

Originalidad y actualidad de la compraventa romana¹⁶⁵

Por Luis Rodríguez Ennes¹⁶⁶

Sumario

I. Introducción: Compraventa y globalización; II. Orígenes; III. Concepto y elementos; *III. 1. El consentimiento; III. 2. La Merx; III. 3. El precio*; IV. Obligaciones del vendedor y del comprador; V. Las acciones contractuales; VI. La evicción; VII. Garantía por vicios ocultos; VIII. Pactos añadidos a la compraventa

I. Introducción: Compraventa y globalización

Nuestro tiempo se caracteriza por el fenómeno globalizador, que abarca no solo a la economía, sino que se despliega en multitud de aspectos: geográficos, políticos, jurídicos o, incluso, y no en parca medida, en el ámbito de las comunicaciones. La globalización ha estado siempre muy vinculada a la libre circulación de personas, bienes y servicios y, en los tiempos modernos, es un claro producto de la fusión de diversos factores: 1) la facilidad de comunicaciones terrestres, marítimas y aéreas, frente a la lentitud de los medios de transporte anteriores a la aparición del vapor como fuerza de tracción; 2) pocas monedas de referencia; 3) la desaparición de las aduanas interiores y exteriores características del Antiguo Régimen; 4) la creación de entes supranacionales como la Unión Europea; y 5) la revolución cibernética.

¹⁶⁵ Conferencia de clausura del V Congreso de Principios Generales y Derecho Romano celebrado en la Universidad de Flores (Buenos Aires) los días 26 y 27 de octubre de 2018.

¹⁶⁶ Catedrático Emérito de Derecho Romano (Universidad de Vigo. España). Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional del Comahue y la Universidad de Flores.

Este fenómeno, hoy tan natural y a veces tan cuestionado, es un producto de la segunda mitad del siglo XX. ¿Qué acaecía antes? El mundo se caracterizaba por la autarquía económica, el hipernacionalismo, la multiplicidad de monedas y el rigor en las aduanas. En realidad, las circunstancias que propiciaron la libre circulación de personas y mercancías solo se dieron con anterioridad en la Roma imperial. La caída del Imperio Romano condujo a una atomización territorial en todos los aspectos: monetario, lingüístico, jurídico... y a la multiplicación de fronteras donde antes había un espacio económico y jurídico único.

¿Cuáles fueron las manifestaciones jurídicas de la libre circulación originaria? En primer lugar, la total movilidad de personas y mercancías a lo largo y ancho de la geografía imperial. En segundo término, la simbiosis entre el *iuscivile* y el *iusgentium* que va a culminar con la consagración de la territorialidad del derecho y, por último –pero no en último lugar–, la introducción de los contratos consensuales, basados en la idea de la *fides*, la fidelidad a la palabra dada, clave de bóveda de todo el derecho romano. Dentro de esta categoría contractual, sin duda, el lugar señero lo ocupa la compraventa, cuyo carácter consensual supuso una auténtica revolución económico-jurídica. En efecto, al permitir comprar y vender basándose en el mero *consensus*, sin necesidad de ulterior formalidad alguna, va a erigirse en el motor del intercambio comercial y, por ende, de la globalización jurídica. Las líneas maestras de la *emptio-venditio* siguen plenamente vigentes en la actualidad, caracterizada por el deseo de que el derecho trascienda de las fronteras nacionales y vuelva a ser –como en la antigüedad– un *iuscommune*.

II. Orígenes

Un celeberrimo texto de Paulo (33 ed.), colocado por los compiladores del Digesto en cabeza del título de *contrahendaemptio* (D. 18. 1. 1, pr.), se remonta a una época primitiva en la que los cambios no podían tener lugar más que en la forma de la permuta, y explica cómo la introducción de la moneda diferenció la posición de las dos partes contraponiendo un vendedor a un comprador, de los cuales uno transfiere la *merx* y el otro el *pretium*. Prescindiendo de las críticas textuales hechas al texto en el que Paulo habla quizá como sociólogo y economista, es necesario hacer algunas observaciones respecto al valor de su contenido para explicar el origen de la compraventa.

Ante todo, es preciso tener en cuenta que entre la permuta y la compraventa realizada a través de la moneda, existen situaciones intermedias en las que aparecen ya delimitadas las figuras del comprador y del vendedor. Así ocurre, en efecto, con los contratos del Egipto faraónico, ambiente en el que la moneda no existía aún (la introdujeron más tarde los Tolomeos), y, sin embargo, los

precios de las cosas de cierto valor eran fijados con referencia a un determinado peso de oro o de plata. En estos casos, aunque no exista dinero, los documentos muestran como figuras distintas las del comprador y el vendedor (el valor de las cosas vendidas se cifra en tantas medidas de peso de oro o plata, pero el vendedor no recibe esos metales, sino otros objetos tales como joyas, ganados, etc., todo ellos evaluados). Aquí no se puede hablar de permuta, pero tampoco estamos en presencia de un cambio de una *merx* por una cantidad de dinero, que suele considerarse como esencial en la compraventa. Hipótesis semejantes se pueden encontrar en el mundo helénico, y a ellas alude el jurista Celio Sabino, para quien, como sabiniano, el *pretium* tenía un carácter funcional, de modo que si uno deseaba vender algo y otro se presentaba con intención de comprarlo pero no ofreciendo dinero, sino otra cosa, si el primero acepta existe compraventa y no permuta, en contra de los proculleanos.

Una segunda observación es que en Roma ya en época anterior a aquella en que la tradición coloca la fundación parece haber desaparecido, si existió, el cambio mediante las cabezas de ganado, principalmente bueyes y ovejas; los antiguos veían la huella de estos cambios en el nombre mismo de pecunia, cuyo origen de *pecus* está fuera de discusión, pero no excluye la posibilidad de una derivación indirecta. Con todo, el común denominador de los cambios no era, en la época de las XII Tablas, exactamente correspondiente con la definición que de la moneda da Paulo, es decir, no era ésta aún *forma publica percussum*, con acuñación oficial, ni tenía una publica *ac perpetua aestimatio*, sino que era *aes rude*, esto es, metal de plomo, estaño o cobre que se pesaba; es cierto que pronto, según la tradición en tiempo de Servio Tulio, fue impreso una especie de sello en las barras de aquellos metales, de donde la denominación de *aes signatum*, pero parece que ello valía solo para garantizar la composición de la aleación, lo que no excluía la necesidad de pesar el precio; por otra parte, los descubrimientos arqueológicos parecen demostrar que junto al *aes signatum* continúa utilizándose el *aes rude*. La verdadera moneda acuñada que se cuenta y que los romanos continuaron llamando *pecunia numerata* fue instituida, según parece, poco más tarde de la ley decenviral, y la de plata solo en el siglo III, a notable distancia la una de la otra. En consecuencia, los supuestos de compraventa no dineraria, antes mencionados, no interesan especialmente al derecho romano, pues desde muy antiguo el elemento de cambio fue dinero; la permuta aparece así como un negocio eventualmente adoptado por las partes pero con entidad propia.

