio* bien sea de cualquier otra causa, es adquirido a nosotros...).

Gayo, al tratar del problema de las adquisiciones de los hijos en potestad o bien de los esclavos, presenta el principio de que el que está sujeto al poder del *pater* o del *dominus* no puede tener nada suyo, implicando por ello que lo que reciben tales personas es adquirido bien sea por el *pater* o bien por el respectivo *dominus*. Es interesante destacar la referencia a la *mancipatio* o *traditio*, claros medios de adquisición de la propiedad, que el autor postclásico en su comentario no toma en consideración. En tal se dice:

⁸² Al respecto ver ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 93-105; TALAMANCA, "Vendita...", *op. cit.*, p. 464; GALLO, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 61-113; PUGLIESE, "Compravendita...", *op. cit.*, pp. 57-66.

...quia quidquid his a qualibet persona donatum vel venditum fuerit, aut heredes fuerint instituti, id patribus et dominis sine aliqua dubitatione conquiritur...(porque cada cosa que haya sido donada o bien vendida a ellos —descendientes y esclavos— por cualquier persona o bien hayan sido instituidos herederos, sin ninguna duda esta cosa es recogida por los ascendientes o bien los dueños).

La razón por la que el intérprete postclásico omite la referencia a la *mancipatio* o *traditio* utilizando el término *vendere* radicaría en que en tal época no existiría distinción entre contrato y adquisición de la propiedad, aceptándose que la compraventa por sí misma produciría efectos reales y que la referencia a tales medios de adquisición no corresponderían a la realidad actual. Adecuadamente Gayo y Pugliese⁸³ han demostrado que en edad de Constantino el requisito de la *traditio* para la transmisión de la propiedad se reduciría únicamente a los casos de donación y no de compraventa; por otra parte, paralelamente a la tendencia de la desaparición de los actos traslativos de la propiedad existentes en época clásica, se afirma la necesidad del empleo de un documento escrito para tal finalidad.⁸⁴

d) Aplicación del *instrumentum ad substantiam* en la transmisión de bienes inmuebles y demás bienes preciosos.

La redacción del documento *ad substantiam* se requiere en diversas constituciones a partir de Constantino, como serían las siguientes:⁸⁵

1. CTh. 2.17.1.4 (Brev.2.17.1.4): *Imp. Constantinus A. ad Verinum* (9 de abril del 321 o 324 d.C.):

In ipsis etiam contractibus hac appellatione consignanda, ut non nudum nomen venditoris inseratur tabulis emptionum, sed ab illo,

⁸³ GALLO, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 82-91, como PUGLIESE "Compravendita...", *op. cit.*, p. 61, en base a *Vat. Fragm.* 249.6; ver también en época de Teodosio II y Onorio las constituciones que se encuentran en CTh. 8.12.8pr y CTh.8.12.9.

⁸⁴ Al respecto ver: GALLO, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 64-78; Mario TALAMANCA, *vox: documentazione e documento (dir. rom.)*, ED., p. 553.

⁸⁵ Sobre los mismos ver: LEVY, *West roman...*, *op. cit.*, p. 131; GALLO, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 64 y ss., con amplia bibliografía.

qui firmatae aetatis sit et honestus vir habeatur, emisse illum significatur, et venditorem esse firmatae aetatis... (También en los mismos contratos 'los *instrumenta*' tienen que ser registrados con esta indicación, que no sea insertado en los registros de las compras el simple nombre del vendedor, sino que sea expresado el comprador que haya comprado y que sea de edad confirmada '20 años' y sea considerado hombre honesto, y que también el vendedor sea de edad confirmada).

Tal parte de la constitución establece las características que deben llenar los contratos de compraventas celebrados por los jóvenes de edad confirmada (20 años) para poder ser registrados, pudiéndose presuponer que tales deberán constar por escrito, porque de otra manera la registración no sería posible así como tampoco la demostración de que se cumplieron los respectivos requisitos.

2. *Frag. Vat. 35.4* (mismo contenido sustancial en CTh.3.1.2.1) *Imp. Constantinus A. ad Gregorium* 4 de feb. del 337 d.C.:

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. (Esto también queremos que sea anunciado a todos que nuestra clemencia decidió que ninguno debe llegar y acceder a la venta de cualquier cosa, si, en aquel tiempo en que entre vendedor y comprador es hecho el contrato solemnemente, la propiedad cierta y verdadera no sea demostrada en presencia de los vecinos; ocurriendo tal garantía al punto que también si se vendan fundos provinciales (o bien los bancos) o como se dice comúnmente "*scamna*" (o bien escaños) se cumpla la prueba de la demostración de la propiedad).⁸⁶

⁸⁶ Confrontar la presente traducción con la de CERAMI, "Publicidad e...", *op. cit.*, p. 639, y la de CASTRESANA, A., *Fragmentos vaticanos*, s.e., Madrid, 1988, p. 15.

Sobre la presente constitución Gayo⁸⁷ ha hecho notar que independientemente que se haga referencia a la venta de "cualquier cosa" difícilmente podría pensarse que con tal expresión se abarcara todo tipo de *merx*; efectivamente, nos parecería difícil de aceptar que en la tarda antigüedad todas las ventas requiriesen de la presencia de dos vecinos, porque en el caso de bienes de poco valor tal requisito limitaría la fluidez del tráfico comercial (absurdo nos parecería que el negociante tuviese que solicitar a tales personas su presencia cada vez que un cliente adquiriese una mercancía); no nos debe confundir la *interpretatio* a CTh.3.1.2 que dice que: *...in tantum, ut etiam de mediocribus rebus si quid in usum venditur, ostendi vicinis placeat...* (en tanto, que también de las cosas mediocres si algo en uso es vendido, sea decidido que sea presentado con los vecinos), porque tal interpretación en su inicio menciona una *villa*: *Quicumque villam comparat...*, por lo que podríamos pensar que la presente afirmación se refiriese específicamente a cualquier bien que al igual que la *villa* compartiese la misma naturaleza de inmueble independientemente de su dimensión mediocre.

Sería mayormente probable pensar que si los actos formales de transmisión de la propiedad empezaron a caer en desuso, la solemnidad requerida por Constantino sustituyese los medios formales de transmisión para la adquisición de las *res pretiosiores* y que la expresión amplia *rei cuiuslibet* haga referencia a todas las cosas que se transmitían habitualmente de forma solemne; cierto es que la expresión *ut etiamsi subsellia vel ut vulgo aiunt scamna vendantur* sería un fuerte obstáculo a nuestra posición, porque si bien el término *scamnum* dentro de sus dos significados (lugar para sentarse o bien pedazo de tierra)⁸⁸ se encuadraría en su segunda acepción dentro de los bienes inmuebles; en el caso del término *subsellium* la explicación sería más difícil, porque al traducirse como "lugar para sentarse"⁸⁹ difícilmente daría la idea de una cosa preciosa.

⁸⁷ GALLO, Filippo, Per la interpretazione di *Vat. Frag. 35*, *Studi in onore di Emilio Betti*, 1962, volumen 2, pp. 447-479.

⁸⁸ Ver al respecto cualquier diccionario de lengua latina v.g.: MARIOTTI, Castiglioni, *Vocabolario della lingua latina*, 3a. edizione, Torino; Loescher, rist. 1997, vox: *Scamnum*, pp. 1150 y 1151.

⁸⁹ *Idem*, vox: *subsellium*, p. 1240.

Levy⁹⁰ ha tratado de explicar tal dificultad, considerando que las palabras *subsellia vel ut vulgo aiunt* representan los vanos intentos de un glosador (probablemente el mismo compilador de *Frag. Vat.*) de clarificar el término *scamna*, que engañado por la expresión *venditio rei cuiuslibet* trató de clarificarla mediante tal anotación ignorando que dicho concepto podría hacer referencia al segundo significado y no al primero. Si bien no podríamos excluir como una posible solución tal explicación, demostrar que efectivamente intervino un glosador “retocando” tal constitución no encontraría suficiente fundamento,⁹¹ situación que nos inclina a pensar en otra interpretación consistente en que tal terminología correspondiese efectivamente al *consilium* de Constantino, y que independientemente de que el término *subsellium* signifique un lugar para sentarse (de acuerdo a su tradicional significado),⁹² también

⁹⁰ LEVY, Ernst, “Zum Wesen des westroemischen Vulgarrechtes”, en *Atti del congresso internazionale di diritto romano* (22-29 aprile 1933, Roma XI-V.II) Pavia, Tipografia editrice successori fratelli Fusi, 1935, núm. 54, p. 41: “*Scamnum* ist im §4(5) des andstreifen nicht die ank. Ein frueher Glossator (vielleicht der Sammler der Fragm. Vatic.), der nur noch die zweite Bedeutung kannte, glaubte zu erlaeuern, wenn er schrieb: *subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna*. It endlich laesst die *scamna* ganz fallen und verallgemeinert *subsellia* zu *mediocres res*”; en el mismo sentido ver: GALLO, “Per la interpretazione...”, *op. cit.*, p. 452.

⁹¹ Rechazando totalmente la interpretación de Levy se encuentra SARGENTI, Manlio, “La compravendita nel tardo diritto romano. Indirizzi normativi e realtà sociale”, en *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, Milano, 1982, volumen 2, p. 357, el cual dice: “Ora, a me sembra che si debba, in generale, andar cauti nel diagnosticare glosse ed alterazioni ogni volta che un qualche passo contrasta con un’interpretazione che a noi sembra plausibile o con criteri rigorosamente logici, che non sempre sorreggono il discorso normativo e soprattutto quello delle cancellerie tardo imperiali”, las razones en las que funda tal rechazo son las siguientes: la frase *ut etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt scamna, vendantur* se encuentra también en C.Th.3.1.2 y la *Interpretatio* a esta constitución afirma también que la obligación de otorgar la prueba de la propiedad tiene validez *etiam de mediocribus rebus*.

⁹² Al respecto CASTIGLIONI-MARIOTTI, *Vocabulario...*, *op. cit.*, *vox subsellium*, p. 1240, lo traduce como: “sedile, sedia, sgabello, panca e sim. (termine che indica ogni sedile mobile senza spalliera), Pl., Varr. e a.; in partic. al pl. *subsellia, orum*, sedili, banchi degli spettatori a teatro, Pl., Suet.; dei senatori in curia, dei giudici, avvocati, accusati ecc. nei tribunali, Cic. e a”.

podría traducirse como “fundo provincial” (en su terminología postclásica), como adecuadamente ha considerado Cerami.⁹³

Gayo⁹⁴ limita el ámbito de aplicación de la presente constitución a los bienes inmuebles, porque, a su parecer, los vecinos no se encontraban en grado de conocer la situación jurídica de las cosas muebles; dicha posición despertaría ciertas dudas, porque si bien es cierta tal dificultad, también en el caso de los inmuebles existiría el mismo problema, v.g., un usufructuario que fraudulentamente vendiese como *dominus* un fundo valiéndose de la opinión errónea de los vecinos que lo consideraban como verdadero propietario de la cosa. Claramente en una situación de confusión jurídica como era aquella del imperio de Constantino, el fin fundamental que dicha constitución se proponía era el de tratar de dar certeza a las situaciones reales y de evitar el incumplimiento de las obligaciones fiscales relativas a las compraventas de fundos y a la titularidad de los mismos; no obstante, se puede pensar también en una interpretación más amplia del contenido de dicha constitución. Según nuestra opinión, el requisito de los vecinos sería necesario en ambos tipos de bienes, y su función más que testimoniar que el vendedor efectivamente era el propietario (hecho que difícilmente podría saberse), se limitaría a asegurar que efectivamente se encontraba en posesión de la cosa vendida por constituir un presupuesto de la propiedad, y que tal constatación junto a los documentos que presentaba permitirían demostrar su plena titularidad. De lo anterior podríamos pensar que el requisito de la presencia de vecinos correspondiese a todas las *res pretiosiores* que habitualmente se transmitían de forma solemne o bien por escrito, incluyendo todos los bienes inmuebles independientemente de su dimensión tan mediocre que ocupase el espacio de las banquillas.

