

Problemática sobre el origen y naturaleza de la compraventa obligacional

Problems about the origin and nature of compulsory sales

Javier Belda Mercado

Universidad de Granada, Granada, España.
Correo electrónico: jbelda@ugr.es. <https://orcid.org/0000-0002-0541-9252>

Recibido el 18/11/2023

Aceptado el 11/04/2024

Publicado el 17/05/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.02>

RESUMEN: La configuración de la compraventa como contrato consensual generador de obligaciones constituye un logro de la jurisprudencia romana, que consiguió así superar la concepción originaria de la compraventa real, que se encuentra en el antiguo derecho romano clásico, y que renace en el derecho vulgar como modo de adquirir la propiedad; así pues, aquella surge como negocio autónomo cuando en la práctica mercantil, se presenta la necesidad de realizar operaciones comerciales con aplazamiento del pago del precio y de entrega de la mercancía, y el convenio contractual produce obligaciones desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo respecto al objeto de la venta y el precio del mismo.

En este trabajo analizamos las diversas teorías o hipótesis sobre dicho tránsito, desde el régimen de la doble *stipulatio*, o a través del proceso de formación del *ius gentium* y algunas otras hipótesis fundamentadas en las fuentes.

ABSTRACT: The configuration of the sale as a consensual contract that generates obligations constitutes an achievement of Roman jurisprudence, which thus managed to overcome the original conception of the real sale, which is found in ancient classical Roman Law, and which is reborn in vulgar law as a way of acquiring property; thus, that arises as an autonomous business when in commercial practice, there is a need to carry out commercial operations with postponement of the payment of the price and delivery of the merchandise, and the contractual agreement produces obligations from the moment the parties agree regarding the object of the sale and the price of it.

In this work we analyze the various theories or hypotheses about such transit, from the regimen of the double *stipulatio*, or through the process of formation of the *ius gentium* and some other hypotheses based on the sources.

PALABRAS CLAVE: *Iudicium bonae fidei*, consensualidad, *mancipatio*, *fides*, *ius gentium*, *oportere ex fide bona*, *imaginaria venditio*, sistema contractual romano clásico, *tradere habere licere*, *synallagma*, *stipulationes*, *emere*, vender, negocio abstracto.

KEY WORDS: *Iudicium bonae fidei*, consensuality, *mancipatio*, *fides*, *ius gentium*, *oportere ex fide bona*, *imaginaria venditio*, classical roman contractual system, *tradere habere licere*, *synallagma*, *stipulationes*, *emere*, sell, abstract business.

I. INTRODUCCIÓN

La aparición de la compraventa como negocio obligacional,¹ fenómeno con frecuencia debatido por la doctrina romanística,² y acerca de la cual encontramos una amplia literatura,³ constituiría un logro de la jurisprudencia romana, y al mismo tiempo supondría un verdadero avance en el campo de la historia del derecho.

Es así como el problema central de la historia jurídica de la compraventa romana lo constituye la génesis, la determinación del origen de la venta consensual,⁴ lo cual representa una originaria invención del genio jurídico romano,⁵ que consiguió así superar la concepción originaria de la compraventa real.⁶

En primer lugar, habría que insistir en la idea de que una de las cuestiones de la reconstrucción del sistema romano clásico y de su desarrollo posterior hasta llegar a la época de la codificación vendría representada por la estructura de la compraventa obligacional en relación a mecanismos elaborados por la jurisprudencia para garantizar la realización de los efectos sinalagmáticos del negocio, transmisión de la mercancía y pago del precio.⁷

Por ello, cuando aludimos en general, a la *emptio-venditio* romana, se destaca, en efecto, su naturaleza meramente obligacional,⁸ apreciándose una división neta clara, precisa, entre el contrato como fuente de obligaciones, y su ejecución,⁹ con lo cual aparecería bastante evidente la separación, típica-

¹ En palabras de WIEACKER (1988).

² MEYLAN (1953), pp. 129 y ss.; CANCELLI (1963), pp. 270 y ss.; BECHMANN (1965), pp. 417 y ss.; MOMMSEN (1865), pp. 260 y ss.; DE ZULUETA (1945), pp. 3 y ss.; LUZZATTO (1965), pp. 897 y ss.; WATSON (1984), pp. 16 y ss.; ARANGIO RUIZ (1952), pp. 281 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUIJÁN (1994), pp. 549 y ss.; LABRUNA (1968), pp. 24 y ss.; GALLO (1960), pp. 37 y ss.; CANNATA (1997), pp. 73-88; IHERING (1888), pp. 201 y ss.; PRINGSHEIM (1954), pp. 475 y ss.; BIONDI (1939), p. 265.

³ CANNATA (1997), pp. 413 y ss.

⁴ ARANGIO RUIZ (1956), pp. 45 y ss.; MEYLAN (1953), p. 366; VOCI (1962), pp. 365-373; FERNÁNDEZ DE BUIJÁN (1994), p. 553; KASER (1960), pp. 546 y ss.

⁵ ARANGIO RUIZ (1952), pp. 16 y ss.; CANNATA (1997), p. 416.

⁶ Compraventa real que representaba la primitiva compraventa al contado, y que renacerá en el Derecho vulgar postclásico; FERNÁNDEZ Y PARICIO (1993), p. 350.

⁷ VACCA (1997), pp. 127-142.

⁸ GARCÍA GARRIDO (1991), pp. 341 y ss.