Desde el momento en que estamos en presencia del cambio de una *merx* por un *pretium* puede decirse que ha tenido lugar un contrato de compraventa, según el sentido más socialmente común de esta palabra, pero esto no constituye aún un contrato que opere creando obligaciones. La idea de un contrato obligatorio pudo surgir solo cuando las exigencias del comercio impusieron, ya la

conversión en crédito del precio de una mercancía actualmente entregada, ya el anticipo del precio por una mercancía que debía ser más tarde consignada, ya el recíproco compromiso de suministrar una mercancía y pagar el precio. Esta configuración de la compraventa como un contrato consensual generador de obligaciones fue un notable logro del derecho romano, que consiguió así superar la concepción original de la compraventa como cambio de una *merx* por un *pretium*. No ocurrió lo mismo en otros derechos de la Antigüedad, tal es el caso particular de la compraventa en el mundo griego, cuyos caracteres esenciales descritos en el siglo IV a. C. por un filósofo discípulo de Aristóteles, Teofrasto, permanecieron inmutables posteriormente en el mundo helenístico, y en el proceso de unificación jurídica que siguió a la constitución de Caracalla del 212 d. C. terminaron por influir también en el derecho romano postclásico-justiniano. El principio aquí vigente es el que suele denominarse de la subrogación, esto es, existe compraventa solo cuando en el patrimonio del vendedor el precio se coloca en lugar de la *merx* y ésta ingresa en el del comprador, ocupando el lugar del precio; para establecer con certeza el momento del que se considera existente el negocio, el mundo griego da preferencia al acto de entrega del precio, de modo que la cosa es siempre recuperable mientras no haya sido satisfecho el precio. El acuerdo de voluntades respecto a la recíproca entrega de la cosa y precio permanece fuera de la fenomenología propiamente jurídica: una coacción indirecta se consigue solo mediante la entrega de una cantidad en función de garantía por el comprador, quien pierde si no paga el resto del precio y que el vendedor deberá restituir en el doble si incumple su promesa de venta. Pero en ningún caso surge una obligación de entregar el precio o la cosa comprada; para realizar una venta a crédito es preciso fingir que el vendedor presta al comprador una suma igual al precio que éste finge pagar; en este caso, en el supuesto de incumplimiento el vendedor actuará procesalmente, no como tal, sino como acreedor de un mutuo. Del mismo modo para adquirir una entrega futura, pagando anticipadamente el precio, se puede fingir un mutuo de dinero con obligación de restituir en géneros.

Partiendo de la misma concepción originaria de una compraventa en la que el vendedor y el comprador se intercambian simultáneamente las cosas y el precio, el derecho romano recorrió un camino muy distinto. Transportó ya en época bastante antigua la terminología de la *emptiovenditio* al orden de las obligaciones recíprocamente contraídas de pagar el precio y de transferir el pacífico goce de la *merx*, y, por consiguiente, consideró la doble transferencia de aquellos bienes como cumplimiento de aquellas obligaciones. La reconstrucción de las fases de la evolución que llevó a este resultado no es fácil, y solo puede darse una respuesta aproximativa.

III. Concepto y elementos

La compraventa de la época clásica puede definirse como “un contrato consensual y bilateral, en virtud del cual una de las partes se obliga a transmitir a la otra el pacífico goce de una *merx*, y la otra a transferir a la primera una suma de dinero, en el concepto de precio”. Esta definición contiene las indicaciones relativas a los elementos del contrato (consentimiento, *merx* y precio) y a la sumaria descripción de las obligaciones que surgen del contrato para una y otra parte. Veamos unos y otras.

III. 1. *El consentimiento*

a) La compraventa es enumerada por Gayo (3, 135) entre los supuestos en que *obligationes consensu contrahuntur*. Este consentimiento puede prestarse, entre presentes, por palabras o *publica percussum* señales, y entre ausentes *per epistulam aut per nuntium* o de otra forma. El contrato produce obligaciones desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo respecto al objeto vendido y al precio de la venta. Pero esta consensualidad podía quizá desfigurarse como consecuencia de la práctica, también existente en Roma, de que el comprador entregase al vendedor en el momento de la compra una cierta cantidad de dinero a título de arras. En el derecho griego, el régimen de las arras consistía en que, en caso de incumplimiento del convenio, el comprador que las había dado las perdía y el vendedor, que las recibía, debía restituirlas dobladas. Ningún vínculo obligatorio se derivaba, pues, del convenio garantizado por las arras, que tienen así función penal. Gayo se cuida, quizá por ello, de advertir (3, 139) que la *emptio venditio* se perfecciona por el consentimiento aunque no se haya entregado el precio ni las arras, y advierte que en Roma las arras no son, respecto al contrato de compraventa, sino una prueba (*argumentum*) del acuerdo definitivo de las partes. En consecuencia, en caso de incumplimiento, una u otra parte pueden exigir el cumplimiento total de la obligación; lo entregado en concepto de arra es un *quantum* que debe ser añadido o detraído, si se trata de dinero, o restituído al que ha cumplido su obligación, si se trata de cosa distinta de dinero.

El carácter puramente obligatorio de la compraventa hacía que la jurisprudencia distinguiera entre el contrato como generador de obligaciones y el acto (*mancipatio, in iure cessio, traditio*) traslativo de la propiedad o la posesión. La pérdida de la doctrina consensualista en la época postclásica determina una transformación esencial en el contrato de compraventa. En el siglo IV la compraventa no es ya presentada como un contrato obligatorio, sino como un

cambio de cosa por precio. Con esta corriente enlazan también las innovaciones de Justiniano en relación con la forma escrita del contrato de compraventa. En efecto, en derecho clásico el documento en el que podían contenerse los términos del contrato de compraventa tenía siempre carácter probatorio. Las partes podían convenir en redactar su acuerdo por escrito, pero tal forma no era necesaria para la perfección del contrato. El documento sería siempre probatorio, en el sentido de que no obligaba éste, sino el acuerdo en él contenido. Por el contrario, en una constitución del año 528 (C. 4. 21. 17, pr.), Justiniano dispone que para la perfección de los negocios de transmisión de bienes, cuando las partes hubieran acordado redactarlos por escrito, es necesario que se suscriba un documento redactado de puño y letra por las partes o, al menos, firmado por ellas y, si se trata de un documento notarial, la venta es perfecta cuando, después de haber firmado las partes y los testigos, el notario redacta la cláusula final en la que declara haberlo completado (*completio*) y consignado a las partes (*absolutio*). Con ello Justiniano retira todo valor a la práctica post-clásica de redactar documentos provisionales, que quedaban en suspenso hasta la redacción definitiva, pero que constituían y tenían el valor de una promesa de futura venta. Con ello Justiniano dio un gran paso adelante por el camino que lleva al documento dispositivo, en el que la escritura es necesaria *ad sollemnitate*m. Con todo, Justiniano deja a las partes en libertad para recoger la forma escrita en los términos establecidos en su constitución, o la puramente consensual. Si la escritura era, en cambio, convenida, las partes no quedaban vinculadas hasta que se hubiera redactado en debida forma un documento. Todo ello determina también un cambio en el régimen clásico de las arras si las partes habían convenido la forma escrita y se habían entregado arras. En caso de no verificarse el contrato en forma definitiva, aquellas arras tenían función penal, lo mismo que ocurría en el derecho griego. Pero también en caso de que no hubiera habido el convenio respecto a la forma escrita, las arras se presumían penitenciales, salvo acuerdo contrario de las partes de querer las confirmatorias. Así, las arras representan en el derecho justiniano un límite a la facultad de desdecirse en la palabra dada, siempre que se estuviera dispuesto a pasar por la penalidad que de ello se derivaba.

b) Por tratarse de un contrato consensual, tiene en la compraventa una particular relevancia la concordancia de las dos voluntades. Si esa concordancia falta se produce la figura del *dissensus*, y queda excluida la formación del contrato. Este *dissensus* puede referirse, ante todo, al error respecto a la identidad de la cosa objeto de la compraventa. Más complejo resulta el supuesto del error, *in materia* o *in substantia*. Ulpiano recoge la opinión de Marcelo, que considera válida la compraventa desde el momento en que ocurre el *consensus in corpus*, y se pronuncia él en contra, estimando que el error sobre la materia de que está hecha una cosa equivale al disenso respecto al objeto. Otros textos muestran

también oscilaciones y contradicciones de este tipo, y han determinado abundantes discusiones en la doctrina. Tal vez la opinión más probable es que, a pesar de la resistencia de Marcelo y otros juristas, hubiera prevalecido la opinión de Juliano, seguida por Ulpiano, de considerar nula la compraventa cuando había mediado error sobre las cualidades esenciales de la cosa. La progresiva ampliación de esta tendencia determinó una reacción de los bizantinos favorable a la opinión de Marcelo. El criterio restrictivo de los bizantinos se debe quizá al hecho de que mientras tanto se había generalizado la aplicación de la garantía por los vicios ocultos, y por la facilidad con que los bizantinos aplican la acción contractual (*actio empti*) para obtener la reparación del daño derivado al comprador por no corresponder el objeto a sus expectativas razonables.