3. CTh.3.1.3 (Brev. 3.1.3) del 6 de dic. del 362 d.C.:

Imp. Iulianus A. ad Iulianum comitem Orientis. Patru mei Constantini constitutionem iubemus aboleri, qua praecepit minores fe-

⁹³ CERAMI, “Pubblicità e politica fiscale...”, *op. cit.*, p. 641, tal parte del texto lo traduce de la siguiente manera: “anche nell’ipotesi in cui siano venduti fondi provinciali (*subsellia*) o, come vengono chiamati nella lingua professionale (degli agrimensori), *scamna*...”.

⁹⁴ GALLO, *idem*, pp. 457-479.

minas consortio virorum copulatas sine decreti interpositione venditiones posse celebrare, si viri earum consensum pariter atque subscriptionem instrumentis putaverint esse praebendam... (Establecemos de ser abolida la constitución de mi tío Constantino, que comandó que las mujeres menores unidas en comunidad de los maridos puedan celebrar ventas sin interposición de decreto, si sus maridos hayan considerado que debe prestarse el consentimiento así como la suscripción en los documentos).

El emperador Juliano con la presente constitución abroga una disposición de su tío Constantino con la que todas las mujeres menores de edad ya casadas podían enajenar sus bienes sin interposición de un decreto por parte del magistrado únicamente bajo la condición de obtener el consentimiento de sus maridos. Lo que interesa en este momento a nuestra investigación es la necesidad de que tal consentimiento fuera expresado por escrito en los documentos de celebración de compraventas, demostrándose su importancia para la realización de tales negocios.

De los puntos anteriores hemos podido constatar que en los siglos IV y V d.C. desaparece una clara distinción entre contrato y acto traslativo, que se requiere del pago del precio para la adquisición de la propiedad siendo innecesario el requisito de la *traditio* para transformar en *dominus* al comprador y que si bien los medios formales de transmisión de la propiedad habían caído en desuso, en el caso de bienes inmuebles y otros bienes preciosos se perfeccionaba el contrato mediante la redacción de un documento.

En este momento es también importante analizar un documento de la práctica de edad postclásica (final del siglo V d.C.). Se trata de un ejemplo de compraventa proveniente del territorio de Argelia que pertenece al grupo denominado “Tablillas Albertini” del 494 d.C.,⁹⁵ que nos permitirá comprobar lo que hemos afirmado hasta el momento:

“Tablillas Albertini”; *emptio fundi africana, Negotia* 139:

Anno decimo d(omi)ni regis Guntamun—di sub die.... — Ianuarias bendente Iulio Restituto et Dona—ta— uxor eius et

sub—s—cribturis coram subscrib—en—tib(us) ex culturis suis Mancianis sub d(omi)n(i)o Fl(auii) Gem(ini) (Catul)lini fl(ami)n(is) p(er)p(etui) particellas agrorum, id est bummas duas siui coerentes cum aquario de gemione superiore, in quibus sunt amigdal(ae) arb(ores) tres, fici —arb—ores quatuor, pl(us) m(inus) sitecia arborem unam —cum aquari—o de fluminescente, hac die emit Gem(inius) Felix de s(upra)s(cri)p(tis) uenditoribus folles pecuniae numero quingentos, quos folles quingentos acceperunt Iulius Restitutus et Donata uxor eius uentitores et secum sustulerunt coramque signatorib(us) nichilque siui ex eode(m) pretio agri s(upra) s(cri)p(ti) quiquam anplius deueri siui responderunt A pridie antequam uenderent h(abuerunt) t(enuerunt) p(ossederunt) iuris eorum fuerunt et ex hac die in Geminium Felicem emtorem eorum transtulerunt ut h(abeat) t(eneat) p(ossideat) —utatur frua—tur ipse eredesue eorum in perpetuum. Et si q—uis— de s(upra)s(cri)p(tam) rem de quo agitur mentionem que—s—tionem facere boluerit sui que iuri(s) p—ro—baberit dueuinciqueperit, thunc dauit tantum pretium et alterum t(a)ntum uel quanti ea res eo tempore baluerit pro euicte rei recte dari sine dolo malo, dolus malus abest aberit afuturum —que— erit stipulatus est Geminus Felix emtor, sp(o)p(on)d(i)d(erunt) Restitutus et Donata uxor eius uenditores. Actum fundo Magula anno et die s(upra)s(cri)p(to).

Ego Restitutus bendidi, homem pretium accepi et suscripsi et pro ussore mea sinnu sum faciente suscribsi. Signum x Donatais.

Ego Quadratianus ad iussu patris mei Ianuari ad hunc strumentum interfuit.

Ego Paulinia—nu—s ad iussu patris mei Quinti ad hunc instrumentum interfuit.

Ego More(...) interfui.

(En el año décimo del reino del rey Guntamundo en el día quince de enero vendiendo Julio Restituto y su esposa Donata y suscribiendo frente a (testigos) que suscriben de sus cultivos Mancianos bajo la propiedad de Flavio Gémino Catulino flámine perpetuo algunas parcelas de tierra, es decir dos “aumas” y unidas con la cisterna de la escalera(?) superior, en las que hay tres árboles de almendros, cuatro árboles de higo, más o menos un árbol de pistaches con la cisterna que procede del río, en este día Geminio Félix compra de los vendedores escritos arriba por medio del

⁹⁵ Que se encuentra en ARANGIO-RUIZ, *Negotia, op. cit.*, pp. 443-446, con explicación del origen del mismo contrato y citación de bibliografía.

número de quinientos “folles” de dinero. Estos “folles” recibieron los vendedores Julio Restituto y Donata su esposa y llevaron consigo y frente a los (testigos) firmadores respondieron que nada se pedía del mismo precio de la tierra escrita arriba y que nada más les era debido. A partir del día anterior a la venta hubieron, tuvieron, poseyeron, estas parcelas de tierra, siendo con derecho sobre las mismas y a partir de este día las transmitieron al comprador Geminio Félix de modo que el mismo o sus herederos en perpetuo las haya, tenga, poseya, utilice y disfrute. Y (si) alguien haya querido hacer un litigio y mención de la cosa escrita arriba de la que se trata y haya probado su derecho y realizado su evicción, entonces el comprador Geminio Félix se hizo prometer y los vendedores Restituto y su esposa Donata prometieron de dar tanto precio y otro tanto o bien de dar cuanto aquella cosa haya valido en el tiempo de la evicción y de actuar sin dolo en el presente y en el futuro. Hecho en el fundo de Magula en el año y el día escritos arriba.

Yo Restituto he vendido, he recibido todo el precio y he firmado y he firmado para mi esposa en su lugar. Firma X para Donata.

Yo Cuadratiano participé en este acto bajo orden de mi padre Januario.

Yo Pauliniano participé en este acto bajo orden de mi padre Quinto.

Yo Mure participé).

El presente documento presenta una serie de elementos de sumo interés, limitándonos únicamente a aquellos que tienen relación directa con los principios en materia de transmisión de propiedad, podemos identificar los siguientes:

a) Aplicación del principio *emptio dominium transfertur*.

Los elementos propios del contrato consensual se constatan con la venta de los cultivos Mancianos. La referencia al dominio del flámine Flavio Gémino Catulino puede interpretarse en dos sentidos; o bien como el nombre del antiguo poseedor del cultivo Manciano vendido que sucesivamente habría indicado el cultivo mismo, o bien como expresión de una pertenencia formal al flámine que, no obstante, atribuía a los poseedores un derecho de contenido análogo a la propiedad que podía ser libremente

transmitida⁹⁶ efectuada por los vendedores Julio Restituto y su esposa al comprador Geminio Félix por el precio de quinientos “folles” de dinero. En dicho contrato además se constata el acto de transmisión: “... a partir del día anterior a la venta hubieron, tuvieron, poseyeron estas parcelas de tierra fueron con derecho sobre las mismas y a partir de este día las transmitieron al comprador Geminio Félix de modo que el mismo o sus herederos en perpetuo las haya, tenga, poseya, utilice y disfrute...”. El 14 de enero del año décimo del reino del rey Guntamundo los vendedores tenían un derecho de contenido análogo a la propiedad sobre la cosa y el día 15 en que se realizó el contrato tal derecho se transmitió al comprador demostrándose la eficacia real del contrato. Si bien en las tablillas de Transilvania (ver capítulo anterior) consideramos la existencia de un contrato consensual previo a la realización del documento mancipatorio, en el presente caso tales tentativos resultarían inútiles porque en la fecha en que se celebró el negocio el comprador se encontró en una situación análoga a la de propietario de la cosa.

b) Pago del precio como requisito indispensable para la transmisión de la situación de dominio.

El cumplimiento del pago se encuentra claramente enunciado de la siguiente forma: “...en este día Geminio Félix compra de los vendedores escritos arriba por medio del número de quinientos “folles” de dinero. Estos “folles” recibieron los vendedores Julio Restituto y Donata su esposa y llevaron consigo y frente a los testigos firmadores respondieron que nada se pedía del mismo precio de la tierra escrita arriba y que nada más les era debido”. Como puede ser observado, al igual que en las tablillas de Transilvania se establece el pago total del precio respectivo; en el presente caso porque es un requisito *sine quo non* para la transmisión del dere-

⁹⁶ Si bien en el documento se hace referencia a los “cultivos mancianos” que implica subsecuentemente un derecho sobre la cosa ajena, en su contenido presenta analogía a la propiedad. Sobre tal argumento ver la introducción de ARANGIO-RUIZ al presente documento en *Negotia, op. cit.*, p. 444; BISCARDI, “Sulla genesi...”, *op. cit.*, p. 280; Raymond Monier, “Cultura manciana et emphytéose”, en *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze, Felice le Monnier, 1955, pp. 521-525; SAUMAGNE, Charles, “Etudes d’histoire sociale et politique relative a la province romaine d’Afrique”, en *Les Cahiers de Tunisie, Revue de Sciences Humaines*, volumen 10, 1962, pp. 11-27.

cho análogo a la propiedad, en el segundo para testimoniar el cumplimiento de la obligación principal del comprador (característica propia de los documentos mancipatorios como vimos en el anterior capítulo).

c) Ausencia de la *traditio* para transformar al comprador en *dominus*.

El contrato hace referencia a la *translatio iuris* como efecto inmediato de la compraventa y no a la *traditio* (ver el acto de transmisión en el inciso a).

d) Aplicación del *instrumentum ad substantiam* en la transmisión de *res pretiosiores*.

Como se sabe, el fundo manciano es un bien inmueble que para su transmisión requirió del *instrumentum* (como fue establecido por Constantino en *Frag. Vat.* 35.4). Podemos destacar además la referencia a los testigos, que en los casos de Cuadratiano, Pauliniano actuaron como representantes de sus padres; posiblemente tales eran los titulares de los predios vecinos que darían fe con su presencia del efectivo derecho del vendedor respecto al fundo motivo del contrato y otorgando de tal manera plena validez al negocio.