⁹ El acuerdo hace surgir la obligación de transmitir la cosa y la obligación de pagar el precio, pero para que pase la propiedad de la cosa y el precio, es necesario un acto posterior con efectos reales -*mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*-, traslativo de la posesión y de la propiedad; PUGLIESE (1990), p. 558.

mente romana, entre los efectos obligatorios del contrato consensual y el negocio traslativo del dominio, ya que del acuerdo de voluntades nacería una simple relación obligatoria, mientras los efectos traslativos corresponderían a un negocio jurídico distinto. En suma, en la compraventa romana, el acto traslativo, en cuanto que se admite su atenuación y espiritualización, se distinguiría nítidamente del negocio obligatorio, y, por tanto, la compraventa obligacional se consideraría en todo su desarrollo como verdadera fuente de obligaciones. Así, la eficacia puramente obligatoria y la consiguiente distinción entre contrato y acto traslativo respondía, como se sabe, a la exigencia que conllevaba el comercio con los peregrinos, de poder diferir, en caso necesario, el pago del precio o la entrega de la cosa, o ambos a la vez. De este modo, la característica fundamental de la *emptio venditio* radica en el contenido de la obligación del vendedor, la cual no consistía en transmitir y obligarse a transmitir la propiedad misma de la cosa, sino solamente en procurar al comprador el goce pacífico de la cosa: “*ut rem emptori habere licere, non etiam ut eius faciat*”.¹⁰

En virtud de este negocio consensual obligatorio, no derivaba ningún derecho real para el adquirente ni se transmitía la cosa ni el precio, sino que sólo creaba obligaciones recíprocas entre las partes contratantes, en el cumplimiento de las cuales se producía, de ordinario, dicha transmisión.

Aun cuando la determinación del origen de esta figura jurídica constituye sin duda un tema polémico,¹¹ sin embargo, la configuración de la compraventa como contrato obligacional no es originaria,¹² sino que pertenece a una fase posterior de su evolución,¹³ dado que tal carácter obligacional sólo puede atribuirse al Derecho romano clásico.¹⁴

En relación a ello, tal convicción nos viene casi impuesta por el desarrollo tan complejo del sistema contractual romano, el cual parte del principio por el cual el nudo consenso –el mero pacto, el simple convenio¹⁵ no era capaz de hacer surgir obligaciones, excepto que fuese acompañado de la correspondiente *actio* que lo protegiese, aparte de esa *causa civilis* –en el caso de la *emptio-venditio*, el venir perfeccionada mediante el *consensus* entre las partes–, que constituía ese requisito imprescindible para elevar esa convención o mero acuerdo de voluntades a la categoría de contrato; aun así, reconocía eficacia jurídica a algunos negocios consensuales taxativamente determinados, entre ellos, la *emptio-venditio*.¹⁶

Así pues, la noción de contrato consensual, en el cual el vínculo obligatorio nace tan sólo del acuerdo de voluntad de los contratantes,¹⁷ independientemente de cualquier otro requisito formal –como

¹⁰ D. 19, 1, 30, 1.

¹¹ FERNÁNDEZ DE BUIÁN (1994), p. 557.

¹² ARANGIO RUIZ (1952), pp. 336 y ss.

¹³ Como nos dice DE ZULUETA (1945), p. 3: “el contrato de compraventa romana como tal es fruto de una extensa y ardua evolución, extendiéndose desde las XII Tablas hasta Justiniano”.

¹⁴ GALLO (1960), p. 37.

¹⁵ MAGDELAIN (1958), pp. 5 y ss.; Véase también PEROZZI (1948), pp. 565 y ss.

¹⁶ Cf. C. 2,3,20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*.

¹⁷ Gai 3,139; D. 18, 1, 9 (*Ulpianus, lib. XXVII ad Sabinum*); D. 44, 7, 57 (*Pomponius, lib. XXXVI ad Quintum Mucium*).

ocurre en el caso de los contratos verbales, literales- o de cualquier contraprestación de la otra parte -caso de los contratos reales-, parece ser una noción extraída exclusivamente del genio jurídico romano.¹⁸

De este modo, en el Derecho romano, aquélla sólo genera obligaciones, y sólo constituye un elemento del complejo *iter* transmisivo como *iusta causa* de la tradición, residiendo en ésta el acto traslativo.¹⁹

Así pues, la compraventa es perfecta y produce sus efectos desde que hay acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque no se hayan entregado ni una ni otro: de la *emptio* surgen obligaciones, pero no suficientes para transmitir la propiedad; de todos modos, la estructura legal de la compraventa ha variado a lo largo de los tiempos, así como la evolución histórica de esta institución.

En este sentido, el punto de partida de tal evolución lo representa la venta legalmente reconocida en origen, consistente en el cambio inmediato de dos prestaciones, cosa contra precio; como puede apreciarse, los acuerdos previamente adoptados por las partes acerca de dicho cambio no tendrán relevancia jurídica, y el único hecho relevante para el derecho era el propio acto de cambio voluntario, el cual no se consideraba como ejecución de un acuerdo anterior, sino como acto constitutivo de la venta: es a este acto al que se denomina inicialmente venta manual, real o al contado.