III. 2. *La merx*

El objeto de la prestación del vendedor se designa en las fuentes con el término *merx*, más técnico que la expresión *res quaevenit* o simplemente *res*. En contraposición a la *res* objeto de la venta (*merx*) se llama *res venalis* a la simple oferta de una cosa como vendible. Función de *merx* puede tenerla cualquier cosa, o bien económico, susceptible de formar parte del patrimonio de una persona. Y no solo las cosas corporales, sino también las incorpóreas, es decir, cualquier derecho patrimonial que sea susceptible de pasar del patrimonio de una persona al de otra, o de poder constituirse por una en beneficio de la otra. Sin embargo, en la configuración del contrato de compraventa tuvo una importancia decisiva la estructura económica del cambio de una *merx* por un *pretium*, por lo que el régimen de la compraventa de las *res incorpóreas* no podía seguir siempre el originariamente configurado para las *res corporales*, objeto de la compraventa *strictu sensu*.

Las principales *res incorpóreas* que las fuentes admiten como objeto de compraventa: a) el *ius in agro vectigali*, el que en la época postclásica corresponde al *ius emphyteuticum*, y en derecho justiniano también al *ius superficiei*. En estos casos, el régimen de la compraventa es similar al de las cosas corporales; b) las fuentes hablan también de *venditio servitutis*, lo cual no implica que la servidumbre pueda transmitirse, sino que supone una obligación por parte del titular de un fundo de constituirla en favor del titular de un fundo vecino, a cambio del pago de un precio por parte de éste; c) del mismo modo, también un derecho de usufructo puede ser vendido en el sentido de que el propietario de una cosa se obligue a constituir en debida forma un usufructo en favor de otra persona, que paga un precio. Pero en materia de usufructo las exigencias prácticas han llevado a admitir la posibilidad de que el usufructuario pudiera vender el usufructo. Sin embargo, como el usufructo es

un derecho intransmisible, el comprador no se convierte en usufructuario, sino que adquiere su ejercicio. Frente al nudo propietario, el usufructo sigue perteneciendo al cedente, al que incumbe la responsabilidad por la eventual inobservancia de los límites que su ejercicio comporta; d) también pueden ser objeto de compraventa los créditos, o mejor, según la terminología romana las acciones que los protegen. Se trata también de derechos en principio intransmisibles. El medio más usual para efectuar la cesión es que el acreedor nombre como representante suyo (*cognitor o procurator*) en el eventual proceso, a la persona a la que quiere ceder el crédito (*procurator in rem suam*); y e) finalmente, puede ser objeto de compraventa una herencia que haya ingresado ya en el patrimonio del vendedor.

Una antigua regla que probablemente se remonta a la época en que se practicaba la venta al contado, y que entró a formar parte de los principios reguladores de la venta contractual, es que la venta no existe si no existe la cosa vendible (*nullavenditio sine re quaeveneat*). Esta regla no fue nunca abandonada, y en ella se apoya la jurisprudencia para declarar nulas las ventas que tienen por objeto no solo cosas que no han existido nunca, sino también cosas desaparecidas antes de que se hubiera perfeccionado el contrato, e incluso cuando el objeto de la compraventa se hubiera determinado solo por su pertenencia a una categoría abstracta (*genus*). Esta regla no impidió, sin embargo, que se reconociera validez a la venta de cosas futuras.

La venta de cosas futuras presenta dos modalidades, que la doctrina romanista denomina respectivamente *emptio rei speratae* y *emptio spei*. En la *venditio rei speratae* se hace depender la eficacia de la compraventa, tanto respecto a la validez como a la medida de las respectivas obligaciones, del evento de que la cosa llegue a existir y en la medida en que ello suceda. Si se vende, por ejemplo, el *partus ancillae*, la venta será eficaz solo si la gestación tiene efecto positivo. Si se vende una cosecha futura, el precio se fijará normalmente en relación a cada unidad de peso o de capacidad, y la venta será eficaz por tantas unidades como se hayan producido efectivamente. Puede hablarse en estos casos de una venta condicionada, pero la condición no es aquí un elemento accidental, sino esencial para la existencia del contrato.

La otra forma de disponer de cosas futuras por compraventa es la *emptio spei*. Aquí, el objeto de la venta no es propiamente la cosa futura sino las probabilidades de producción de la *merx* y del *quantum* de la misma. Ejemplos típicos son los de la pesca y caza, pero también pueden admitirse como válidos otros supuestos como la venta de créditos condicionales, y la venta del *servus fugitivus*, en el sentido de transmitir al comprador las posibilidades de recuperación.

La particularidad de la *venditio spei* de considerar debido el precio aunque el resultado no se haya producido, llevó a algunos autores, como Longo, a considerarla una anomalía en el régimen de la compraventa. Con todo, su

admisibilidad es indudable y, por otra parte, no se ve por qué repudiar esta figura. En ocasiones puede resultar dudoso individualizar una compraventa como *emptio rei speratae* o como *emptiospei*. Un caso de este tipo es planteado por Juliano (D. 18. 1. 39. 1). Precisamente basándose en este supuesto, los pandectistas consideraban una *questio voluntatis* la calificación de una venta de cosa futura como *emptio spei* o *emptio reis peratae*.

Tal vez debido a un residuo de la primitiva venta al contado que exigía la presencia de la *merx*, si no a la vista por lo menos en la mente del comprador, no se admitió en Roma la venta genérica que pudiera tener por objeto cosas definibles solo en relación con una cierta categoría o tipo. No parece posible en una palabra que para el derecho romano pueda ser *merx* de una compraventa un caballo, sin ulterior determinación, ni tampoco cien ánforas de vino. Es cierto que la afirmación de que el *genus* no sea susceptible de compraventa no se encuentra en las fuentes, pero resultaría extraño que, de haberse admitido, en ninguno de los centenares de textos relativos a la compraventa se mencionara un supuesto de este tipo. El principal texto que se cita en apoyo de la tesis afirmativa de este tipo de compraventa es un fragmento de Papiniano (3 resp., en FV. 16). Pero aquí no se hace referencia a la venta de un *genus*.

III. 3. El precio

El principal requisito del precio es, según la doctrina proculeyana que sustancialmente prevaleció, que consista en dinero contante, *pecunia numerata*. La doctrina de los sabinianos admitía cualquier cosa en función de precio, con lo que convertía la *permutatio* en un supuesto de *emptio-venditio*. La argumentación proculeyana, recogida por Paulo y Gayo, se basaba en la necesidad de distinguir al comprador y al vendedor, considerando que aquel se individualizaba justamente por su obligación de pagar un *pretium* consistente en *pecunia numerata*. Una solución intermedia fue admitida por parte de la doctrina: cuando, a pesar de no intervenir dinero, podían individualizarse las partes como comprador y vendedor, se estimaba existente el contrato de compraventa. Por tanto, si una cosa es puesta en venta, la eventual dación de otra cosa cualquiera en lugar del dinero contante no quita a la primera la calificación de *merx* ni a la segunda la de *pretium*. Con mayor motivo, se admite que a la obligación del comprador de pagar una suma de dinero pueda añadirse como parte integrante de su obligación la *datio* de otra cosa, o cualquier otro comportamiento; así, se admite que alguien pueda comprar por dinero un solar, con la obligación de transmitir al vendedor la mitad del edificio que construya allí.