Si bien es notoria la decadencia de la *mancipatio* como medio formal de adquisición de la propiedad se presentan todavía cláusulas que van de acuerdo a la tradición romana (confrontar con las tablillas de Transilvania); así por ejemplo, se puede constatar la referencia a la responsabilidad por evicción y por dolo: "...y si alguien haya querido hacer un litigio y mención de la cosa escrita arriba de la que se trata y haya probado su derecho y realizado su evicción, entonces el comprador Geminio Feliz se hizo prometer y los vendedores Restituto y su esposa Donata prometieron de dar tanto precio y otro tanto o bien de dar cuanto aquella cosa haya valido en el tiempo de la evicción y de actuar sin dolo en el presente y en el futuro..." Al final del presente capítulo daremos una explicación sobre las probables razones de la sobrevivencia de ciertos formularios clásicos en el *instrumentum* postclásico, así como de la relación que podría existir entre ambos documentos.

Una vez que hemos visto los textos más significativos sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa de la tarda antigüedad, nos podríamos preguntar si sería posible aceptar la tesis del

"Barkauf" o venta al contado sustentada por Levy y Kaser, o bien de Biscardi sobre el consentimiento traslativo. Según nuestra opinión, si aceptásemos la tesis del "Barkauf" significaría considerar sin reservas la total incorporación de los usos y costumbres helenísticos en la práctica de los siglos IV y V d.C. negándose la sobrevivencia de vestigios de la ciencia jurídica clásica; nos parecería difícil pensar, que, a pesar de la falta de creación científica, hayan desaparecido en un lapso menor de tres siglos los principios clásicos que la jurisprudencia había formulado sobre la materia aceptándose plenamente un sistema jurídico paralelo basado en la costumbre. Las razones de nuestra discrepancia se fundamentarían en lo siguiente:

a) En el ejemplo de compraventa vandálica que hemos presentado anteriormente se manifiestan todavía elementos elaborados por la jurisprudencia clásica como serían los referentes a la responsabilidad por dolo y por evicción, demostrando la posibilidad de ejercitar las correspondientes acciones contractuales en la práctica de la tarda antigüedad, que difícilmente podrían encontrar explicación en el "Barkauf" análogo al de la edad arcaica.⁹⁷

b) La transformación del documento mancipatorio *ad probationem* en *instrumentum ad substantiam* (evolución que trataremos de explicar más adelante en el mismo capítulo) mostraría el desarrollo de una práctica originada en la época clásica que tampoco encontraría fundamento en una simple venta al contado.

c) Si bien la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* resultaba anacrónica en la tarda antigüedad, siguió existiendo una diferencia entre *res pretiosiores* que requerían para su transmisión del

⁹⁷ Sobre la aplicación de las acciones contractuales puede verse además la constitución de Teodosio y Valentiniano, *A.A. Nomo* del año 443 d.C. en *Nov. Theod.* 24.1.4=C.11.61.3.1 que en caso de evicción sufrida por el comprador de *agri limitanei* se otorga una *actio contra venditorem* que podría entenderse como *actio empti*; al respecto ver TALAMANCA, "Vendita...", *op. cit.*, p. 464 y núm. 1656; aparte que en *Pauli Sent.* 1.13a.4 (texto analizado en el capítulo II) se sigue recordando que mediante la acción contractual puede ser constreñido el vendedor a transmitir la propiedad de la cosa, haciendo pensar que paralelamente a las ventas al contado podían realizarse (si bien con menor frecuencia) compraventas en que la transmisión de la propiedad se efectuase en un momento posterior a la celebración del contrato.

*instrumentum*⁹⁸ y cosas simples que no necesitaban de tal formalidad, tal hecho podría ser considerado también como la evolución de una idea consolidada en la jurisprudencia clásica y proyectada en tal etapa.

En lo que respecta a la tesis de Biscardi del consentimiento traslativo, cabe destacar que efectivamente de C.Th.11.3.2.1 con la referencia *emptio dominium nancisci* y de *Vat. Frag.* 35 se podría demostrar la eficacia traslativa de la compraventa;⁹⁹ el principio *emptio dominium transfertur* ha triunfado en la edad postclásica, no requiriéndose de la *traditio* para tal fin; no obstante, es importante constatar que tal principio se encuentra todavía subordinado al pago del precio y a la redacción del respectivo documento en caso de *res pretiosiores*.

Con referencia al primer elemento, puede aceptarse la opinión común sobre la probable influencia de los derechos helenísticos, mientras al propósito del segundo, es necesario afrontar el problema de la relación entre el documento mancipatorio clásico y el *instrumentum* postclásico. Gayo¹⁰⁰ considera que en edad clásica, dentro de la práctica jurídica, no se observaban ya las formalidades del rito mancipatorio perfeccionándose la compraventa de *res Mancipi* mediante la simple redacción del documento. El fundamento de tal posición se reduciría al hecho de que en las tablillas de Transilvania (que hemos incluido en el capítulo anterior) así como en otros documentos mancipatorios no se hace mención a determinados elementos constitutivos de la *mancipatio*; así v.g. en la *emptio puellae* no vienen recordados bien sea el *libripens* o bien el *antestatus*. La propuesta de Gayo ha parecido poco probable por el resto de la doctrina¹⁰¹ por carecer de suficientes pruebas, pudiéndose argumentar que la falta de determinados elementos constitutivos del rito mancipatorio se debería al simple hecho de que el documento presentaría un resumen del acto realizado.

⁹⁸ Ver además los textos citados por el propio LEVY, en *West Roman...*, *op. cit.*, p. 131.

⁹⁹ En el mismo sentido PUGLIESE, "Compravendita...", *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁰ GALLO, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 1-59.

¹⁰¹ TALAMANCA, *Recensione...*, *op. cit.*, p. 145, "Vendita...", *op. cit.*, p. 462, núm. 1642; Arnaldo BISCARDI, "Diagnosi storica del principio *emptio dominium transfertur*", en *Labeo*, volumen 8, 1962, p. 393.

Si bien la tesis de Gayo parezca dudosa, sería posible considerar, al igual que el estudioso, la efectiva existencia de una relación entre el documento mancipatorio y el *instrumentum* postclásico, originado, según nuestra opinión, porque los medios formales de transmisión de la propiedad clásicos no satisfacían las necesidades de la nueva realidad histórica. Tal hecho podría ser demostrado en base a los siguientes argumentos:

a) Mientras que el derecho clásico distinguía entre contrato y acto de transmisión, los derechos helenísticos unificaban ambos momentos en uno solo; aceptar la *mancipatio* y la *in iure cessio* dentro de la nueva realidad habría significado incluir un formalismo *post consensum* ajeno a las costumbres y a los usos de los nuevos ciudadanos de origen oriental.¹⁰²

b) Como vimos en el capítulo anterior, la *mancipatio* no requería del pago del precio, mientras que estos nuevos *cives* cuando realizaban compraventas (y transmitían la propiedad al mismo tiempo) exigían que el precio fuese íntegramente pagado.

Las razones anteriores ocasionaron la necesidad de utilizar otro formalismo que a diferencia de los medios clásicos de transmisión de la propiedad se realizase al mismo momento en que se efectuaba el contrato y que demostrase también el efectivo pago del precio; la solución a tal efecto, se encontró en la redacción del *instrumentum* elaborado en base a las características propias del documento mancipatorio. Pruebas a tal efecto pueden encontrarse tanto en las Tablillas Albertini (de las que hemos presentado anteriormente un ejemplo) que incluirían igualmente que en los documentos mancipatorios de Transilvania referencias a la responsabilidad por dolo y por evicción; así como también existirían *instrumenta* longobardos y carolingios (de los cuales presentaremos un ejemplo en el capítulo V. 2) que aún con el paso de los siglos

¹⁰² La utilización de tales medios de transmisión dejó de ser frecuente durante el transcurso de la época postclásica hasta su total eliminación por parte de Justiniano. Debemos recordar que independientemente de que en las Tablillas de Transilvania difícilmente podríamos determinar el momento preciso en que se efectuó el consentimiento, el contrato continuaba a ser un *prius* lógico que permitía exigir el cumplimiento de las obligaciones respectivas a pesar que no se hubiera realizado la *mancipatio*.

seguirán utilizando los formularios clásicos o bien referencias expresas a la *mancipatio*.¹⁰³

Si formalmente puede desprenderse una evidente continuidad entre los documentos mancipatorios clásicos y los *instrumenta* postclásicos, la función de los dos sufre un profundo cambio. Tal desenvolvimiento comienza a realizarse bajo el imperio de Diocleciano (ver al respecto C.4.21.10 y C.4.52.5 citados anteriormente en el presente capítulo) en que se constatan los esfuerzos del emperador de negar eficacia jurídica a la presente práctica, concluyéndose con la total aceptación por parte de Constantino como se observa en *Frag. Vat.* 35.4. Las razones que a nuestro parecer originaron la utilización del *instrumentum* a partir de la etapa tardoclásica hasta su reconocimiento oficial en edad postclásica, radicarían en que en el ordenamiento romano las cosas de mayor valor siempre se habían transmitido mediante un formalismo especial; mientras que, por otra parte, los ciudadanos de las provincias helenísticas no aceptaban los tradicionales actos traslativos por las razones citadas anteriormente. Era necesario forzosamente un elemento que lograra armonizar dos ideas diferentes que se encontraban en conflicto; la primera, que los *cives* de las provincias helenísticas no veían en la *mancipatio* un medio adecuado para transmitir la propiedad; la segunda, que en el ordenamiento romano se transmitía la propiedad de las *res pretiosiores* solamente si se había realizado un determinado formalismo.

La solución frente a la contraposición entre ambas ideas jurídicas se encontró en la redacción del *instrumentum* de forma análogo al documento mancipatorio, que incluía un elemento que ni la compraventa romana, ni la *mancipatio* exigían en su propia natu-

¹⁰³ Hacemos especial referencia a los documentos placentinos del 735 al 774 d.C. que utilizarían las siguientes expresiones: *expensum prediis rusticis; eam emit mancipioque accepit; Petil... pretium placitum et definitum... accepit; facta hanc mancipationem*. El ejemplo que presentaremos será la compraventa realizada en Mendrisio el 29 de abril del 792 d.C. Ya Talamanca en la recensión a Gayo, *op. cit.*, pp. 154 y 155, reconoce que no se podría dudar que la formulación del antiguo documento mancipatorio continuase a ser utilizado, independientemente del efectivo cumplimiento y de la necesidad de las formalidades mancipatorias.

raleza como sería el pago del precio;¹⁰⁴ de lo anterior, podríamos concluir que el *instrumentum ad substantiam* se originó como respuesta a la necesidad de incluir en las compraventas de *res pretiosiores* un formalismo especial que se realizase en el preciso momento en que se efectuase el consentimiento y pudiese demostrar también el cumplimiento del pago respectivo. Tal innovación postclásica continuará vigente en la etapa histórica sucesiva; veamos a continuación la incorporación que la codificación justiniana realizó de los principios clásicos y postclásicos en materia de transmisión de la propiedad en la compraventa y las posibles razones que pudieron haber originado tales opciones.

VI. LA INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS Y POSTCLÁSICOS EN LA COMPILACIÓN JUSTINIANA

En el siglo VI d.C., al realizarse la compilación justiniana fue utilizado el material clásico que sobre la compraventa existía y que seguía siendo objeto de estudio en las escuelas jurídicas de Berito y Constantinopla;¹⁰⁵ los comisarios, al revisar las obras jurídicas de dicha época, se encontraron frente al problema que la institución a lo largo de más de dos siglos había sufrido cambios principalmente derivados de la influencia de los derechos helenísticos y del papel asumido por el documento; específicamente en lo que respecta a nuestro argumento, el contrato y el acto traslativo se encontraban unificados, la *mancipatio* y la *in iure cessio* eran instrumentos anacrónicos para la transmisión de la propiedad, el documento mancipatorio se había transformado en un *instru-*

¹⁰⁴ El pago del precio se encuentra en todos los documentos mancipatorios que han llegado hasta nuestros días, y mientras que no se descubran otros que pudiesen demostrar lo contrario, podríamos afirmar que una de sus características consistiría en probar el cumplimiento de la obligación principal del comprador.