En esta fase inicial no hay distinción entre venta y modo de adquirir, sino que los intercambios se desarrollan a través de los modos de transmisión, por ello, no cabe hablar en esta época de la venta como negocio de disposición, que transmite inmediatamente la propiedad, sino que más bien la formalidad imperante vino a absorber toda distinción entre venta y acto de disposición, realizándose las operaciones comerciales por medio de cambio formal, que era, en definitiva, en lo que al parecer consistió la primitiva *mancipatio*.

La prueba de este régimen ordinario de venta al contado se reflejaría en las ventas de *res Mancipi*, ya que la *mancipatio*, indispensable desde el origen para la venta de esta categoría de cosas, y considerada como el modo de transmitir el *dominium ex Iure Quiritium*, tendría precisamente la estructura de venta manual o al contado, y el ritual simbolizaría todo el cambio de prestaciones, asumiendo la *mancipatio* la forma de venta ficticia -*imaginaria venditio*.

¹⁸ En diversos ordenamientos jurídicos de la Antigüedad, especialmente del Oriente mediterráneo, parece ignorarse el contrato consensual, en el que el vínculo obligatorio nacería de la voluntad manifestada de las partes, y la transmisión de la propiedad por compraventa es dominada constantemente por la noción de venta al contado; esto sucedería en el derecho neobabilónico, donde el nacimiento de obligaciones era concebida como un fenómeno accesorio, o en los derechos egipcios, hebraicos o helenísticos, en los cuales la compraventa aparecería, no como negocio obligatorio, sino bajo el perfil de un contrato real, en el que la transmisión de la propiedad y las obligaciones de las partes nacerían siempre del pago del precio; para el fenómeno de la subrogación real -*Surrogationprinzip*-, PRINGSHEIM (1914), pp. 328 y ss., por el cual, “*res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*”; Véase LEVY (1963), pp. 157 y ss.; BOYER (1953), pp. 77 y ss.; PRINGSHEIM (1954), p. 190; HOFFMANN (2018), pp. 71 y ss.; PIRENNE (1934), pp. 293 y ss.; PETSCHOV (1954), pp. 125 y ss.; PETSCHOV (1956), pp. 37 y ss.; ARANGIO RUIZ (1952), p. 55; FADDA (1919), pp. 38 y ss.; ANDRÉS SANTOS (1997), pp. 23 y ss.; LUZZATTO (1956), p. 923; ROMANO (1937), p. 28.

¹⁹ CANCELLI (1963).

Esta *mancipatio* o compraventa real se perfeccionaba con la transmisión inmediata de la cosa, y, por tanto, no creaba vínculo obligatorio entre las partes, salvo su responsabilidad de evicción. La forma de la *mancipatio* es conocida a través de un pasaje de las Instituciones de Gayo, 1,119:

*“Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitas non minus quatuordecim quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is quis mancipio accipit, rem aeneam tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex iure Quiritium 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.”*²⁰

En consecuencia, el comprador debe tomar posesión de la misma –símbolo de la entrega– dado el allanamiento del vendedor, y al mismo tiempo debe pagar simbólicamente el precio: *“Idque aes dat ei a quo mancipio accipit, quasi pretii loco”*.

Al mismo tiempo, este acto de cambio de prestaciones es concebido como constitutivo de la venta imaginaria, como muestra la fórmula pronunciada por el comprador: *“Is homo isque mihi emptus est (esto) hoc aere aeneaque libra”*, por lo que habría que centrarse en la consideración del acto en su sentido originario de venta efectiva.

La venta de *res Mancipi* debía revestir la forma de la *mancipatio*, considerada el modo de transmitir el *dominium ex iure Quiritium*. No hay venta por un lado y *mancipatio* por otro, sino que lo que parece existir exclusivamente en la *mancipatio*, que por ello adopta inicialmente la forma de venta manual, con el fin de transmitir la cosa a cambio de un precio, por lo que, en definitiva, la venta en el derecho antiguo fue la *mancipatio*, la cual implicaría un cambio inmediato de cosa y precio:

*“Quam ob rem qui dabat olim pecuniam non numerabat eam sed appendebat...”*²¹

En esta fase no hay distinción entre venta y modo de adquirir la propiedad, sino que el tráfico comercial se produce de diversas formas, a través de los distintos medios de transmisión; se podría afirmar, que la *mancipatio* era, según su origen primitivo, *“una compraventa al contado, que abarcaría el acuerdo sobre el intercambio que se pretende realizar, así como la atribución inmediata de la mercancía y el precio por cada una de las partes”*.

Por lo que respecta al régimen de venta o transmisión de las *res nec Mancipi*, se podría llegar a la consideración de que la única venta reconocida fue la venta manual o al contado, también denominada *emptio libral*, en atención al *aes*, metal que se pesaba en la balanza, y que simbolizaría el dinero pagado.

²⁰ CANCELLI (1963), p. 112.

²¹ Gai, 1, 122.

Esta consistiría, evidentemente, en la *traditio* de la mercancía por el vendedor, y en el pago del precio por el comprador, efectuada sobre la base de un acuerdo que debe funcionar precisamente como causa de la tradición de la mercancía. En suma, el mecanismo de transmisión de la propiedad de una *res nec mancipi* constará de dos elementos: la *traditio* de la cosa y la *iusta causa*; en el caso de *emptio-venditio*, la *causa de la traditio* se concreta en el acuerdo, esto es, en el caso de compraventa.