El precio debe ser, además, determinado (*pretium autem certum esse debet*,

Gayo 3, 140). Este requisito fue objeto de alguna atenuación: a) ante todo, es posible una determinación *per relationem*, es decir, con referencia a una circunstancia objetivamente cierta, aunque actualmente ignorada por las partes (al precio de la cosa en el mercado); b) otra posibilidad reconocida por las fuentes es que a una determinada cantidad de dinero se añada un sobreprecio (por ejemplo, se conviene entre un comprador y un vendedor un precio por una cosa y, además, que el comprador venda a su vez la cosa, teniendo que entregar la mitad del sobreprecio al vendedor y la otra mitad quedándose con ella; y c) otra hipótesis, planteada por Gayo, es la del precio determinado a través del encargo dado por las partes a un tercero. Por el contrario, el mismo Gayo afirma la imposibilidad de remitir la determinación del precio a una de las partes.

En la doctrina pandectística ha estado de moda durante largo tiempo la máxima de que el precio, además de *certum* debía ser *verum* y *iustum* esta máxima es negada por la doctrina moderna. Las investigaciones de Albertario demostraron que, al menos en la mayor parte de los lugares en que aparece, el inciso *iusto pretio* es un añadido postclásico, reflejo de la legislación sobre la materia. No se excluye que el término *iustum pretium* hubiera sido usado por los clásicos, por ejemplo, en relación con el *iusiurandum in litem*, pero no en relación con la correspondencia del precio al valor venal de las cosas, y ello ni en el derecho clásico ni en el justiniano, pese a las diferencias que al respecto existen entre ambos. La tendencia de la jurisprudencia clásica es dejar el precio a la libre decisión de las partes, con arreglo al juego de la oferta y la demanda. Por el contrario, en el derecho justiniano existe en el Código todo un título de *rescindendaemptio* (4, 44), en el que se regula la facultad de pretender la rescisión de una venta inmobiliaria cuando, independientemente de todo dolo o error, el inmueble ha sido pagado en menos de la mitad del justo precio. Las constituciones en las que se regula esta institución llevan nombres de emperadores a partir de Diocleciano. Sin embargo, ni siquiera en el derecho justiniano puede afirmarse la exigencia de que el precio sea *iustum*. Ante todo, porque si existiera un requisito de este género, debería funcionar no solo en interés del vendedor, sino también en el del comprador, en caso de un precio desmesuradamente elevado; además, en el mismo derecho del Código el perjuicio del vendedor es tomado en consideración solo si el objeto de la venta fue un inmueble, y si fue pagado un precio inferior, no al justo, sino a la mitad del justo. Finalmente, la venta no es, en definitiva, nula, sino que crea solo en favor del vendedor la facultad de pedir la rescisión. Esta facultad se funda en la *laesio enormis*, esto es, en un empobrecimiento mayor de aquel que normalmente puede esperarse de una venta no suficientemente meditada. Al mismo tiempo, esta facultad se inspira en el ejemplo de las clásicas *restitutiones in integrum*, como se ve por los ejemplos citados por las constituciones, tales como

menor edad, violencia, dolo. Por otra parte, tiene un fundamento político que es el proteger a quien se ve obligado por necesidad a vender a cualquier precio. La *in integrum restitutio* es sustituida en derecho justinianeo por una verdadera acción. La doctrina posterior ha oscilado entre la consideración de la *laesio enormis* en sentido objetivo, como un excesivo desequilibrio entre los dos patrimonios, y en sentido subjetivo, que la coloca junto a los vicios de la voluntad.

IV. Obligaciones del vendedor y del comprador

El vendedor asume en la compraventa la obligación de transmitir al comprador la posesión de una *merx*. Hasta tal punto es así que si (D. 12. 4. 16) *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum... dares*, no existe compraventa, porque fue asumida expresamente una obligación de *dare*, esto es, de transmitir la propiedad. Pero la compraventa no impide tampoco que la propiedad se adquiera. La incapacidad del contrato de compraventa para fundar una obligación de transmitir la propiedad no tiene un fundamento económico, sino que se trata de una imposibilidad técnica.

El contenido de la obligación del vendedor es definido por Paulo (D. 19. 4. 1, pr.), diciendo: “*venditorisufficit, obevictionem se obligare, possessionemtradere etpurgari dolo malo*”. El primer aspecto de este triple contenido (*obevictionem se obligare*) será tratado más adelante. Basta decir aquí que ello consiste en que el vendedor debe asumir frente al comprador una de aquellas *verborumobligationes* en virtud de las cuales quedará obligado a indemnizarlo en la medida estipulada, en caso de reivindicación total o parcial de la cosa por un tercero. La necesidad de acudir en estos casos a la estipulación prueba que el vendedor no estaba obligado a transmitir la propiedad, pues, en tal caso, el comprador desposeído podría ejercitar la acción contractual (*actioempti*) por incumplimiento.

Es preciso, pues, detenerse en el examen de la expresión *possessionemtradere*. En ello estriba, justamente, la principal obligación del vendedor, quien no está obligado, en virtud del contrato, a realizar los actos correspondientes para convertir al comprador en propietario. Sin embargo, pueden convenir las partes, y ello se haría así normalmente, que tratándose de *res mancipi* se haga la *mancipatio*. La razón de este régimen es que el negocio *iuris gentium* de compraventa ha nacido en las relaciones entre romanos y extranjeros, e incluso cuando fue admitido para comprar y vender entre romanos permaneció accesible a personas de cualquier nacionalidad. Por otra parte, cuando en el curso de los siglos III y II a. C. los ciudadanos romanos se dedicaron a la actividad comercial en todo el mundo mediterráneo, la *traditio* debió de considerarse en tal ambiente el modo normal de ejecución. El carácter internacional de este contrato, usado por quienes carecían incluso del *iuscommercii*, llevaba a considerar la

traditio el modo normal de ejecución del mismo, y ello dio lugar a la ampliación del campo de aplicación de la propiedad pretoria en los últimos siglos de la República. Es incluso probable que cuando se hubiera convenido celebrar la *mancipatio* o *in iure cessio*, el contrato de compraventa no se entendiera cumplido, sino convertido en ese negocio. Una vez desaparecidas la *mancipatio* y la *in iure cessio*, en el derecho justinianeo la *traditio* se convierte en el modo específico de cumplir su obligación el vendedor, pero el *tradere* justinianeo no coincide ya con el clásico. En especial para la transmisión de inmuebles, se exigen determinadas formalidades que configuran la denominada *traditio sollemnis* como un verdadero acto de transmisión de la propiedad. En el derecho justinianeo, más que de *possessionem tradere* debe hablarse de *rem tradere*.

Las obligaciones del comprador se reducen a pagar el precio convenido, juntamente con los intereses, según la doctrina dominante, por el retraso eventualmente fijado para el pago. El precio comienza a devengar intereses desde el día fijado o, si no se fijó, desde la *traditio* de la *merx*. En concepto de carga, más que de obligación, puede imponerse al comprador cierta colaboración en la *traditio*, por ejemplo, debiendo acudir a recoger la *merx*. Finalmente, viene obligado el comprador a resarcir los gastos sostenidos por el vendedor para la conservación de la cosa en caso de retrasarse en su retirada.

V. Las acciones contractuales

La bilateralidad del contrato de compraventa que se concreta en las recíprocas obligaciones entre las partes, encuentra su expresión típica en las acciones que respectivamente competen al comprador y al vendedor, y que toman su nombre de la función que cada una de ellas cumple en el contrato: *actio empti* y *actio venditi*, también llamadas *ex empto* y *ex vendito*.

El punto esencial de ambas fórmulas es la expresión *ex fide bona*, que permite al demandado alegar excepciones *apud iudicem* y hace posible un amplio juego del *officium iudicis*.