¹⁰⁵ Tal deducción se fundamenta en la constitución *Imperatoriam* realizada por Justiniano el 21 de noviembre del 533 d.C. que al dar las razones por las que entran en vigencia las Instituciones hace referencia a los ilustres profesores Teófilo y Doroteo (*Theophilo et Dorotheo viris antecessoribus*) y a los inmensos volúmenes de jurisprudencia antigua (*immensa prudentiae veteris volumina*); sería posible pensar que tales profesores antes de la promulgación de la compilación justiniana realizasen la consulta directa de las mencionadas obras en la enseñanza de la jurisprudencia.

mentum ad substantiam y el comprador únicamente adquiriría la cosa si había pagado el precio respectivo. La cancillería de Justiniano, independientemente de su respeto por la jurisprudencia clásica, no podía pasar por alto que la realidad jurídica era diferente, siendo necesario armonizar los principios de ambas etapas históricas que se encontraban en conflicto; al respecto las soluciones fueron las siguientes:

a) Aceptación del *instrumentum ad substantiam* para la transmisión de las *res pretiosiores*.

La transformación del documento mancipatorio clásico en documento constitutivo iniciada en la práctica de la edad tardoclásica y reconocida en el derecho oficial a partir de Constantino representaba el medio utilizado en la transmisión de las cosas de mayor valor. Un regreso a los actos traslativos formales de la *mancipatio* o la *in iure cessio* habría significado eliminar el reconocimiento jurídico de una práctica consolidada en la época. Al respecto la constitución de Justiniano del año 528 en C.4.21.17 (confr. Inst.3.23.pr) nos menciona lo siguiente:

Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrharum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas in 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 partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet literas unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare; adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur vel contractum venditionis perficere, vel id, quod emtoris interest, ei persolvere... (Mandamos que los contratos de ventas, o permutas o donaciones, que no es necesario sean insinuadas, y también de entrega de arras, o de otra cualquier causa, pero aquellos que fue establecido que se hicieron

por escrito, y también los de transacciones que convino fueran consignadas en instrumento, no tengan validez de otra suerte, sino si los instrumentos hayan sido puestos en limpio, y confirmados con las firmas de las partes, y si se escribieran por notario, hasta que también hayan sido completados por el mismo, y al fin hayan sido aprobados por las partes, de manera que nadie le sea lícito, antes que así se haya hecho esto, reivindicar para sí en virtud del mismo contrato o de la transacción ningún derecho, apoyándose o en un borrador escrito aunque tenga letra de una de las partes o de ambas, o en la misma copia en limpio, que aún no esté cerrada o aprobada; de tal suerte, que ni aún sea lícito decir en semejantes ventas que se le imponga al vendedor la necesidad o de perfeccionar por el precio establecido el contrato de venta, o de entregarle al comprador lo que le interesa...).

La constitución no menciona qué bienes requerían del documento constitutivo, pudiéndose pensar que, como sucedía en edad postclásica, los fundos así como otros bienes preciosos continuaban a necesitar de tal solemnidad para su transmisión.¹⁰⁶ Ciertamente tal normativa representa una disciplina distinta al régimen clásico, estableciéndose que el consentimiento solamente produciría efectos jurídicos cuando el contrato había sido redactado por escrito y completado en todas sus partes; todo acto previo a la elaboración final (ver los ejemplos que menciona la constitución) no obligará a las partes independientemente que se hubiese expresado el acuerdo. Tal situación unifica en un solo momento el contrato y el acto de transmisión de la propiedad, existiendo una relación de dependencia recíproca entre el documento y el consentimiento.

La doctrina¹⁰⁷ está de acuerdo en considerar la eficacia real de la compraventa justiniana realizada por escrito, encontrándose confirmación también en otra constitución del año 530 d.C. en C.1.2.23.pr-1, donde el mencionado emperador le otorgaría a la

¹⁰⁶ Todavía en los *Basílicos* 19.11.35 es posible encontrar referencia a las *res pretiosiores*, mencionándose ejemplificativamente las siguientes: las perlas, ornamentos preciosos, el vestido de seda, esclavos y las cosas inmuebles que se contraponen a las *res viliores* o de bajo precio.

¹⁰⁷ Ver por todos a TALAMANCA, "Vendita...", *op. cit.*, p. 469, con bibliografía en la nota 1698.

Iglesia y a otras entidades pías el privilegio de ejercitar además de la natural acción personal para exigir la posesión del bien adquirido la *actio in rem* (...*sancimus, si quis aliquam reliquerit... vel vendiderit, sive sacrosanctis ecclesiis sive... In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem...*). En el presente caso podemos observar que el comprador puede exigir la posesión de la cosa mediante la respectiva acción contractual; no obstante, en virtud de su naturaleza privilegiada podría optar también por el ejercicio de la acción real (*reivindicatio*). Si en el caso de las *res viliores* es necesaria la *traditio* para la adquisición de la propiedad (como veremos a continuación), sería posible pensar que la presente constitución haga referencia a los bienes que se transmiten mediante documento, porque de otra forma, no nos podríamos explicar la razón por la cual el comprador que careciendo del efectivo goce material (que lo transformase en propietario) pudiese exigir mediante la *reivindicatio* la cosa sin tener el carácter de *dominus*; de lo anterior, podemos constatar en el presente caso la aplicación del principio *emptio dominium transfertur* que al ser realizado el negocio mediante *instrumentum* otorgaría al comprador la posibilidad de exigir en su carácter de titular la correspondiente entrega.

b) La adquisición de la propiedad para las ventas no escritas necesita de un acto posterior del vendedor que transforme al comprador en titular de la cosa.

Aunque sea reconocida la eficacia real de las compraventas celebradas por escrito, en el caso de aquellas que *sine scriptura consistunt* se siguió la disciplina clásica que distinguía entre consentimiento y acto de transmisión, requiriéndose nuevamente de la *traditio* para permitir la transmisión al comprador de la propiedad de la cosa, como lo demostrarían los siguientes textos:

1. La conocida constitución de Diocleciano y Maximiano del 293 d.C. incorporada en el código de Justiniano C.2.3.20:

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur (por las *traditiones* y las usucapiones son transmitidos los dominios de las cosas, no por los pactos desnudos).

Dicha constitución, que como veremos con posterioridad presenta gran relieve en el *ius commune*, trataba de limitar, todavía al

final del III siglo d.C., la práctica helenística de que el simple consentimiento incluido en pactos informales transmitía la propiedad de la cosa vendida, y su incorporación en la codificación justiniana (posiblemente eliminando la referencia a la *mancipatio*) recalca la diferencia entre consentimiento y acto de transmisión.

2. Así también, es notorio el texto Instituciones 2.1.40 (confrontar Gayo, *libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum* D.41.1.9.3) que dice:

Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo, cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. (También se adquiere por *traditio* el dominio de las cosas, en base al derecho natural, ya que nada es más conforme con la equidad natural que reconocer eficaz la voluntad del dueño de transferir una cosa suya a otro. Por eso una cosa tangible, cualquiera que sea su género, puede ser entregada y una vez entregada por su dueño, es enajenada).

La *traditio* significará nuevamente el medio idóneo para transmitir la propiedad al comprador, dando aplicación a la existencia del acuerdo y representando la voluntad del dueño de transferir la cosa.

3. Recordemos por último la incorporación en el Digesto del texto de Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.19.1.11.2 (analizado en el capítulo II) en su versión interpolada (la referencia a la *traditio* sustituyó la originaria a la *mancipatio*) que dice que la primera obligación del vendedor consiste en transmitir la cosa mediante *traditio* para hacer propietario al comprador.

De los textos anteriores podemos constatar cómo este acto traslativo vuelve a tener importancia en la transmisión de la propiedad; no obstante, su realización fue entendida de un modo flexible, como lo demuestra el texto de Gayo, *libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum* que dice:

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodavit

aut locavit aut apud te deposuit, vendidero tibi... (Ciertas veces también la simple voluntad del dueño sin la *traditio* es suficiente para transmitir a la cosa, por ejemplo si alguien te habrá vendido la cosa que te dio en comodato, arrendamiento o depósito...).¹⁰⁸

Tal texto prueba que en edad justiniana el principio *emptio dominium transfertur* encontraba aplicación tanto en las compraventas realizadas mediante escritura constitutiva así como también en aquellos casos en que el comprador ya estuviese en poder de la cosa; el requisito de la *traditio* se limitaba únicamente a las cosas de menor valor (siempre y cuando no las tuviese el comprador por cualquier otro motivo), cuya compraventa se celebraba sin escritura.

c) No necesidad del pago del precio como requisito indispensable para la adquisición de la propiedad.

Como vimos en el capítulo anterior, el derecho postclásico requería del pago del precio para la transmisión de la propiedad. La aceptación de tal principio por parte de los compiladores hubiera significado interpolar el contenido sustancial de gran parte del material clásico y cancelar la referencia jurisprudencial a la *lex commissoria*; tal situación ocasionó que se optase nuevamente por el principio clásico de que la falta del pago no era obstáculo para la transmisión de la propiedad. Ciertamente su aplicación en el siglo VI implicó una reforma “radical” que trataría de modificar una práctica propia de los derechos helenísticos; por ello, los comisarios al introducirla utilizaron un lenguaje “diplomático” en Instituciones 2.1.41 (texto analizado en el capítulo IV), aceptando formalmente que la transmisión de la propiedad necesitaba del pago del precio fundamentándose en la ley de las XII Tablas; no obstante, en la sustancia al incluir el pensamiento de la jurisprudencia clásica que neutralizaba su aplicación, dejaban sin efectos tal principio.

¹⁰⁸ Según BURDESE, *op. cit.*, p. 307, el mencionado texto es notoriamente interpolado; si considerásemos que el contenido del mencionado pasaje sea aplicable a todo tipo de bienes aceptaríamos la posición de Burdese, porque parecería difícil de afirmar su existencia en edad clásica también para las *res Mancipi*; no obstante, si la afirmación de Gayo fuese limitada simplemente a las *res nec Mancipi* podría pensarse en un contenido clásico. Al respecto ver la posición de PUGLIESE, “Compravendita...”, *op. cit.*, p. 66, que piensa que el mencionado proceso comenzaría en edad clásica.

A la luz de dichas consideraciones se entiende cómo se podía afirmar en Instituciones 3.23.pr aquello que la jurisprudencia clásica expresaba: *emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit...* (queda contraída la compraventa desde el mismo momento en que las partes se ponen de acuerdo en cuanto al precio, aun cuando éste no haya sido pagado todavía...)¹⁰⁹.

Los principios clásicos y postclásicos que sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa fueron incorporados en la codificación justiniana asumieron dos caminos diferentes; por una parte, en Oriente el contenido de la mencionada codificación siguió teniendo vigencia en varias compilaciones y sobre todo en la interpretación que de la obra realizó León “el Sabio” (886-911 d.C.) en lengua griega denominada “Basilicos”; mientras que en Occidente tales principios aplicados en los territorios italianos reconquistados por Justiniano fueron armonizados con aquellos provenientes del derecho longobardo; veamos a continuación las tendencias de lo que sucedió en Oriente así como en Occidente.