El comprador debe también aquí, únicamente pagar el precio, y se debe subrayar que –aquí como en el caso de la *res mancipi*–, la causa de la *traditio* de las monedas no radica en el acuerdo de venta: la obligación de pagar el precio es una obligación de *dare*, y la ejecución de una obligación de *dare* tiene siempre lugar *solutionis causa*.

La *traditio* ofrece, de un lado, frente a la *mancipatio*, la ventaja de ser, al mismo tiempo, acto de transmisión de la posesión y modo de transmisión de la propiedad; en consecuencia, no es aquí necesario presumir una obligación autónoma a *possessionem tradere*, junto a una obligación de *tradere* en vista de la transmisión de la propiedad.

Por el contrario, presentaría una desventaja, que consistiría en el hecho que la *traditio* no comportaría, de por sí, ninguna obligación de garantía para el caso de evicción. Por esta razón, los juristas han concebido aquí, a cargo del vendedor, una obligación subsidiaria, por lo cual debe prometer el resarcimiento, o bien que la evicción tenga lugar *stipulatio duplae* y similares.

Además, se debe hacer notar que la venta de *res nec mancipi* ligada al acto de ejecución de la *mancipatio*, viene ya abolida por Justiniano, cuando la *traditio* llega a ser instrumento general para la transmisión de la propiedad.

Así como se puede constatar con claridad el carácter real de la compraventa al contado –*Barkauf*– según la doctrina Pandectística,²² con eficacia traslativa directa, ya que se efectuaba un cambio inmediato de cosa y precio, el cual producía esencialmente efectos reales–, no puede decirse lo mismo del posterior desarrollo histórico de la estructura jurídica del negocio,²³ ya que se aprecia una lenta y a su vez decisiva evolución histórico-jurídica entre una y otra.²⁴ Lo que resulta claro es que la eficacia pu-

²² Es aceptado unánimemente por la doctrina, y corroborado por las fuentes, el origen de la compra real, manual o libral –en atención al *aes*, metal informe y signado, que cumpliría el papel de dinero–, entendido esta compra manual –*Naturalkauf*, según los pandectistas–, como intercambio simultáneo de cosa por precio, que en un primer momento se contaría en una balanza, y posteriormente, bastaría que fuese contado, hasta precisamente la aparición o puesta en circulación de la moneda, momento socioeconómico que marca el origen de la *emptio-venditio*; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), pp. 553 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1982), p. 19; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1978), p. 127; ARANGIO RUIZ (1939), pp. 141-161; ARANGIO RUIZ (1939), pp. 4-145 y ss.; PELAYO DE LA ROSA (1976); BALZARINI (1965), pp. 992 y ss.; ARIAS BONET (1966), pp. 15-25; BESIA (1912), pp. 445 y ss.; DE BELLA (1939), pp. 8923 y ss.; MASCHI (1956), pp. 355 y ss.; SITZIA (1983), pp. 106-116; BECHMANN (1876), p. 6; CAMACHO EVANGELISTA (1977), pp. 7 y ss.; HUVELIN (1929), pp. 3 y ss.; GROSSO (1963), pp. 166 y ss.; MAGDELAIN (1958), pp. 71 y ss.; VOCI (1946), pp. 257 y ss.; para un desarrollo posterior de la permuta en época postclásica, cf. LEVY (1951), p. 137; KASER (1975), p. 277.

²³ LONGO (1944), p. 154.

²⁴ A la consensualidad es inherente la rigurosa obligatoriedad, de ahí la separación neta entre contrato, fuente de obligaciones, y acto traslativo, separación que se atenúa en época postclásica; VOCI (1962), p. 366.

ramente obligatoria y a su vez, la distinción entre contrato y acto traslativo, respondía a la exigencia de diferir, en caso necesario, el pago del precio o la entrega de la cosa, o ambas a la vez.²⁵

“*Pretium succedit in locum, res succedit in locum pretii*”.²⁶

La *emptio venditio*, en su función de cambio de cosa por dinero, vendría precedida históricamente por la *mancipatio*, institución *iuris civilis*, que implicaría cambio de la propiedad de una cosa por dinero, y tendría efectos reales, mientras que la *emptio venditio* sería una relación *iuris gentium*, que se concluiría con el simple consenso y tendría efectos puramente obligatorios.²⁷

Así pues, se plantea el paso de una compraventa inmediatamente traslativa de la propiedad a una compraventa obligatoria, que no generaba la obligación del vendedor de transmitir inmediatamente el dominio, y ni siquiera requería el cumplimiento de actos idóneos a este resultado.

La compraventa consensual surge como negocio autónomo²⁸ cuando en la práctica se presenta la posibilidad de realizar operaciones comerciales con aplazamiento en el pago del precio o en la entrega de las mercancías, esto es, de realizar operaciones o transacciones comerciales sin tener la cosa a disposición en el acto, y sin necesidad de que el precio se pagara al instante al vendedor.²⁹

De la eficacia puramente obligatoria de la compraventa deriva la diferenciación entre el convenio generador de obligaciones y el acto *-mancipatio, in iure cessio, traditio-* traslativo de la propiedad o la posesión, y la entrega del precio, que constituyen, respectivamente, obligaciones del vendedor y comprador.

Por consiguiente, apreciamos una gran diferencia entre la originaria venta y el concepto clásico de compraventa que nos transmiten las fuentes, incluso en ella se observa una extraordinaria evolución, desde las XII Tablas hasta Justiniano³⁰ evolución que, obedeciendo a diversos factores, no ha sido plenamente aclarada por la doctrina romanística-, tanto en el concepto como en el procedimiento de realización de la compraventa.