El carácter *ex fide bona* de las acciones de la compraventa permite también que tales acciones puedan ejercitarse, no solo por el incumplimiento de una de las partes en relación con las obligaciones nacidas del contrato, sino también por el comportamiento malicioso de una de ellas, especialmente el vendedor, en el momento del acuerdo, ocultando los vicios de la cosa o haciéndola aparecer, fraudulentamente, dotada de cualidades de las que carecía. Esta regla ha encontrado algunos contradictores que se han fundado en un texto de Ulpiano (D. 4. 3. 37) para sostener que, al menos a principios de la época clásica, no era aún reconocida la posibilidad de ejercitar en tales casos la acción contractual, sino que se recurriría a la *actio de dolo*, pero se trata de un texto alterado, en el

que se diría, por el contrario, que competía *non actio de dolo, sed ex emptoactio*, como se dice en otros textos. Las declaraciones dolosas a que aquí se hace referencia no son aquellas informales que todo vendedor hace respecto a su mercancía, sino lo *dictum et promissum*, que lo vincula.

Se plantean a continuación diversos problemas. Así ¿puede ser eficaz un contrato de compraventa a favor de una sola de las partes, produciendo obligaciones solo a cargo de otra? Frente a una circunstancia que exonera una de las partes de su obligación, ¿puede quedar obligada la otra? ¿Hasta qué punto el juez nombrado para entender en el conflicto suscitado por la acción de una de las partes puede tener en cuenta las obligaciones del actor respecto al demandado? En la respuesta a estas cuestiones puede hablarse de una tendencia, pero no de un criterio absoluto. No parece exacto, en este sentido, el pensamiento de Partsch de estimar existente en esta materia una oposición radical entre el pensamiento de los clásicos y el de la época postclásica-justiniana. Por lo que al derecho clásico se refiere, el demandado puede oponer *apud iudicem* frente al demandante todas las pretensiones que tenga frente a él derivadas del contrato. A esta independencia de las obligaciones se opone el límite de que, como la fórmula no da al juez otra facultad que la de condenar o absolver al demandado, no es concebible una reducción que, por dar un resto inferior a cero, conduzca a la condena del actor. Por tanto, si el demandado en la *actio empti* tiene razones para considerar superior su crédito, debe *in iure* intentar la *actio venditi*, solicitando que ambas fórmulas sean resueltas por el mismo juez, a menos que se reserve la facultad de entablar su acción posteriormente. La situación es distinta en el derecho justiniano. Aparte de la facilidad de que en cualquier caso ofrecía un procedimiento más libre, el principio de que las recíprocas pretensiones de ambas partes debieran entenderse *in iudicium deductae* aunque una sola de ellas hubiera tomado la iniciativa de la acción, es sancionada por Justiniano en una constitución del año 529 (C. 7. 45. 14). En virtud de este principio, el actor puede resultar condenado si el importe de lo que debía al demandado era superior a lo que él podía reclamar, y ello sin necesidad de que el demandado ejercitara a su vez su acción. Pero frente a este principio existen también limitaciones a la interdependencia en el derecho justiniano, por lo que puede decirse que nunca se llegó a la plena formulación de un principio de interdependencia. Ésta existe solo en el sentido de que, siendo las obligaciones asumidas por cada parte causa de las asumidas por la otra, siendo las acciones en cuestión *iudicia bonae fidei*, debía aparecer natural la tendencia a valorar conjuntamente la posición de ambas partes, pero esta tendencia debió conciliarse con exigencias propias del sistema procesal y otras de índole económica o equitativa.

El problema de los límites de la responsabilidad contractual se plantea de forma unilateral, es decir, por lo que se refiere al incumplimiento del vendedor.

Se puede decir, en efecto, en líneas generales, que este problema surge cuando habiéndose hecho imposible el cumplimiento o pudiendo realizarse ya solo en forma menos satisfactoria, se trata de ver si tal imposibilidad o desvalorización de la prestación es imputable o no al vendedor. Como el comprador está obligado al pago del precio, esto es, de una suma de dinero, un resultado de ese tipo no podía nunca producirse, mientras que respecto a la *merx* puede ocurrir tanto el perecimiento como el deterioro más o menos grave.

El criterio normal según el cual se juzga de la responsabilidad en los contratos de buena fe es del dolo. El dolo, sin embargo, es interpretado en estos casos en forma amplia, pues se parte del principio de que el vendedor está obligado a actuar con diligencia en el cumplimiento de la obligación contraída, por lo que, faltando a ello, incurre en dolo. De acuerdo con este criterio, llega a declarar la jurisprudencia responsable al vendedor frente al comprador cuando no hubiese actuado en la salvaguardia de la *merx* con la diligencia de un buen padre de familia. Además, es muy probable que el vendedor respondiera también por custodia, pero se trata de un punto oscuro. La dificultad para admitir este criterio de responsabilidad se basa en dos circunstancias: primero, que esta forma de responsabilidad objetiva no es admitida por los justinianos, que siguen más bien el criterio de la diligencia; segundo, que al menos en la época postclásica-justiniana, pero quizá ya entre los antiguos, la palabra custodia era usada en ocasiones en sentido no técnico. Con todo, de algunos textos parece deducirse esa posible responsabilidad, que se plantea especialmente en caso de hurto. Para designar esta responsabilidad objetiva se usa a veces el término *periculum*, pero esta palabra alude más bien en el lenguaje de los clásicos al riesgo en los casos de fuerza mayor. La regla vigente en tales supuestos era la de *periculum est emptoris*. Este principio implica que si perece la *merx* por fuerza mayor incluso antes de que el vendedor lo haya consignado al comprador, no solo éste no puede pretender nada, sino que queda obligado a pagar el precio. La doctrina moderna, posterior al siglo XVI, ha considerado en ocasiones esta regla como inicua. La escuela del derecho natural, en los siglos XVII y XVIII, atacó ese principio por considerarlo en pugna con los principios del derecho romano. Y fue por influencia de esta escuela como, primero el *Landrecht* prusiano codificado el año 1794, y después el Código Civil germánico de 1896, abandonaron la regla romana y adoptaron el criterio de que, en principio, el riesgo pasa al comprador solo después de la tradición. No puede decirse tampoco que se siga el principio romano en las legislaciones inspiradas en el Código Napoleón (1804). En efecto, es verdad que en el sistema de este Código el riesgo se transfiere, en principio, al comprador desde el momento del contrato, pero ello es solo un corolario del principio por el cual el consentimiento transfiere la propiedad al comprador. El régimen romano está plenamente reproducido en el Código Civil suizo de

las obligaciones: del contrato surgen solo obligaciones, pero el riesgo pasa al comprador desde el momento del contrato.

En compensación al *periculum est emptoris*, se aplica al comprador la regla de que *cuius commoda eius et incommoda*, esto es, que con el traspaso del riesgo pasan también al comprador todas las eventualidades favorables que pueda experimentar la cosa. Algunas tentativas de justificar la regla romana son especialmente interesantes en la doctrina por el influjo que ejercieron en la legislación. Así, Pothier (1699-1772) la justifica observando que la causa de la obligación del comprador no se apoya en la entrega de la *merx*, sino en la obligación que al respecto asume el vendedor. Al seguir las obligaciones de las partes sus vicisitudes, el hecho de que una no pueda cumplirse por caso fortuito no impide que permanezca la otra. En el Código Civil suizo tuvieron gran influjo las concepciones de la “Pandectística” alemana, especialmente expuestas por Windscheid, quien observa que aunque la enajenación no coincida con la convención, ello no quita que la compraventa sea un contrato de enajenación, y, por tanto, todo está preordenado de forma que la convención produzca lo más posible los efectos de la alienación.