VI.1. SU INFLUENCIA EN ORIENTE

Los principios clásicos y helenísticos de la compilación justiniana siguieron sobreviviendo en la *Ecloga ton nomon* publicada en el 741 y atribuida a León III que en el texto 10.2-3 menciona:

“La compraventa escrita y no escrita se contrae con el acuerdo sin dolo de los contratantes sobre cualquier cosa de género y especie determinando el precio. (3) Por lo tanto, cuando el precio fue dado al vendedor, la cosa al comprador, no es consentido a alguno de ellos de rescindir el contrato”.

Es posible constatar que el perfeccionamiento del contrato depende del consentimiento y que si bien el precio deberá ser deter-

¹⁰⁹ Confrontar con Gayo 3.139: *emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit...* lo único que se distingue del texto de Instituciones 3.23.pr es la sustitución del término *cum* con *simulatque*. Es interesante destacar que si efectivamente Gayo era un jurista que vivía en un ambiente provincial, la función del mencionado texto habría sido la misma que en época justiniana consistente en presentar a peregrinos (o ciudadanos en el segundo caso) un principio diferente a la práctica helenística.

minado no será necesario su respectivo pago para la existencia del contrato; también continuaría la distinción entre venta con y sin escritura.

En los Basilicos se aceptan también los principios justinianos sobre la materia, conservándose la distinción entre contrato realizado con y sin escritura y la ausencia de necesidad del pago del precio para el perfeccionamiento del contrato; al respecto el escolio 2 a Bas.19.1.2 sintetizaría la aplicación de los principios justinianos en Oriente:

“Sin precio no se contrae ninguna venta. El pago del precio sin embargo no perfecciona la venta sino el acuerdo sobre éste. Decimos estas cosas de la venta que se hace sin escritura; en efecto, en la venta que se hace con escritura decimos que la compraventa se perfecciona no de otro modo que si los documentos de la venta hayan sido escritos o bien por parte del vendedor con su propia mano o bien escritos por otro pero suscritos por el vendedor. Si son escritos mediante un notario, si no hayan seguido también los cumplimientos, después que haya sido hecha la suscripción, y los documentos hayan sido entregados a las partes; en efecto, hasta que algo faltase de estas cosas bien sea tendrá lugar el retracto, bien sea el comprador y el vendedor pueden impunemente retractarse del contrato; así sin embargo, con tal que ya algo no haya sido dado a título de arras. En efecto si esto haya sido hecho bien sea en la venta hecha por escrito bien sea en aquella sin escritos, si sea el comprador a retractarse del contrato pierde las arras; si por el contrario es el vendedor, está constreñido a prestar el doble, aunque nada haya sido convenido respecto a las arras que deben ser dadas...”¹¹⁰

¹¹⁰ Confrontar la traducción latina en la edición de Heimbach que dice: *sine pretio sine pretio nulla venditio contrahitur. Pretii vero numeratio venditionem non perficit, sed conventio de eo. Dicimus autem haec de venditione, quae fit sine scriptura. Nam in ea, quae scriptura conficitur, non aliter perfici emtionem et venditionem dicimus, nisi et venditionis instrumenta conscripta fuerint vel propria venditoris manu, vel ab alio quidem scripta, subscripta vero a venditore. Quodsi per tabellionem scribantur, nisi et completiones subsequatae fuerint, praemissa subscriptione, et instrumenta partibus absoluta fuerint. Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus erit, et emtor et venditor possunt a contractu impune recedere: ita tamen, nisi iam arrhae nomine aliquid datum fuerit. Nam si hoc factum sit, sive in scriptis, sive sine scriptis facta fuerit venditio, recedens a contractu, si quidem emtor sit, arrhas amittit: sin autem venditor, duplum praestare cogitur, quamvis nihil in danda arrha convenerit.*

En el escolio los siguientes puntos tienen relación con nuestro argumento:

a) Distinción entre venta con y sin escritura.

Tal distinción originada al inicio de la tarda antigüedad y aceptada por Justiniano continúa vigente bajo el imperio de León el “Sabio”, de la misma se encuentra otra confirmación en el escolio 1 a Bas.19.1.18 en que se dice que la venta sin escritura es perfecta aunque el precio no haya sido pagado o bien la cosa transmitida, mientras en el caso de la venta celebrada por escrito el contrato no existirá si no haya sido escrito y completado el documento.¹¹¹ Si bien en ambos escolios no se mencionan qué bienes se transmiten mediante escritura podríamos pensar (en base a las argumentaciones que hicimos en los capítulos anteriores) que al igual que en el derecho postclásico y justiniano serían los fundos y aquellos bienes que tendrían una especial relevancia en la vida económica.

La venta de cosas de poco valor se perfeccionará mediante el simple consentimiento sin necesidad del respectivo pago transmitiéndose la propiedad de las mismas mediante la *traditio*, como lo podría demostrar Bas.19.11.15:

“...Sepas. Tú conozcas que si haya sido entregada la cosa al comprador, aunque no haya sido pagado el precio, el comprador es dueño de la cosa vendida”¹¹²

Si bien el papel de la *traditio* es evidente en las cosas de poco valor, en el caso de las cosas que se transmiten mediante escritura nos podríamos cuestionar si, una vez concluida la escritura, el

¹¹¹ Confrontar la versión latina de tal escolio en la edición Heimbach: *non fit accipientis. Sine scriptis venditio peragitur, quamvis pretium solutum non fuerit, vel res tradita, sed vel satisdatum fuerit, vel sine satisfactione venditor emtori fidem habuerit. In scriptis vero celebrata venditio non consistit, nisi de ea instrumentum fuerit conscriptum et absolutum.* (No se hace del que lo recibe. La venta sin escritura es perfecta, aunque el precio no haya sido pagado o bien la cosa transmitida pero o bien haya sido garantizado, o bien sin garantía el vendedor haya tenido confianza del comprador. Pero la venta celebrada por escrito no existe, si no de ésta haya sido escrito y completado el documento). Confrontar, escolio 2 a Bas.19.1.2 y con Instituciones 3.23.pr.

¹¹² Confrontar traducción Heimbach: *...Lege. Tu autem scias, si emtori res tradita fuerit, licet pretium solutum non sit, emtorem esse rei venditae dominum.*

contrato tenía plenos efectos traslativos o era necesaria además de la correspondiente *traditio* de la cosa; según nuestra opinión, el *instrumentum*, al igual que en el derecho justiniano, por sí mismo otorgaría la eficacia real al contrato haciendo propietario al comprador a pesar que todavía no hubiese sido entregada la cosa;¹¹³ tal aseveración podría demostrarse con el esolio 2 a Bas.19.1.2 que hemos citado anteriormente que considera perfecta la compraventa escrita cuando son completados los documentos y suscritos por las partes; así también el texto de Bas.19.1.51 al referirse a una venta realizada mediante escritura dice:

“Y cuando el comprador, aunque no pague el precio, resulta que se transforma en dueño de la cosa vendida, por ejemplo prestada la garantía”.¹¹⁴

La razón por la que presumimos que el mencionado texto hace referencia a la venta con escritura derivaría del término griego *καί* (conjunción) con el que se inicia el párrafo que lo relaciona al texto anterior Bas.19.1.50 que trata de la enajenación de una casa o villa (*Non permittitur, ut quis suam alienamve domum aut villam...*), bienes que para ser contratados requerirían forzosamente de la correspondiente escritura.

De lo anterior, podríamos concluir que, una vez que el comprador había realizado las formalidades del contrato escrito, se transformaba en propietario sin necesidad del pago del precio y mucho menos de la *traditio* de la cosa.

b) El pago del precio no perfecciona la venta sino el consentimiento.

De los textos anteriores hemos podido observar también que el pago del precio no es un requisito necesario para el perfeccionamiento del contrato y mucho menos para la transmisión de la propiedad, demostrándose la permanencia del principio clásico incorporado en la codificación justiniana frente a la práctica de la tarda antigüedad. Así también es posible constatar tal realidad en

¹¹³ En el mismo sentido ver FUNAIOLI, Carlo Alberto, *La tradizione*, s.e., Padova, Cedam, 1942, p. 51.

¹¹⁴ Confrontar con la traducción de Heimbach: *Et quando emtor, licet pretium non solvat, rei venditae dominus fieri videatur, puta praestita satisfactione.*

Bas.19.1.18 (confrontar con Instituciones 2.1.41) que, presentando el mismo contenido de Pomponio, *libro trigésimo primo ad Quintum Mucium* D.18.1.19 analizado en el capítulo IV, afirma lo siguiente:

“Lo que vendí no se hace del que lo recibe, si no ha sido pagado el precio, o bien garantizado, o bien sin garantía habré tenido confianza del comprador”.¹¹⁵

El pago del precio como requisito para la transmisión de la propiedad que tuvo origen en la época arcaica romana y que volvió a aplicarse en el derecho postclásico por influencia de las costumbres y usos helenísticos podrá ser sustituido por medios alternativos que lo dejarían sin efectos.

Si bien el pago del precio no transmite la propiedad, las partes tendrán plena libertad para pactar la pérdida de las *arrhas* así como la devolución de la propiedad al vendedor, como se expresaría en Bas.19.1.88:

“El vendedor puede pactar, que si entre un cierto tiempo el precio no haya sido pagado, el comprador pierda las arras y la propiedad regrese al mismo vendedor”.¹¹⁶

Cabe destacar por último que en el Imperio Romano de Oriente es reconocido plenamente el principio jurídico que la transmisión de la propiedad al comprador es el efecto natural del contrato, como lo podría demostrar por ejemplo Bas.19.1.96 que incluiría a la compraventa como uno de los medios de enajenación:¹¹⁷

“Si cuando vendí la cosa o bien por otro modo la enajené...”

Así también en Bas. 20.3.1 al reinterpretar el contenido del famoso texto de Paulo, *libro trigésimo secundo ad edictum* D.19.4.1.pr (citado en el capítulo II) que se refiere a las obligaciones del vendedor, en lugar de mencionar la de *possessionem tradere* como originariamente mencionado por el jurista tardoclásico, se habla

¹¹⁵ Confrontar con la traducción de Heimbach: *Quod vendidi, non fit accipientis, nisi pretium solutum sit, vel satisfatum, vel sine satisfactione emtori fidem habuero.*

¹¹⁶ Confrontar con la traducción de Heimbach: *Venditor pacisci potest, ut nisi intra certum tempus pretium fuerit solutum, emptor arrhas amittat, et dominium ad ipsum venditorem redeat.*

¹¹⁷ Recordar que el término enajenación hace referencia a la adquisición de la propiedad; al respecto ver Ulpiano, *libro septuagésimo sexto ad edictum* D.50.16.67: *Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet...* (enajenado no es dicho propiamente lo que todavía permanece en la propiedad del vendedor...)

de la obligación de transmitir la cosa;¹¹⁸ tal diferenciación de terminología es importante, porque la transmisión de la cosa implicará no simplemente otorgar la posesión, sino además transmitir la propiedad de la misma, bien sea mediante la *traditio* o bien llevando a su conclusión la escritura constitutiva.

Tales principios siguieron en vigor a lo largo del Imperio Romano de Oriente, encontrando confirmación en la obra de Constantino Harmenopulos en la mitad del siglo XIV d.C., denominada “Hexabiblos” continuando su vigencia también después de la caída del imperio (año 1453 d.C.) hasta el año 1946 en que el reino de Grecia la sustituyó con el nuevo código civil inspirado en el BGB alemán. Del Hexabiblos podemos constatar lo siguiente:

a) Distinción entre venta sin y con escritura.