En suma, el problema del origen y naturaleza de la *emptio-venditio* obligacional se encontrarían estrechamente relacionados, ya que ambos constituyen presupuestos indispensables para comprender la estructura de la compraventa en el Derecho romano clásico y su evolución posterior.

²⁵ GALLO (1960), p. 19.

²⁶ Cf. Gl. *quia potest* ad D. 5, 3, 22, gl. *dicemus* ad D. 4, 2, 18, gl. *vel alia universitate* ad D. 5, 3, 20, 10; también en Bartolus, *Comm.* ad D. 24, 3 ante l. 1, ad D. 4, 2, 18.

²⁷ Respecto a la *mancipatio*, véase: AMUNATEGUI (2012), pp. 329-352; VARELA GIL (2017), pp. 1-14; FUENTESECA (1974), pp. 73 y ss.; CAMACHO EVANGELISTA (1993), pp. 3 y ss.; BIONDI (1939), p. 363.

²⁸ Probablemente entre finales del siglo III y comienzos del II a.C.

²⁹ PRINGSHEIM (1954), pp. 473 y ss.; ARANGIO RUIZ (1952), p. 46.

³⁰ FERNÁNDEZ ESPINAR (1955), pp. 9 y ss.

II. HIPÓTESIS O TEORÍAS SOBRE EL ORIGEN DE LA COMPRAVENTA OBLIGACIONAL. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Así, en este sentido, para explicar la configuración de la compraventa como negocio obligacional, y justificar el método por el que se llegó al reconocimiento de la compraventa consensual, se han formulado diferentes hipótesis o teorías que prueban que en esta materia la doctrina se haya dividida. A ello contribuye la escasez de fuentes fiables, además de las diferentes hipótesis y conjeturas versadas sobre la materia, susceptibles de diferentes interpretaciones.

En ocasiones, se proponen soluciones criticables, por no encontrar apoyo en las fuentes, o bien por no aportar nada acerca de la génesis de la compraventa consensual, aunque en realidad, se trataría de meros argumentos o hipótesis para concretar qué se habría hecho en Roma para otorgar validez al acuerdo sobre la ejecución de un cambio futuro.³¹

A. Opinión según Pernice y otros

Así, entre ellas destaca la hipótesis sostenida por Pernice³² o por Monier³³ sobre tal génesis, para los cuales la compraventa, antes de ser reconocida como contrato consensual, habría sido reconocida como negocio del tipo de los *synalagmas* reales innominados (*do ut des*), en el sentido de que la *datio* de la cosa, o bien de una suma de dinero, hacía surgir en la parte que recibía -en base al *do ut des* de los contratos innominados- la obligación de llevar a cabo, en relación con la otra parte, una contraprestación; se llegó a admitir que la prestación efectuada por una parte *venditionis causa* -por ejemplo, la prestación de la cosa por parte del vendedor- hacía surgir sin duda en la otra parte la obligación de cumplir la propia: el negocio se formaba *re*, pero con carácter bilateral.³⁴

Además, el *synalagmas do ut des*³⁵ presupone como requisito esencial que la prestación realizada en primer lugar consista en la transmisión de la propiedad, en un *dare*, exigencia que no encontraría base alguna en la obligación del vendedor en la evolución posterior de la compraventa romana, donde no existe indudablemente huella alguna de que el vendedor estuviera obligado a hacer propietario al comprador: no estaría obligado a un *dare*, sino a un *facere: tradere habere licere*.³⁶

³¹ Aunque en realidad, según GALLO (1964), p. 318, para la construcción del contrato consensual de compraventa no se tendrían elementos suficientes para decir con exactitud en qué fase, y, por tanto, en qué periodo, se puede encuadrar la formulación del principio en examen.

³² PERNICE (1892), pp. 474 y ss.; PERNICE (1892), p. 318; PERNICE (1898), p. 222; del mismo parecer, HUVELIN (1929), p. 90; COSTA (1911), p. 387.

³³ MONIER (1947), pp. 134 y ss.

³⁴ Longo reconoce que el *synalagma do ut des* presupone como requisito esencial que la prestación consista en una transmisión de la propiedad, estructura que habría tenido lugar en el caso de que el primer obligado fuese el vendedor: habría debido transmitir la propiedad de la cosa para obtener el precio correspondiente. En cambio, es indudable, según la estructura de la *emptio-venditio* obligatoria clásica, que el vendedor no está obligado a hacer propietario al comprador; cf. D. 19, 4, 1 pr. (Paulus, lib. XXXII ad Edictum); D. 19, 1, 11, 2 (Ulp., lib. XXXII ad Edictum); D. 18, 1, 25 (Ulp., lib. XXXIV ad Edictum); LONGO (1944), pp. 154 y ss.

³⁵ BONFANTE (1951), p. 392; ARANGIO RUIZ (1952), pp. 315 y ss.; VOLTERRA (1987), pp. 533-535.

³⁶ Cf. D. 19, 1, 30, 1 (Africanus, lib.VIII Quaestionum); D. 19, 1, 11, 8 (Ulpianus, lib.XXXII ad Edictum); D. 19, 1, 50 (Labeus, lib. IV Iavolenus Epitomatorum); D. 19, 1, 38, 2 (Celsus, lib.VIII Digestorum).