Estas y otras hipótesis no permiten tal vez una explicación convincente del principio romano, pero contribuyen a quitarle el señuelo de iniquidad que otros le atribuyen. En este sentido, hay que añadir todavía: a) que la regla se aplica en caso de que la *merx* esté en situación de poder ser consignada por el vendedor o retirada por el comprador; b) que no tiene lugar si el vendedor, a su vez, está en mora respecto a la consignación; y c) que el riesgo por hurto pesa sobre el vendedor en virtud de la responsabilidad por custodia. La regla, por lo demás, es también explicable teniendo en cuenta los orígenes del contrato de compraventa. En efecto, la primitiva venta mancipatoria suponía la transferencia inmediata de la propiedad, por lo que era natural que pasaran *commoda et incommoda*. La primitiva doble estipulación para celebrar el negocio de compraventa implicaba, por otra parte, una independencia recíproca de las obligaciones como consecuencia de su unilateralidad. Todo ello puede explicar la permanencia de la obligación de pagar el precio aunque la *merx* que debía consignarse hubiese desaparecido por fuerza mayor, en el contrato consensual de compraventa.

Interesa ahora examinar hasta qué punto este principio pudo ser obra de los justinianos, y en qué medida puede atribuirse a los clásicos. Ante todo es necesario tener en cuenta que pertenece a la época postclásica, y especialmente a los compiladores, el propósito de hacer del problema del riesgo uno de los pilares de la doctrina de la compraventa, para lo que construyeron la doctrina de la *emptio perfecta*. A pesar de la utilización y desarrollo justiniano de la regla *periculum est emptoris*, su carácter es indudable, y son muchos los textos que lo apoyan. Quizá presente particular interés FV. 16, en donde Papiniano

muestra que, tratándose de cosas genéricas, el riesgo sobrevive para el comprador una vez que ha sido separada la *merx* (por ejemplo, *degustatio*, en el vino) aunque dicho riesgo sobrevenga dentro del plazo concedido para pagar el precio o se pueda mientras tanto presentar un mejor postor por el contrario, ante de la separación de la *merx* (*corpore non demonstrato*), no corre aún riesgo el comprador.

VI. La evicción

En la concepción jurídica actual la garantía por o contra la evicción se presenta, lo mismo que la de los vicios ocultos, como un elemento natural de la compraventa. La garantía por evicción, dice Girard, es como una prolongación de la obligación de consignar la cosa: como consecuencia del deber de hacer la consignación, el vendedor debe responder en el caso de que con posterioridad a ella un tercero reivindique victoriosamente la cosa. Cuando se dice en derecho romano que el vendedor debe transmitir al comprador la pacífica posesión de la *merx*, estamos sustancialmente ante una perspectiva idéntica. Es decir, se comprende en el concepto de pacífica posesión tanto la consignación como el ser responsable el vendedor de que el comprador continúe gozando de la cosa, y el indemnizarle en caso de que un tercero pueda judicialmente privarle de ella total o parcialmente cualitativa o cuantitativamente. Esto corresponde, sin embargo, a la última fase de una evolución al principio de la cual la garantía por evicción era objeto de una obligación separada, cuya fuente era o la *mancipatio* o una forma estipulatoria. La evolución jurisprudencial hizo que la garantía por evicción fuera primero una obligación que nacía del contrato consensual y después como un efecto inmediato del contrato consensual.

Entre las normas conocidas de las XII Tablas existe una que dice: “*Usus auctoritas fundi bienniumest, ceterarum rerum omnium annus est usus*”: *usus* se refiere a lo que más tarde se llamó *possessio ad usucapionem*; *auctoritas* implica una autorización, una asistencia, en fin, una intervención que da fuerza y validez al acto que de otro modo no producirían efecto alguno, así, la *auctoritas tutoris* da valor a la declaración de voluntad del pupilo o de la mujer; la *auctoritas patri* convalida la voluntad patrimonial del hijo; la *auctoritas patrum* convalida las leyes votadas en los comicios en relación con la transmisión de la propiedad, la *auctoritas* es una asistencia procesal que implica una garantía porque ha sido anteriormente asumida; *auctor* es así un término con el que se designa al vendedor. La obligación de asistencia del *auctor* cesaba transcurrido el plazo legal para la usucapión y de aquí que la Ley de las XII Tablas tratase juntamente de la *auctoritas* y de la *usucapio*, que daba al comprador un título válido *adversus omnes*.

No parece ofrecer duda que la obligación de la *auctoritas* nacía, ante todo, de la *mancipatio* e implicaba un doble objeto: a) asistencia judicial en caso de que un tercero reivindicase la cosa; b) en caso de negativa o de asistencia ineficaz, pago del doble del precio, para cuya reclamación disponía el comprador de una acción a la que la ciencia moderna da el nombre de *actio auctoritatis*. Parece también seguro que este régimen se aplicaba también a la evicción parcial, igualmente a la reivindicación de derechos sobre la cosa, como las servidumbres y el usufructo. En estos casos, la penalidad impuesta al vendedor se reduciría al doble de la parte del precio proporcional a la cuota que el comprador perdía, o de la disminución que el precio del fundo debía experimentar por la declaración de la existencia del reclamado *ius in re aliena*. El régimen de la *auctoritas*, derivada de la *mancipatio*, parece pertenecer ya a la época de las XII Tablas, y se encuentra plenamente desarrollado en el siglo I a. C. De esta institución se ocupaba aún Paulo (fines del siglo II y principios del siglo III d. C.) y el hecho de que se conserve esa referencia en las *Pauli Sententiae* puede hacer pensar que en el siglo IV d. C., se consideraba aún vigente aquella institución. El Digesto no permite determinar el alcance de esta institución en la jurisprudencia clásica, pues en el derecho justinianeo no existe ya la *auctoritas*. En algunos fragmentos jurisprudenciales han creído reconocerse referencias a la *auctoritas* y Lenel piensa que en el edicto debían contenerse dos recursos relativos a la evicción: *actio auctoritatis* y *satisdatio secundum Mancipium*. En cualquier caso, no cabe duda de que el paso del régimen de la *auctoritas* al de las estipulaciones de garantía tratándose de *res Mancipi* se operó a través de la *satisdatio secundum Mancipium*.

Es muy probable que desde antiguo la obligación de prestar la *auctoritas* derivada de la *mancipatio* se afianzara a través de una forma estipulatoria con la intervención de un garante. Pero como la obligación de un *sponsor* o de un *fideipromissor* no puede contraerse sin una previa *verborum obligatio*, era necesario que la obligación nacida de la *mancipatio* se asumiera por el mismo vendedor en forma estipulatoria. Natural resultado de todo ello fue que usara acudir a la estipulación aunque no mediaran garantes (*repromissio secundum Mancipium*). Los textos de los que disponemos referentes a la *satisdatio secundum Mancipium* son muy pocos. Uno de ellos es una carta de Cicerón ad Atticum (5, 1), pero el más importante es la *Formula Baetica*, referente a una *fiducia cum creditore*. Con todo, en la época clásica avanzada este tipo de estipulación no parece existir ya. El régimen de la responsabilidad por evicción se regulaba ya por la práctica de la *stipulatio duplae*, añadida a la *mancipatio* a título de compraventa.