La venta sin escritura se enuncia en *Hex.* 3.3.1 del siguiente modo:

“Es contraída la compraventa, cuando una y otra parte haya consentido del precio y uno ciertamente haya dado el pago del precio, mientras que el otro haya transmitido la cosa vendida. Y no solamente entonces, sino también, si uno de estos haya recibido o bien el precio pagado o bien la cosa vendida, de modo que la venta no pueda ser retractada, y la compra así haya sido firmada y ratificada. Ciertamente lo que haya sido dado a nombre de arras, es señal y prueba de la compra y venta contratada no el mismo contrato. Pero esto decimos de la compra y venta que se hace sin escritura”.¹¹⁹

¹¹⁸ Paul: *Permutatio differt a venditione, quoniam in venditione emtor nummos venditoris facere cogitur: venditori autem sufficit rem tradere, et cavere de evictione, et purgare se dolo malo: et si res evicta non sit, nihil debet...* (La permuta se diferencia de la venta ya que en la venta el comprador es constreñido a hacer las monedas del vendedor; pero al vendedor es suficiente transmitir la cosa, y garantizar de evicción y purgar de su dolo malo; y si la cosa no ha sufrido evicción nada debe...). Inútiles resultan los intentos del jurista bizantino en el escolio 1 a Bas.20.3.1 que trataría de adecuar el contenido del presente texto a la terminología clásica utilizando nuevamente los términos *possessio-nem tradere*.

¹¹⁹ Confrontar traducción latina de Heimbach: *Emtio venditio contrahitur, quando utraque pars de pretio consenserit et hic quidem solutionem pretii praestiterit, ille autem rem venditam tradiderit. Neque tunc solum, sed etiam, si alter horum vel persolutum*

Mientras que respecto a la venta con escritura en *Hex.*3.3.2 se dice:

“Pero la compraventa escrita no de otro modo decimos que es perfecta, que si también los documentos hayan sido escritos, o bien por la propia mano del vendedor o bien ciertamente por otro haya sido escrita, siempre que haya firmado el vendedor”.¹²⁰

b) La adquisición de la propiedad para las ventas no escritas necesita de un acto posterior del vendedor que transforme al comprador en titular de la cosa.

Es notoria la disposición *Hex.* 3.3.12 que dice: “No en base al convenio, sino en base a la *traditio* el comprador se hace dueño”.¹²¹ que le daría importancia a la entrega para permitir la transmisión de la propiedad al comprador; ejemplificativamente es interesante el caso que se presenta en *Hex.*3.3.36¹²² en que una mujer compra y recibe una cosa; si bien se transforma en dueña conforme al principio general que la *traditio* otorga la propiedad, en caso de que el esposo hubiese pagado la totalidad del precio

pretium vel rem venditam acceperit, ut venditio retractari nequeat, atque emtio sic rata et firma sit. Quod enim arrhae nomine datur, argumentum est et probatio emtionis venditionis contractae non ipse contractus. Haec autem de venditione atque emtione dicimus, quae sine scriptura fit.

¹²⁰ Confrontar con la traducción latina de Heimbach: *Scriptura vero non aliter eam perfectam esse dicemus emtionem venditionem, nisi instrumenta quoque conscripta sint, sive propria vendentis manu sive ab alio quidem sint scripta, dummodo venditor subscripserit.*

¹²¹ Confrontar con la traducción latina de Heimbach: *non ex conventione, sed ex traditione emptor fit dominus.*

¹²² En la traducción latina de Heimbach: *Si uxore emente ac re ei tradita vir tantummodo pretium dederit, domina quidem fit, sed vir cum ea agere potest ad repetendum pretium, quod pro contractu ad illam pertinente dedit. Quod si maritus emit eique res fuit tradita et ipse pretium solvit: sed mulieris nomen imaginarie tantum scriptum est, attendere nos oportet veritati, cum ipse sit dominus.* (Si comprando una esposa y transmitiéndose la cosa a ella el marido únicamente haya pagado el precio, ciertamente se hace dueña, pero el marido puede ejercitar contra ella para repetir el precio, que en base al contrato pertinente a aquella dio. Porque si el marido compra y a ésta la cosa fue transmitida y él mismo paga el precio; sin embargo, el título de la mujer solamente ha sido escrito por la fuerza de la imaginación, es necesario que nosotros atendamos a la verdad, porque él mismo es dueño).

tendría derecho a exigirlo porque según el texto el título de la mujer solamente ha sido escrito “por la fuerza de la imaginación”.

c) No necesidad del pago del precio como requisito indispensable para la adquisición de la propiedad.

Cabe hacer notar que si bien en *Hex.* 3.3.17 parecería que la compraventa requiriese del efectivo pago del precio para transmitirse la propiedad, característica propia de los derechos helenísticos previos a la compilación justiniana, tal disposición al igual que en D.18.1.19, Instituciones 2.1.41 y Bas.19.1.18 aceptó una interpretación tan amplia que neutralizó su eficacia mencionándose que “lo que se vende no se hace del que lo recibe si el precio no ha sido pagado, o bien garantizado o bien hayamos tenido confianza del comprador”¹²³ y muestra de ello es la aceptación de la *lex commissoria*¹²⁴ en el mencionado ordenamiento.

Confirmando que el pago del precio no es un requisito necesario en la compraventa, lo podría demostrar también *Hex.* 3.3.48 que dice:

“...el vendedor establece contra el comprador la acción del precio; ya que no puede tener la acción de la cosa después de haberla entregado”.¹²⁵

Tal disposición confirmaría nuevamente que el precio no es requisito para la transmisión de la propiedad y que el vendedor únicamente podrá ejercitar mediante la acción de venta el pago y no la devolución de la cosa porque el comprador ha adquirido la propiedad gracias a la *traditio* bien sea material o bien mediante la conclusión de la correspondiente escritura.

Después de haber visto a grandes rasgos la permanencia de los principios justinianos en Oriente veamos qué sucedió en los territorios italianos germanizados y reconquistados por Justiniano.

¹²³ Confrontar con la traducción latina de Heimbach: *Quod vendidit, accipientis non fit, nisi pretium sit datum aut cautum, aut sine satisfactione emptori fidem habuerim.*

¹²⁴ V.g., *Hex.* 3.3.42: *In lege commissoria si pars pretii soluta est...* (en la ley comisoraria, si parte del precio ha sido pagado...);

¹²⁵ Confrontar con la traducción latina de Heimbach: *Venditor adversus emptorem de pretio actionem instituit: actionem enim rei post illius traditionem habere non potest.*

VI.2. EN EL DERECHO ROMANO-GERMÁNICO

Con la penetración de los pueblos germánicos en Europa y subsecuentemente la caída del Imperio Romano de Occidente en el 476 d.C. se efectuó el fenómeno del contacto entre el derecho romano vulgar y los primitivos derechos germánicos.¹²⁶ Una situación particular se manifestó en Italia, con la reconquista de Justiniano de los territorios italianos “germanizados” y mediante la constitución *pragmatica sanctio* del 13 de agosto del 554 d.C. que extendió a los habitantes de dichos territorios la codificación justiniana se dio una incorporación por parte del derecho germánico de los principios que sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa establecía tal codificación. Tres años después de la muerte de Justiniano en el 568 d.C. otra población de origen germánico, los longobardos, penetró en Italia y conquistó gran parte de las regiones del centro-norte. Su derecho consuetudinario se confrontó con el derecho romano justiniano, recibándose algunos principios del mismo. Antes de afrontar la recepción de los principios postclásicos y justinianos en el derecho longobardo debemos hacer una breve referencia de cómo se transmitía en el mismo la propiedad en la compraventa, para constatar de tal forma el grado de recepción del derecho romano.

Al respecto las características son las siguientes:¹²⁷

¹²⁶ Bajo un aspecto general ver BELLOMO, Manlio, *La Europa del Derecho Común*, 1a. ed. española, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996, pp. 45-49.

¹²⁷ Sobre las fuentes de tal derecho ver ASTUTI, Guido, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*, s.e., Padova, Cedam, 1953, pp. 75-118; específicamente sobre el presente argumento: *idem*, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, s.e., Milano; Giuffrè, 1952, volumen I, pp. 345-368; *idem*, *vox “Contratto”* (dir. interm.), en *ED.*, pp. 765-768; *idem*, *vox “Obbligazioni”* (dir. interm.), pp. 78-100; SOLMI, Arrigo, *Storia del diritto italiano*, (terza edizione, Milano; Società editrice libraria, 1930, pp. 371 y 372; 399-401; LEICHT, P.S., *Storia del diritto italiano*, 2a. edizione, Milano, Giuffrè, 1948, pp.112-117; LEVY, *West roman...*, *op. cit.*, pp. 156-163; DIURNI, Giovanni, PECORELLA, Corrado, *vox “Vendita”* (dir. interm.), en *ED.*, pp. 476-484; CALASSO, Francesco, *Medioevo del diritto*, s.e., Milano, Giuffrè, 1954, pp. 131 y 132; BELLOMO, Manlio, *vox “Negozio giuridico”* (dir. interm.), en *ED.*, pp. 922-925. Con especial problema a la *traditio* ver FUNAIOLI, *La tradizione*, *op. cit.*, pp. 52-57.

a) Exteriorización del acto.

El derecho longobardo, al igual que los demás derechos germánicos, para considerar que un vínculo obligatorio había nacido requería de la exteriorización del acto que demostrase que el acuerdo se había efectuado mediante una forma o efectuándose la respectiva prestación. La publicidad era una característica de la venta que permitía asegurar la legitimidad y regularidad de la adquisición; así por ejemplo, una norma del edicto de Rotari, capítulo 172, establece:

...non absconse, sed ante liberos homines ipsum Garethinx faciat ut nulla in posterum oriatur intentio... (no escondiéndose, sino ante hombres libres garantice de modo que en futuro no nazca ninguna pretensión).

Tal texto podría confirmar la necesidad de la publicidad para demostrar el justo título con el cual el comprador poseía la cosa; así también específicamente en la compraventa de un caballo el texto de Liutprando, capítulo 79 del año 726 d.C. afirmaba lo siguiente:

ut ante duos aut tres homines eum emere debeat nam non segrete (que ante dos o tres hombres éste debiese comprar y ciertamente no secretamente).

La publicidad otorgaba un justo título al comprador, evitando de tal forma que mediante una actitud dolosa del vendedor pudiese ser acusado de robo al comprador;¹²⁸ por ello, la transmisión de la propiedad se realizaba frente a una reunión de personas que presenciaban el acto denominado *thingatio*; en el caso de las cosas inmuebles necesitaba la presencia física de un elemento que representase el bien, v.g., un ladrillo, una rama de árbol, etc... y de tal ceremonia un *scriptor* o notario escribía en un pergamino el acontecimiento ocurrido para constatar la veracidad de la transmisión mencionándose el nombre de los correspondientes testigos; al respecto Liutprando, capítulo 8, año 717 d.C., dice:

si qualiscumque causa inter conlibertus aut parentis convenerit aut acta fuerit, et homines boni tres aut quattuor interfuerent, non

¹²⁸ Así también tal requisito continuó en el 836 d.C. como lo demostraría el acuerdo de paz celebrado entre el príncipe Sicardo de Benevento y el duque de Nápoles que en el capítulo 15 se obligan a prohibir que ningún connacional compre caballos o bueyes *nisi infra civitatem vel in mercato praesentia de iudicibus*.

reprovetur postea ipsa causa, nisi (=sed) eorum testimonium ambe partis credant, qui fuerent inter: pro cuius autem causa testis illi testimonium reddederent, ipse homo causatori suo per sacramentum satisfaciat (si cualquier causa entre el compañero o bien el padre se haya convenido o bien haya sido actuada, y hayan participado tres buenos hombres o bien cuatro, no sea reprobada después la misma causa, pero crean al testimonio de los que hayan participado de ambas partes; pero en favor de la causa de aquel los testigos hayan dado el testimonio, el mismo hombre a su contraparte da satisfacción por sacramento).