La propia noción romana del contrato real se basaría en la propia entrega de una cosa de manos del acreedor al deudor, y tendría siempre por objeto la restitución de la misma cosa o de otra prácticamente idéntica, del *tantundem*, por lo que no se comprendería que tal estructura se adaptase a la prestación de dos cosas sustancialmente diferentes como la *merx* y el *pretium* en la compraventa, ni en cualquier caso, que una relación en la que, por su estructura misma, una de las partes se obliga, mientras que la otra sería tan sólo acreedora, pueda conducir a una prestación bilateral de carácter sinalagmático, propia de la compraventa romana.

En definitiva, no se comprendería cómo se habría llegado a un régimen en el que la transmisión es el objeto de la obligación del vendedor, mientras que la característica fundamental de la compraventa romana vendría constituida por el hecho de entablar un vínculo obligatorio entre ambas partes.

También desde el punto de vista jurídico sería discutible el enlace entre la estructura de la compraventa romana y las correspondientes acciones procesales concedidas al comprador y al vendedor, con la concepción de un contrato real.³⁷

Es así como dicha teoría -como ha quedado demostrado-, incurriría en una serie de incompatibilidades históricas al intentar dar una respuesta al problema planteado, por lo que aquélla sería rechazable en época arcaica, ya que para que las relaciones entre particulares funcionasen a modo de *synallagmas* reales, habría que remontarse a época postclásica, con el reconocimiento de los contratos innominados.

B. Opinión según Bechmann y otros

Por otro lado, otros autores se limitan a configurar la evolución hacia la consensualidad de una forma meramente ideológica, sin indicar concretamente un proceso de introducción del segundo sistema.

Así, por ejemplo, para Bechmann,³⁸ el tránsito de la compraventa real o manual a la consensual se habría producido en el momento en que el precio podría aplazarse, acreditarse, y no entregarse en el acto, práctica que comenzó a ser utilizada muy pronto en Roma, y terminó siendo usual -compraventa a crédito-, resaltando la importancia de la nuda convención, lo cual llevaría al reconocimiento de la eficacia vinculante del mismo; por tanto, junto a la estructura de la *mancipatio* como compraventa al contado, debió de aparecer otra compraventa a crédito.³⁹

Esta suposición, de la que no se puede concretar su fecha exacta, viene a decirnos que en un determinado momento -el de la posibilidad de acreditar el precio- se le reconocería valor a la mera convención, sin que pueda distinguirse ni señalarse de manera concreta cuando dejó de ser com-

³⁷ VOLTERRA (1987), p. 498; TORRENT (1994), p. 448.

³⁸ BECHMANN (1876), pp. 330 y ss.

³⁹ Se admitiría esta otra venta a crédito, en el que las palabras sacramentales de la *mancipatio*: *emptum esto hoc aere aeneaque libra*, serían sustituidas por la *damnatio* del comprador sobre el pago del precio; BECHMANN (1876); BERTOLINI (1914), pp. 138-139.

praventa al contado para convertirse en compraventa a crédito,⁴⁰ por lo que este aplazamiento del pago del precio era posible ya en la *mancipatio*, desglosándose en la misma la entrega de la cosa y el pago del precio: cuando esto ocurría, el que aplazó la entrega de la cosa quedaría obligado a su posterior entrega.⁴¹

C. Opinión según Ihering y otros

Existe otra tesis de gran arraigo y particularmente predominante, según la cual, en el paso de la compraventa real a la consensual jugó un papel decisivo la *stipulatio*, y cuya hipótesis, muy extendida, fue seguida, entre otros, por Ihering,⁴² Arangio Ruiz,⁴³ Girard,⁴⁴ Bekker,⁴⁵ Watson,⁴⁶ Schulz⁴⁷ y Sargenti.⁴⁸ De este modo, antes de que la compraventa consensual fuese reconocida como tal, la única forma de originar obligaciones y de procurar a su vez su cumplimiento, asegurado por las correspondientes acciones, fue mediante la *stipulatio*⁴⁹ y, más concretamente, dos *stipulationes*⁵⁰ distintas, congruentes a un mismo fin, y teniendo por objeto, respectivamente, la entrega de la cosa y el pago del precio:⁵¹ una, hecha por el vendedor, referente a la prestación de la cosa, que de esta forma se obligaba a entregar la propiedad y transferir la cosa, y otra, por parte del comprador, mediante la cual prometía el pago del precio de la cosa que se pretendía adquirir.⁵²

⁴⁰ PERNICE (1888), p. 222; ARANGIO RUIZ (1952), p. 59.

⁴¹ BERTOLINI (1914), pp. 138 y ss.

⁴² IHERING (1898), pp. 581 y ss.; IHERING (1892), p. 232.

⁴³ La configuración de la compraventa como vínculo obligatorio sólo pudo surgir tardíamente, cuando las necesidades del comercio, las necesidades del tráfico jurídico impiden que el comercio se resuelva en unidad de acto formal: así pues, ya no es posible el simultáneo pago del precio y la entrega de la cosa, obligándose las partes a hacer, no una venta traslativa de propiedad, sino una venta obligatoria, produciéndose así por primera vez una separación entre el negocio obligacional y el negocio de disposición; ARANGIO RUIZ (1952), pp. 45-62.

⁴⁴ GIRARD (1884) pp. 395 y ss.

⁴⁵ BEKKER (1871), p. 156; BEKKER (1864), p. 442.