La forma estipulatoria era imprescindible para garantizar la evicción de las *res nec Mancipi*. En varios lugares de la *Res rusticae* de Varrón se hace referencia a la práctica de una estipulación en virtud de la cual el vendedor debía garantizar al comprador la pacífica posesión de la *merx*: *habere recte licere*. Completando

estos datos con los que se deducen del Digesto puede determinarse el ámbito, el contenido y los efectos de la denominada *stipulatio habere licere*. Parece, ante todo, que esta estipulación no se aplicó más que a la *res necmancipi*. En cuanto al contenido, *habere* indica el goce efectivo de cosa y *licere* la inmunidad de este goce de reclamaciones procesales. Si éstas se producen, y el comprador pierde la cosa o debe pagar su *aestimatio*, puede el comprador exigir el cumplimiento de la promesa estipulatoria. Ahora bien, mientras que los textos de Varrón muestran que la *stipulatio habere licere* garantizaba al comprador frente a todas las reclamaciones sobre la *merx*, un texto de Ulpiano (D. 45. 1. 38, pr.) dice que el vendedor exclusivamente responde de que ni él ni sus descendientes realizarán reclamaciones sobre la *merx*. Esto se encuentra en contraste con la evicción en la mancipación de *resmancipi* a través del sucesivo régimen de la *auctoritas*, la *satisfatio secundum Mancipium* y la *stipulatio duplae*, pero no parece posible negar la clasicidad del texto de Ulpiano. Para explicar ese contraste, Kaser atribuía a la jurisprudencia clásica una concepción más restrictiva que la vigente entre los *veteres*, debido a que en la época clásica se había acogido la idea de que la *actio empti* servía para garantizar la evicción, aún faltando estipulaciones por lo que la *stipulatio habere licere* era un plus añadido por las partes. Éste habría sido el sentido del texto de Ulpiano en el que, comentando a Sabino, se declaraba contrario a él, que atribuía función general de garantía a la *stipulatio habere licere*, pues en su época no había aún otra forma de asegurar la indemnización al comprador *evictus* de una *res necmancipi*.

El medio estipulatorio más difundido y más conocido para defender al comprador contra la evicción es la denominada *stipulatio duplae*. La opinión más probable es que este recurso fue el último en aparecer y su fórmula se concibió aprovechando las experiencias suministradas por los recursos anteriores. Fijando una indemnización en principio equivalente al doble del precio se adopta el régimen de la *auctoritas*; en la posibilidad de hacer intervenir junto al vendedor a un garante se conserva el régimen de la *satisfatio secundum Mancipium*; fijando como criterio para el reconocimiento de la evicción la pérdida del *habere licere* se limita la estipulación de este nombre; definiendo la reclamación victoriosa con el verbo *evincere* se sanciona una terminología que ha trascendido los límites de vigencia práctica del derecho romano.

La *stipulatio duplae* es una *stipulatio poenae* en la forma más pura. Se promete, en efecto, pagar una suma de dinero en caso de que se produzca el hecho de la evicción. El edicto de los ediles curules contenía la fórmula de esta *stipulatio* tal como se practica en la compraventa de esclavos. Se trataba de una fórmula compuesta, en la que la cláusula de evicción aparecía combinada con la relativa a los vicios ocultos. Este tipo de *stipulatio duplae (pecuniae)* aparece en documentos de aplicación del derecho, tanto con ocasión de ventas de esclavos como de animales comprendidos en la categoría de la *res necmancipi*.

Los documentos de aplicación del derecho muestran también el uso de la *stipulatio duplae* en forma simple, esto es, sin la cláusula relativa a los vicios ocultos, en casos de compraventa de casas y fundos, y esta misma forma debía de ser la usual en los supuestos de compraventa de *res Mancipi*. Ya desde antiguo, las partes podían convenir la sustitución de la *stipulatio duplae* por una *stipulatio simplae*, esto es, calculando la pena con relación al precio, única variante que, por lo demás, presentaba su régimen.

Progresivamente la jurisprudencia fue afirmando el principio de que, en virtud de la *fides*, del mismo acuerdo contractual se derivaba para el comprador el derecho a ser garantizado. La evolución atravesó dos fases distintas. El primer paso fue reconocer que del acuerdo de voluntad nacía para el vendedor, junto a la obligación de entregar la *merx*, la de prestar la garantía por evicción en forma estipulatoria. A esto debió de seguir poco después la posibilidad de que la misma *actio empti* sirviera para obtener la indemnización por evicción cuando no se hubiera garantizado la misma en forma estipulatoria.

Aunque la responsabilidad por evicción sea un elemento natural del contrato de compraventa, puede excluirse por acuerdo de las partes: el *pactum de non praestanda evictione* libera de responsabilidad por evicción al vendedor frente al posible ejercicio de la *actio empti* con tal propósito por parte del comprador.

A pesar de la admisión de la *actio empti* con fines de garantía, persistió en la práctica el sistema estipulatorio, que continuó usándose en la época postclásica hasta Justiniano. Incluso se aprecia en la práctica postclásica la tendencia, dudosamente clásica, de agravar con promesas estipulatorias la responsabilidad del vendedor. En contra de ello reacciona Justiniano estableciendo el principio de que la indemnización no puede superar el doble del valor originario de la *merx*, sistema que supone un eco lejano del régimen clásico.

VII. Garantía por vicios ocultos

Los ediles tenían a su cargo particularmente la *cura annonae* y la *cura urbis*, por lo que les incumbía la vigilancia de los mercados. En ejercicio de su *ius edicendi* regularon determinados aspectos de la contratación, dando lugar a la formación de un sector del *ius honorarium* con un edicto anual que con el tiempo se convirtió en traslaticio y Juliano lo sistematizó junto con el del pretor.

El edicto de los ediles contempló exclusivamente la compraventa de esclavos y de animales. El edicto de *mancipiisemundisvendundis* (D. 21. 1. 1. 1 y 38, pr.) obliga al vendedor de esclavos a declarar los vicios, entendiéndose por tales aquellos de carácter permanente, anteriores a la compraventa y que eliminaban o reducían sensiblemente la utilidad de la *merx*. Tales vicios son solo los *vitia corporis*; de los *vitia animi* solo se refiere el edicto al supuesto de que el *servus*

sea tendencialmente *fugitivus* y a que hubiera cometido delitos que lo someten a responsabilidad noxal. El término *vitium* comprende todos estos supuestos y presupone que sea oculto.

Una primera forma de garantía por los vicios de la *merx* era la estipulación. El edicto de los ediles contenía, en efecto, la fórmula de la *stipulatio duplae*, que el vendedor estaba obligado a prestar para garantizar la evicción y la ausencia de vicios en el esclavo. Si esta estipulación no se había celebrado, el comprador quedaría sin protección, pues la *actio empti* no podía ejercitarse ante los ediles. Con ese fin, esto es, como sanción de la obligación de *cavere* se dispuso en el edicto una *actio redhibitoria* ejercitable dentro del plazo de dos meses. Si el comprador no hizo uso de este recurso podía aún ejercitar durante seis meses otra acción redhibitoria, si se descubría el vicio. Esta acción podía concurrir electivamente con la *actio ex stipulatu* si el vendedor había prestado la *stipulatio duplae*, que, después de los seis meses, quedaría como el único recurso posible.

En un sistema como el romano que ignora incluso la regla de la resolución de los contratos por incumplimiento, la introducción de la acción redhibitoria suponía una innovación audaz, lo que explica el breve plazo durante el que podía ser intentada. El plazo de esta acción no se refiere a seis meses continuos, sino útiles, es decir, que comienzan a transcurrir desde el momento en que el comprador tuvo posibilidad de ejercitar la acción: *in sex mensibus, quibus de ea re experiundi potestas fuerit*. En consecuencia, no se computa el tiempo que el comprador estuvo *absens rei publicae causa*, o el de la ausencia del vendedor de su *domicilium*. Es, pues, un equívoco entender que los seis meses transcurren desde el descubrimiento de los vicios. Una particular atención dedicaron los ediles a determinar la forma en que, según la variedad de los acuerdos, debía practicarse la *redhibitio* del esclavo y la restitución del precio: el comprador deberá pagar el equivalente de los daños que él o sus subordinados causaron al esclavo y restituir las adquisiciones derivadas de su actividad, así como también los frutos percibidos mediante su arrendamiento.

Junto a la cláusula del edicto relativa a los esclavos, contenía otra cláusula referente a los animales, si bien más breve en los puntos en que era posible una aplicación analógica del régimen relativo a los esclavos. Esta segunda cláusula contenía dos acciones: una *redhibitoria* y una *actio quanti minoris* o *quo minoris cum venirent fuerint*, ejercitable dentro del año. Esta última acción responde a la finalidad de que el comprador puede tener interés en ocasiones en conservar el animal a pesar del vicio descubierto, exigiendo solo la restitución de una parte del precio, lo que puede ser también preferible para el vendedor.