En cualquier situación (pudiéndose incluir las que discutirían la titularidad de un bien) las partes podían presentar a los testigos que participaron en la *thingatio*; en el texto se hace referencia a tres o cuatro, pudiéndose pensar que en tal acto normalmente intervenían en tal número, siendo necesario que el actor diese una garantía en el proceso.

b) Distinción entre compraventa real y formal.

Los contratos longobardos se dividen en reales o formales desconociéndose que la simple manifestación del consentimiento pudiese dar origen a una relación sinalagmática; la compraventa podía asumir uno u otro carácter; en el primer caso, si se realizaba un cambio inmediato entre la mercancía y el dinero; en el segundo se daba en regla un *arrha* que no era propiamente una anticipación de parte del precio, sino un modo de obligar al vendedor a no enajenar la cosa hasta que no se hubiese pagado tal. Intervenia normalmente la *wadiatio*, un acto formal que confirmaba y garantizaba la obligación diferida en el tiempo del pago del precio o de la entrega de la cosa.¹²⁹

¹²⁹ La prueba de la realización de la *wadiatio* se efectuaba mediante un juramento; al respecto ver el *edictum regum Langobardorum*, norma de rachi del 746 d.C., cap. 5: *si quis amodo in presentia regis vel iudicis seu liberorum hominum qualemcumque modo wadia dederit, et postea negare voluerit ille, qui wadia dedit, quod in tali timore wadia non dedisset, sicut ille qui wadia suscepit queritur: si fuerit inter hominis liberi, quorum fides amittitur, non habeat licentia iurare, quod in tali timore wadia non dedisset: nisi (=sed) qualiter iudex qui iudicavit se rememoraverit, vel homines qui interfuerunt quando ipsa wadia dedit, testificaverint, in tali conpleat, et in eorum testimonium credant. Quia si stantia, quam ante liberos hominis aliquis facit, stare debet: quanto ma-*

c) La necesidad de la *traditio* para la transmisión de la propiedad.

La *traditio* era un requisito indispensable para la adquisición de la propiedad, como es expresado en Roth., c. 183:

sine traditione nulla rerum dicimus subsistere firmitatem (decimos que sin *traditio* ninguna de las cosas subsiste válida).

Tal requisito será fundamental en tanto en las compraventas formales como reales, y como veremos a continuación, representará un papel relevante en la incorporación del *instrumentum* postclásico y justiniano.

d) Requisito del pago del precio.

El pago total del precio permitía que el vendedor mediante la *traditio* otorgase la propiedad al comprador, en el caso de pago diferido el comprador adquiriría el *dominium* hasta que hubiese sido totalmente cumplida su obligación principal.¹³⁰

El derecho consuetudinario longobardo, que representaba las rudimentarias exigencias de la sociedad bárbara sujeta a las formas más elementales de la experiencia jurídica, que los romanos habían superado muchos siglos atrás, al entrar en territorio italiano incorporó la necesidad del *instrumentum* del derecho postclásico y justiniano, asumiendo importancia en la celebración de compraventas de bienes que tenían relevancia en la comunidad.¹³¹ El fac-

gis ea causa, que per wadia firmatur, et hominis liberi intersunt, negare nihilominus convenit... (si alguien de ahora en adelante en presencia del rey o bien del juez o de hombres libres haya dado de cualquier modo la *wadia*, y después haya querido negar quien dió la *wadia*, que en tal tenor no hubiera dado la *wadia*, así como se lamenta quien recibió la *wadia*; si haya sido entre hombres libres, de los cuales se pierde la confianza, no tenía licencia de jurar, que en tal tenor no hubiera dado la *wadia*: si no en cualquier modo el juez que juzgó se haya recordado, o bien los hombres que intervinieron cuando se dió la misma *wadia*, hayan testificado, en tal colme, y crean al testimonio de éstos. Porque si resultando lo que alguien hace ante los hombres libres, esto debe permanecer; mayormente cuanto por esta causa, que por la *wadia* es confirmada, y participan hombres libres no es conveniente no de menos negar...).

¹³⁰ Sobre tal necesidad Lotario en el C.12 del *liber legis Langobardorum* o *liber Papiensis* prohibía a los notarios realizar el documento antes de que el precio fuese pagado.

¹³¹ Es opinión común de la doctrina que el documento longobardo tenga relación con el mundo romano, ver al respecto Solmi, *Storia del diritto italiano*, op. cit., p. 371; LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, op. cit., p. 136; ASTUTI, *vox contratto*, op. cit., p. 768; *idem*, *I contratti obbligatori*, op. cit., p. 355.

tor principal que originó la recepción del documento romano pudo haber sido la función analógica que presentaba con la *thingatio*; ya que ambos actos otorgaban la correspondiente publicidad requerida en el derecho longobardo.

A diferencia de las compraventas helenísticas¹³² y del derecho romano tardío¹³³ la realización del *instrumentum* no era suficiente para transmitir la propiedad de la cosa al comprador, porque en los usos y costumbres longobardos como acabamos de considerar, la *traditio* representaba un elemento fundamental en la adquisición del *dominium*. Tal situación fue reflejada en el documento, que necesitaba de un elemento que asumiese el carácter de transmisión corpórea del bien, dicho elemento fue la llamada *traditio chartae* que otorgaba al acto escrito el correspondiente efecto real.

Aunque una parte de la doctrina¹³⁴ considere que la función del documento en el altomedievo sea meramente probatoria, la posición más difundida y convincente es aquella que al reconocer el origen romano del documento longobardo acepta el pasaje de la propiedad como efecto inmediato de la declaración expresada y transmitida en la *charta*.¹³⁵ La fundamentación de tal posición podría ser demostrada ejemplificativamente con el siguiente contrato de compraventa realizado en Mendricio el 29 de abril del 792 d.C.,¹³⁶ algunos años después de la caída de la dominación longobarda por parte del ejército de Carlo Magno (774 d.C.), en que Walteram hijo de Giovannace vende a Todone su parte de una propiedad que tenía en común con el comprador:

Regnantes dd. nostri Carolo et Pippino viri excellentissimi reges in Edalia, annus regni eorum in Dei nomine nono decimo et tertio decimo, tertio calendas Magias, indictione prima feliciter. Manifesto sum ego walteram filius bone memorie Iohannaci de vico Bedani, qualiter accepisset secudi et in presentia eorum tes-

¹³² Sobre el argumento remitimos a PRINGSHEIM, *The Greek law...*, op. cit., p. 91.

¹³³ Conf. Tab. Alb. *emptio fundi africana*: neg. 139 analizado en el capítulo IV.

¹³⁴ Sustentada por FREUNDT, *Wertpapiere im antiken und Fruehmittelalterlichen Recht*, Leipzig, 1910; crítica a dicha posición en Astuti, *I contratti...*, op. cit., pp. 362 a 363.

¹³⁵ Sustentada por BRUNNER, *Zur Geschichte der roemischen und germanischen Urkunde*, Berlin, 1880; confrontar con ASTUTI, *I contratti...*, op. cit., pp. 353-355.

¹³⁶ Tal contrato de compraventa se encuentra citado en LEICHT, *Storia del...*, op. cit., pp. 194 y 195.

tibus accepi ad te Todune filius bone memorie Aurochis de Campelliuni argentum dinari boni in solidos quinque, pro quibus pretium venundavi et soledos mancipavi ego qui supra Walteram tibi iam dictus aemturi meo Toduni aliquantas res in fundo et vico Bedani et ipsas res ego qui supra Walteram vovis cui iam dictus aemture meo in communem haverem videor et ante hos annus perrectas fuvet ipsa casa vel res per quondam Iohannaci massario qui fuvet tuo qui supra aemturi meo, sed modo vero presenti diae ego Walteram ipsas mea portione de iam dectas res quod est quarta portionem ex intecrum omnia et in omnibus tam casa et curte, ortis pummiferis, campis, pradis..., ego qui supra Walteram in tua aemtori meo Toduni tradedi adque confirmavi potestadem pro suprascripto quinque soledis ingrediendi, habendi aut faciendum exindem quem volueris; et spondeo adque promitto me qui supra venditur suprascripta casa vel res superio venundate hab omni hominem defensare tam ego Walteram, quam et meis heredis, tibi aemturi meo Toduni, quam et tuos heredis et si menime defensare potuerimus aut contra hanc cartulam vinditionis agere quisierimus, tunc restiduamus vovis suprascriptas res in dublum sub extimationem iusta.

Acto Mendrici

Signum + manus suprascripto Walterammi qui hanc cartulam vinditionis fieri rogavi et ei relectum est.

Signum + manus Ragiberti de Pontegano teste.

Signum + manus Gumperti filius quondam Hadelperti de Drizzi testes.

+ Lupus de Drizzi in hanc cartola vinditionis rogatus ad Walterammo me teste subscripsi.

Ego Agioald nodario scripsi hanc cartolam vinditionis rogatus ad suprascripto Walteram post tradida complevi et dedit.

(Reinando los dueños nuestros excelentísimos reyes Carolo y Pipino en Italia el año 19 y el año 13 de su reinado en el nombre del señor, el tercer día antes de las calendas de mayo iniciando la declaración con buena fortuna. Abiertamente yo, Walteram hijo de Iohannace de buena memoria del pueblo de Bedano (como ha recibido según) y en presencia de estos testigos recibí de ti Todone, hijo de Aurochio de Campelliuno de buena memoria dinero bueno de plata en cinco sólidos, por este precio vendí y mancipé... yo

que arriba fue llamado Walteram a ti Todón mi comprador, las cosas en mi fundo y en el pueblo de Bedano y las mismas cosas yo que arriba fue llamado Walteram resulto tener en común contigo comprador mío y antes que haya pasado este año la misma casa o bien las cosas que donde fue un tiempo Iohannaci el cultivador a mi comprador arriba dicho, pero ahora en el presente día yo Walteram las mismas cosas dichas hace poco de mi porción que es la cuarta porción de toda la totalidad y en todas las cosas que están en la casa y la parte del huerto fructífero, del campo, prado, (etc...) yo que fue llamado arriba Walteram entregué a Todón comprador mío y confirmé su poder por los arriba escritos cinco sólidos de ingresar, de tener o hacer de estas cosas lo que hubiese querido; y prometo que yo Walteram así como mis herederos defenderé la casa arriba escrita y las cosas arriba vendidas contra cada hombre en favor de ti Todón comprador mío, así como de tus herederos y si en ningún modo hubiésemos podido defender o si quisiéramos hacer algo contra este documento entonces restituiremos a vosotros las cosas arriba escritas en doble bajo justa estimación.

Hecho en Mendricio:

Firma por su propia mano de Walteram que por esta carta pedí que fuera hecha la venta y que le sea atribuida.

Firma por su propia mano de Ragiberto de Pontegano. Testigo.

Firma por su propia mano de Gumperto hijo un tiempo de Hadelperto de Drizzi. Testigo.

Lupo de Drizzi en esta carta de venta rogado por Walteram firmé como testigo.

Yo Agioald notario escribí esta carta de venta rogado por el sobrescrito Walteram completé y di y después entregué).