⁴⁶ WATSON (1984), pp. 16 y ss.

⁴⁷ En lugar de celebrar el contrato consensual de compraventa, las partes podían recurrir a dos estipulaciones, prometiendo el vendedor la cosa y el comprador el precio; económicamente, era una *emptio-venditio*, pero jurídicamente no, y no se aplicaba por tanto el derecho propio de este contrato; por el contrario, constituía una doble *stipulatio* y, por tanto, debía regirse por las mismas normas que ésta, en virtud de la cual, no se transmitirían derechos, sino que se constituirían obligaciones.

⁴⁸ SARGENTI (1954), pp. 126 y ss.

⁴⁹ Su carácter abstracto la hizo sumamente elástica, aparte de considerarla idónea para generar obligaciones de diversa naturaleza, independientemente del tipo de prestación debida; HUVELIN (1929), p. 91; de otro lado, no suponía dificultad el hecho de que la *stipulatio* fuese un negocio *iuris civilis*, y la compraventa *iuris gentium*, por cuanto Gayo, junto a la *sponsio*, enumera una serie de *stipulationes* accesibles a los extranjeros; cf. Gai 3, 93.

⁵⁰ VOLTERRA (1987), p. 498, piensa que este sistema era ya utilizado *ab antiquo* en Roma, en donde no se transmitirían derechos, sino que se constituían obligaciones.

⁵¹ Quizás se pueda deducir que el nombre de la *emptio-venditio* pueda derivar del empleo de estas dos estipulaciones; FERNÁNDEZ ESPINAR (1955), pp. 295 y ss. Se empleaban los verbos *emere* y *vendere* para designar las respectivas actividades de las partes, incluso ya en la época de la venta al contado -*mancipatio*- se designaban de una manera diferente el acto de venta -*venum dare*-, y la actividad del comprador -*emere*-. Igual sucede con las respectivas acciones procesales de la *actio empti* y la *actio venditi*, denominando *emptio venditio* al contrato en sí; MONIER (1947), p. 132; CUQ (1902), p. 454.

⁵² El empleo de la *verborum obligatio* constituiría un medio para superar la rigidez de la compraventa al contado, e introducir una especie de compraventa obligatoria; PUGLIESE (1990), p. 34; VOLTERRA (1987), p. 506.

Sin duda alguna, las dos obligaciones verbales derivadas de las estipulaciones se hallaban entre sí relacionadas de modo recíproco, de modo que, si el vendedor demandaba al comprador para exigir de éste el pago del precio convenido con la *actio ex stipulatu*, sin haber por su parte entregado, o al menos ofrecido la cosa, el demandado podía oponerse con la *exceptio mercis non traditae*.⁵³

Así, el objeto peculiar de la compraventa podía alcanzarse a través de esta doble estipulación cruzada,⁵⁴ por lo que, para llegar a la compraventa meramente consensual, se tuvo que recurrir al mecanismo del contrato verbal *-verborum obligatio-*,⁵⁵ mediante el cual el comprador se convertía en acreedor de la cosa, haciéndose prometer la entrega de la cosa, y el vendedor en acreedor del precio, esto es, se haría prometer la entrega del mismo.⁵⁶

La naturaleza obligatoria del contrato consensual se entendería realizada por medio de dos *stipulationes*, una convención entre comprador y vendedor,⁵⁷ y así, para dotar de eficacia obligatoria al convenio, resultaba preciso formalizarla mediante una promesa estipulatoria prestada por ambos contratantes, creando dos estipulaciones en conexión, lo que parece haber sido el punto de partida para el posterior reconocimiento institucional del acuerdo consensual como fundamento del vínculo obligatorio recíproco.

Estos dos negocios, con el paso del tiempo, habrían perdido su individualidad formal, convirtiéndose en simples manifestaciones de voluntad, surgiendo obligaciones entre el comprador y el vendedor del mero acuerdo de los sujetos sobre la cosa y el precio, es decir, estas dos estipulaciones se sobreentenderían consideradas como cláusulas de estilo, y se llegaría al reconocimiento de la *nuda conventio* en base a la ficción de dichas estipulaciones.⁵⁸

En cualquier caso, el uso de la *stipulatio* para las compraventas a crédito fue el inicio de una transformación en la conformación de ésta, y al admitir que el precio pudiera simplemente prometerse, igualmente se admite que la transmisión de la cosa pudiese ser aplazada a un momento posterior a la conclusión del negocio. Para obtener este resultado, fueron necesarias y suficientes dos *stipulationes* correlativas, las cuales no requerían una transmisión inmediata.

En definitiva, la *verborum obligatio* dejaría paso a la necesidad de que el cambio de una cosa por dinero se realizase sin palabras solemnes, a medida que el desarrollo progresivo de la contratación mercantil entre romanos y peregrinos acabó con el requisito de la entrega instantánea en ciertos contratos.

⁵³ SCHULZ (1960), p. 504.

⁵⁴ LUZZATTO (1965), pp. 897 y ss.

⁵⁵ GIRARD (1923), p. 570; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 44 y ss.

⁵⁶ LONGO (1944), p. 157; VOLTERRA (1987), p. 498, advierte de los peligros que entrañaba la doble *stipulatio*: cada uno podría exigir el cumplimiento de la respectiva prestación: por una parte, promesa de transmitir una cosa, y por otra, promesa de pagar una suma de dinero, con independencia del cumplimiento de la primera; SIBER (1915), pp. 196-197.