El régimen de las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* fue extendido por los justinianos a cualquier *merx*, de lo que se derivó que la consignación de la misma exenta de vicios se convirtiera en una obligación nacida del mismo contrato, que podía ser exigida por la misma *actio empti*. Con ello, las estipulaciones de

exclusión de vicios no son ya necesarias para fundar la obligación de garantía, pues la *actio empti* es aplicable no solo si el vendedor silenció dolosamente los vicios de la *merx*, sino también si se comportó de buena fe: la *actio empti* es ejercitable tanto contra el vendedor *ignorans* como contra el *sciens*, salvo que en el primer caso deberá devolver al comprador solo la diferencia entre el precio pagado y el que habría ofrecido si hubiera conocido los vicios, mientras que en el segundo estará obligado por *omnia detrimenta*. El concurso entre la *actio redhibitoria* y la *actio empti*, dentro de los seis meses a partir del descubrimiento del vicio, se transforma en el derecho justiniano en la facultad de elegir el comprador la finalidad de rescindir la venta o reclamar el *id quod interest*.

VIII. Pactos añadidos a la compraventa

Estas cláusulas, añadidas a la compraventa, suelen distinguirse según que sean establecidas en favor del vendedor o del comprador.

El único pacto reconocido en las fuentes en favor del comprador es el *pactum displicentiae*, en virtud del cual corresponde a aquel la facultad de rescindir el contrato si la cosa no resultara de su agrado. Un ejemplo de formulación de este pacto puede ser: “*Si Stichus infra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptussestertiiis*” (I. J. 3. 23. 4). En relación con la venta de esclavos, los ediles habían dado al comprador, contra el vendedor, mediando tal pacto, una *actio redhibitoria* dentro de los dos meses, si no se convino otra cosa por las partes. En favor del vendedor existen las siguientes:

a) *In diem addictio*: es una cláusula en virtud de la cual el vendedor puede rescindir el contrato si, dentro de un determinado plazo, encuentra una oferta mejor. La mejor oferta no se identifica, en efecto, necesariamente con un precio más elevado. Se puede reconocer una mejor oferta también si el nuevo comprador se compromete a pagar en un plazo más breve, o en un lugar más oportuno, o exigiendo menos garantía contra la evicción. La mejor oferta no hace decaer la venta *ipso iure*, sino que es preciso que el vendedor la acepte, lo que no puede hacer sin previa notificación al primer comprador, quien tiene la facultad de aceptar con prioridad el importe de la oferta del segundo comprador.

b) *Lex Commissoria*: es una cláusula en virtud de la cual el vendedor puede, si dentro de un cierto tiempo no es pagado el precio, considerar el contrato como no celebrado.

Respecto a la construcción dogmática de estas “reservas de resolución”, la doctrina moderna reconoce un movimiento de ideas a través de las cuales se pasó de una concepción de aquellas como condiciones suspensivas a su configuración como condiciones resolutorias. La doctrina según la cual la determinación del

carácter suspensivo o resolutorio de la condición depende de la voluntad de las partes parece postclásica.

La consideración de los pactos a que se ha aludido como condiciones suspensivas o resolutorias implica una serie de consecuencias prácticas de índole diversa, según sea una u otra la concepción que se adopte. El comprador bajo condición suspensiva, aunque por concesión del vendedor obtenga la posesión de la cosa, no la posee *ad usucapionem*, no hace suyos los frutos, no aporta los riesgos de la cosa comprada. Por el contrario, el comprador bajo condición resolutoria, desde el momento en que entra en posesión, comienza a usucapir por el título *pro emptore*, hace suyos los frutos y, según la regla del *periculum rei venditae*, está obligado a pagar el precio si la cosa perece antes de que el vendedor rescinda el contrato.

Bibliografía

Ankum, H. (1984). “Das Ziel der “actioempti” nachEviktion”. En *Sodalitas Guarino*. Nápoles: Jovene, 7, p. 3215 y ss.

Arangio Ruiz, V. (1954). *La compravendita in diritto romano*. Nápoles: Jovene, 2 vols.

Baldus, Ch. (1999). “Una actioneexperiridebet? Zur Klagenkonkurrenzbei Sachmängelnimrömischen Kaufrecht”. En *Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies*, 5, p. 20 y ss.

Bauer, M. (1998). “Periculumemtoris. Einedogmengeschichtliche Untersuchungzur GefahrtragungbeimKauf”. En *Revue Trimestrelle de Droit Civil et Etranger*. Berlín: Springer, 62, p. 260 y ss.

Calonge, A. (1963). *La compraventa de cosa futura*. Salamanca: Publicaciones de la Universidad de Salamanca.

Canelli, C. (1963). *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*. Milán: Cisalpina.

D' Ors, A. (1945). “In diem addictio”. En *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, 19, p. 193 y ss.

Donadío, N. (2004). *La tutela del compratore tra acciones aediliciae e actio empti*. Milán: Giuffré.

Ernst, M. (1998). “Di Vorgeschichte der ‘exceptio non adimpleticontractus’ imrömischen Rechtbis Justinian”. En *Festgabe Flume*, p. 1 y ss.

Ernst, M. (1982). “Periculumestemptoris”. En *Zeitschrift der SavignyStiftung (ZSS)*, 99, p. 163 y ss.

Gallo, F. (1960). *Il principio “emptio dominium transfertur” nel diritto pregiustiniano*. Milán: Giuffré.

Hernández-Tejero, L. (1994). “Pactos añadidos a la compraventa”. En *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga*. Madrid: Ramón Areces, p. 549 y ss.

Impallomeni, G. (1955). *L’Editto degli edili curuli*. Padua: Cedam.

Kasser, M. (1962). *Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la dogmática moderna*. Traducción de J. Miquel. Valladolid: Publicaciones de la Universidad de Valladolid.

Miquel, J. (1994). “Compraventa y transmisión de la propiedad”. En *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga*. Madrid: Ramón Areces, p. 573 y ss.

Mohino Manrique, A. M. (2006). *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*. Madrid: Publidisa.

Murga, J. (1984). “La ‘aestimatio Litis’ y el ‘pretiumrei’”. En *Sodalitas Guarino*. Nápoles: Jovene, 6, p. 2621 y ss.

Peters, H. (1986). “Periculumestemptoris”. En *Festgabe Kaser*. Viena-Colonia-Graz, p. 221 y ss.

Rascón, C. (2001). *Rescisión de los contratos por lesión*. León: Publicaciones de la Universidad de León.

Rodeghiero, A. (1998-1999). “In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica”. En *Buelltino dell’ Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, 40-41, p. 551 y ss.

Rodeghiero, A. (2004). *L’imputazione del pagamento: fondamenti e disciplina*. Padua: Cedam.

Rodeghiero, A. (2004). *Sull sinallagma genetico nell' emptio venditio classica*. Padua: Cedam.

Rodríguez Ennes, L. (2009). “La obligatio y sus fuentes”. En *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2, p. 90-126.

Sargenti, M. (1960). *L' evizione nella compravendita romana*. Milán: Giuffré.

Talamanca, M. (1995). “Considerazioni sul ‘periculum rei venditae’”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 7, p. 217 y ss.

Talamanca, M. (1954). *Contributi allo studio delle vendite all' asta nel mondo classico*. Roma: Accademia Nazionale del Lincei.

Talamanca, M. (1993). “Vendita”. En *Enciclopedia del Diritto*, Milán: Giuffré, 46, p. 449 y ss.

Vacca, L. (1995). “Sulla responsabilità ‘ex empto’ del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica”. En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 7, p. 297 y ss.

Voci, P. (1990). “Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano”. En *Iura. Rivista Internazionale de Diritto Romano*, 38, p. 72 y ss.

Wieacker, F. (1932). *Lex commissoria*. Berlín: Springer-Verlang.