Del presente contrato de compraventa es posible destacar la utilización del documento como solemnidad requerida en la transmisión de la propiedad previo pago del precio, así como la expresa referencia, al final del texto, a la *traditio chartae*, requisito indispensable incorporado al *instrumentum* en edad longobarda para permitir la adquisición del *dominium* al comprador. La fórmula *post traditam complevi et dedi* que utiliza el notario declararía dos elementos fundamentales en la transmisión de la propiedad, la realización de la *completio* del documento y la corres-

pondiente *traditio* previa firma de las partes y de los testigos denominada *absolutio*.

Las palabras normalmente incluidas en los documentos mancipatorios romanos: *...pro quibus pretium venundavi et soledos mancipavi*, aunque no reflejan que efectivamente se hubiese efectuado el rito libral (porque, como hemos observado, desde la edad postclásica cayó en desuso), indican la utilización de una terminología correspondiente a una reminiscencia de los formularios de tales documentos, que continuaban a utilizarse en la práctica, demostrándose una vez más su permanencia en los *instrumenta* romano-germánicos.¹³⁷ La referencia al negocio libral no aparece aislada en el presente caso, sino que es utilizada en algunos otros contratos como lo podrían demostrar los *instrumenta* de Placencia (735 a 774 d.C.)¹³⁸ y aún después de la conquista franca otros contemporáneos al presente.¹³⁹

¹³⁷ Al respecto CALASSO, *Medio evo del diritto*, op. cit., pp. 88 y 89, explica que el empleo de tal terminología en pleno siglo VIII correspondería sobre todo a "rottami galleggianti di antichi formulari notarili dell' ultima età romana in uso nelle terre occidentali dell' Impero, che i notari, con la loro mentalità fortemente conservatrice, mantenevano negli atti, senza preoccuparsi della sostanza vera del negozio..."; sin embargo, independientemente de la falta de celebración de la *mancipatio*, nos parecería difícil aceptar que los notarios no se hubiesen preocupado de la verdadera sustancia del negocio porque la redacción del documento y la *traditio chartae* al igual que el negocio libral desempeñaban como función sustancial la correspondiente transmisión de la propiedad y el respeto a la terminología clásica es muestra de tal hecho.

¹³⁸ Que se encuentran recopilados en: *Fonti per la storia d'Italia. Codice diplomatico longobardo*, Roma, Istituto Storico Italiano, 1929, volumen I, pp. 173, 177, 187, 189, 201, 232 y 313. Sobre tal aspecto ver Arrigo Solmi, *La formula della mancipatio nei documenti piacentini del secolo VIII*, s.e., Roma, Loescher & C., 1913, pp. 3-48 = *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel medio evo*, s.e., Roma, Società editrice del foro italiano, 1937, pp. 3-36; v.g.: *eam emit mancipioque accepit... facta hanc mancipationem...* etc.; no obstante confrontar con la *charta venditionis* del 29 de enero del 720 d.C. realizada en Pisa en *Codice diplomatico longobardo*, op. cit., pp. 89-91 que no hace referencia expresa a la *mancipatio*.

¹³⁹ V.g., compraventa realizada el 9 de mayo del 792 d.C. en que Rotchild hijo de Rotchis vende a Teophuro hijo de Paulone varias tierras que se encuentran en una propiedad de Fulinano que dice: *ea emit mancipioque accepit... facta hanc mancipationem...* y la efectuada el 20 de mayo del 802 d.C. en que Gulfrid *qui et Poto* vende a Aidolfo vende un bosque en Caorso: *Aidolf vendo trado mancipam...*; tales documentos se encuentran en el apéndice de la investigación de Solmi, op. cit., pp. 33-36.

Uno de los posibles factores que permitió que se continuase a hacer referencia a la terminología clásica durante el dominio longobardo e incluso en el carolingio fue la famosa ley 91 de Liutprando que imponía a los notarios que en la redacción de los actos deberían atenerse a la ley longobarda o romana:

De scrivis hoc prospeximus, ut qui cartolas scribent sive ad legem langobardorum, quoniam apertissima et pene omnibus nota est, sive ad romanorum, non aliter faciat, nisi quomodo in ipsis legibus conteneretur; nam contra legem langobardorum aut romanorum non scribant. Quod si non sciunt, interrogent alteros, et si non potuerent ipsas legis pleniter scire, non scribant ipsas cartolas... (De los notarios hemos proveído esto: que los documentos que escribirán o bien de conformidad a la ley de los longobardos, ya que de todos es conocida y es muy clara, o bien de conformidad a la de los romanos, no haga en modo diferente, de lo que en estas leyes es contenido; en efecto, no escriban contra la ley de los longobardos o bien de los romanos. Que si no las conocen, pregunten a otros, y si no puedan las mismas leyes conocer completamente, no escriban los mismos documentos).

Ciertamente la disposición de Liutprando favoreció que los formularios romanos se continuasen aplicando en el derecho longobardo y que la mención a la *mancipatio* continuase todavía expresada en documentos carolingios; no obstante, cabe recalcar que la razón de dicha referencia se remonta a la propia edad tardoclásica, cuando los ciudadanos de las provincias helenísticas adaptaron el documento mancipatorio a sus propias necesidades.

La importancia de la *traditio per chartam* es notoria en la *Expositio Longobardica*¹⁴⁰ o *expositio ad librum Papiensem* que menciona lo siguiente:

¹⁴⁰ Obra que conserva preciosos testimonios de la jurisprudencia longobarda, que fue elaborada en su última y definitiva redacción probablemente en el año 1070. Sobre la *traditio per chartam* ver la bibliografía que se encuentra citada en la obra de ASTUTI, *I contratti obbligatori...*, op. cit., pp. 483 y 484; indispensable resulta la presente obra sobre los problemas relativos a la eficacia real de la venta y el valor jurídico de la *traditio per chartam* por afrontar las posiciones de la doctrina actual sobre el argumento específicamente en las pp. 357-363.

Exp. ad Otho. c.1, § 6: In hoc quod hec lex dicit...dat intelligere, quod quislibet sola carta potest predium acquirere, licet non sit in possessione: et in hoc legem Romanam rumpit, que ostendit: rerum dominium non posse acquiri, nisi usucapionibus et traditione, id est si fuerit missus in possessionem. (En lo que esta ley sostiene... de entender, que cualquiera puede adquirir un predio con la sola carta, aunque no esté en la posesión; y en esto rompe la ley romana, que declara que no puede ser adquirida la propiedad de las cosas, sino por las usucapiones y por la *traditio*, esto es si haya sido metido en la posesión).

Si bien la interpretación que realiza el jurista longobardo de la disposición romana nos parecería errónea¹⁴¹ por los argumentos que mencionamos en el capítulo V respecto a la eficacia real de la compraventa justiniana realizada por escrito; cabe hacer notar que se constata que el contrato redactado en *charta* otorga el *dominium* al comprador sin necesidad de que se realice la transmisión de la posesión. De todo lo anterior podríamos concluir en lo referente a la presente etapa histórica que la adquisición de la propiedad en la compraventa vuelve a requerir de la *traditio*, y que en el caso de los bienes de mayor valor, cuando hubiesen sido vendidos mediante documento, la *traditio chartae* sustituiría la efectiva transmisión corporal del bien para la adquisición de la propiedad.

VII. REFLEXIONES SOBRE LA PRIMERA PARTE DE LA INVESTIGACIÓN

Nos podríamos cuestionar si después de haber hecho el estudio de los orígenes del derecho romano a su aplicación preirneriana deberíamos reconocer la existencia de un hilo conductor entre las presentes etapas históricas.

En sentido contrario se argumentaría que, mientras en determinado momento de la historia se manifiestan principios jurídicos en

¹⁴¹ En el mismo sentido ASTUTI, *vox: obbligazioni. op. cit.*, p. 98, que consideraría erróneo observar en el presente texto una diferencia entre derecho longobardo y el romano, o la aplicación de un nuevo principio de origen germánico, porque ya en la práctica postclásica y en la legislación justiniana había sido reconocido que la transmisión de la propiedad podía realizarse también sin la efectiva *traditio corporalis*.

materia de transmisión de la propiedad que encuentran aplicación, en otros parecerían dejar de tener relevancia; así en la edad arcaica comprobamos que era necesario el pago del precio y que en el derecho clásico tal no era imprescindible; que si la *mancipatio* o la *in iure cessio* eran los medios formales de transmisión, en edad postclásica son sustituidos con el *instrumentum ad substantiam* requiriéndose nuevamente del pago del precio; que si en el derecho justiniano se acepta el documento, el pago deja de ser importante como requisito para la adquisición; que si bien el derecho bizantino es un reflejo del derecho justiniano que acepta el efecto traslativo del documento, en el derecho romano-germánico se requerirá además de la *traditio chartae*. Hagamos un balance de la aplicación de los principios jurídicos en las etapas históricas que hemos tratado:

a) Distinción entre contrato y acto traslativo:

edad clásica; justiniana y su desenvolvimiento en Oriente (solamente en casos de bienes de poco valor).

Ausencia de distinción:

edad arcaica, postclásica, justiniana y su desenvolvimiento en Oriente (solamente en los bienes que se transmiten mediante documento), edad romano-germánica.

b) Requisito del pago del precio para la adquisición de la propiedad:

edad arcaica, postclásica, romano-germánica.

Ausencia del mencionado principio:

edad clásica, justiniana y su desenvolvimiento en Oriente.

c) Requisito de un acto traslativo de la propiedad:

edad arcaica, clásica, justiniana y su desenvolvimiento en Oriente (en los bienes de poco valor); romano-germánica en todos los casos.

d) Aplicación del principio *emptio dominium transfertur*.

edad postclásica, justiniana y su desenvolvimiento en Oriente (en los bienes de importancia económica).

Ausencia del mencionado principio:

edad arcaica, clásica, romano-germánica.

e) Utilización del documento en la transmisión de bienes preciosos.

edad postclásica, justiniana y su desenvolvimiento en Oriente, romano-germánica.

Si bien no podemos negar que la aplicación de determinados requisitos para la transmisión de la propiedad sería variable, es posible comprobar que existiría en todos estos siglos un hilo conductor consistente en que la transmisión de la propiedad constituyó un efecto natural del contrato que bien pudo encontrarse separado o bien incorporado dentro del negocio; que toda etapa histórica analizada no podía entenderse sin la referencia a la aplicación de los principios de la precedente; y que en edad arcaica existiría distinción en la mencionada transmisión dependiendo que los bienes tuviesen o no relevancia económica; en el segundo caso la *traditio* era el medio que permitía la adquisición del *dominium* en época arcaica, clásica, justiniana y postjustiniana (excepción sería la tarda antigüedad); en el segundo caso en todas las etapas históricas se requería de un formalismo especial (*mancipatio* e *in iure cessio* en edad arcaica y clásica; *instrumentum ad substantiam* en etapa postclásica, justiniana y preirneriana).

De lo anterior hemos comprobado que en la transmisión de la propiedad de las *res pretiosiores* siempre se ha requerido de un formalismo especial a lo largo de las presentes etapas históricas y que dicha necesidad se ha podido constatar en la transformación sufrida del negocio liberal en el *instrumentum ad substantiam* que originada en la tarda antigüedad fue incorporada en el derecho justiniano proyectándose en las posteriores.

Si bien después tendrá principal relevancia la interpretación que los juristas del *ius commune* realizaron de los principios incorporados en el *Corpus Iuris Civilis* hasta su incorporación en los actuales códigos civiles, nos parecería que el presente estudio permitió otorgar una visión general de todos aquellos factores y transformaciones previos a la mencionada codificación, así como la constatación de su importancia en Oriente y en el derecho preirneriano.