⁵⁷ ARANGIO RUIZ (1954), pp. 45-62.

⁵⁸ En suma, estas suposiciones dan a entender que la *emptio-venditio*, como compraventa obligatoria fundada sobre el mero consenso, y sobre la forma verbal, sea fruto de una evolución interna de las figuras del *ius civile*, y en particular, de la compraventa al contado por el trámite de la *sponsio-stipulatio*; PUGLIESE (1990), p. 34.

En cualquier caso, se ha pasado de la *obligatio* contraída verbalmente a la asumida por el sólo acuerdo, siendo factor decisivo en dicha operación de la compraventa al contado a la consensual la existencia de recíprocas estipulaciones sobre la cosa y el precio, que permite desligar el aspecto real en la compraventa de sus factores espirituales.⁵⁹

Por todo ello, el régimen de la doble estipulación: *Haec ita dari fieri spondes? Spondeo*, reproduciría perfectamente la sistemática del contrato consensual, y las obligaciones recíprocamente exigibles surgirían mediante la forma estipulatoria. Dicha práctica de reforzar la compraventa mediante dobles estipulaciones procede de las provincias orientales del Imperio, siendo propia de aquellos territorios que veían la compraventa bajo el perfil de un contrato real, y en los cuales era extraña la noción romana de compraventa consensual.

En nuestra opinión, la principal crítica a esta particular hipótesis se centraría, aparte de la escasez de fuentes disponibles sobre estas dos estipulaciones,⁶⁰ en las dificultades prácticas que presentaba la doble *stipulatio*:⁶¹ si las dos estipulaciones se presumen simples -por una parte promesa de transmitir una cosa, por otra, promesa de pagar un precio-, los contratantes se obligarían a cumplir su propia promesa, independientemente de la prestación de la otra parte, dado el carácter abstracto de la *stipulatio*.

Pero ello conllevaría el riesgo de que, concluida una de las estipulaciones, la otra parte rechazase cumplir su propia promesa, en cuyo caso, el primer promitente resultaría siempre obligado; precisamente, se ha intentado superar tal dificultad planteando el recurso a dos estipulaciones, simultánea y recíprocamente condicionadas a la ejecución de la contraprestación.⁶²

Otra dificultad añadida a esta teoría radicaría en el carácter formal y abstracto de la *stipulatio*, y de qué manera se habría llegado a través de este tipo de negocio a la compraventa, negocio causal y basado también sobre el consenso.⁶³

En realidad, a pesar de estos problemas, en el Derecho romano, no existiendo aún el *contractus* (*la emptio venditio*, en este caso), tan sólo se configura como dos estipulaciones que progresivamente se conectarían entre ellas, pero sin llegar a conformar una relación sinalagmática como nosotros la

⁵⁹ DE ZULUETA (1945), p. 4; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 57 y ss.

⁶⁰ TORRENT (1994), p. 448, en su crítica, aduce la inexistencia de huella alguna en este complicado cruce de estipulaciones -por ejemplo, en los formularios de Catón acerca de la compraventa de productos agrarios se daba un cierto formulismo, pero no una *stipulatio*, que era un contrato formal y abstracto: dichas *stipulationes* serían simples cláusulas usadas en la *emptio venditio* y en la *locatio*-; cf. Cato, *De agri cultura*, 146-150; también en CUQ (1902), p. 454.

⁶¹ De ahí que Arangio Ruiz recurra a dos estipulaciones simultáneas y recíprocamente condicionadas a la ejecución de la contraprestación; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 61 y ss.; los principales textos esgrimidos para apoyar su fundamento los tenemos en Aulio Gelio, *Noctes Atticae* 4, 4: “Qui uxorem ducturus erat, ab eo ducenda erat stipulabatur eam is matrimonium datum iri. Qui ducturus erat, ibidem spondebat. Is contractus stipulationem sponsionunque dicebatur sponsalis”, y D. 45, 1, 35, 2 (Paulus, lib. XII ad Sabinum): “Si in locando, conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, qui hi contractus non tam verbis, quam consensu confirmantur”; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), p. 553.

⁶² ARANGIO RUIZ (1954).

⁶³ LUZZATTO (1965), p. 918.

concebimos: aunque el fin económico jurídico de quien compra y vende no es aquél de obligarse a cumplir su propia prestación independientemente de la prestación de la otra parte, ya que quien vende no tiende a prometer la cosa sino a fin de recibir el precio, y quien compra no promete dar precio sino a cambio de tener la cosa.⁶⁴

D. Opinión según Mommsen y otros

Otra hipótesis sería la apuntada por Mommsen⁶⁵ o Cancelli,⁶⁶ según la cual en las compraventas realizadas entre particulares o por particulares, u otro tipo de relaciones jurídicas de carácter administrativo concluidas⁶⁷ en Roma entre el Estado y los ciudadanos romanos⁶⁸ o, como denomina este último autor, ventas *ex lege censoria*,⁶⁹ se quería ver también un antecedente de lo que sería después la compraventa clásica romana, llegando al final a acreditar ciertos empleos de la consensualidad.

En suma, estos tratos consensuales -*locatio, emptio-venditio*- representarían una aplicación al campo de las relaciones privadas de esquemas contractuales publicísticos, como podrían ser los contratos no formales de arrendamiento públicos concluidos en la forma de *locatio ex lege censoria quaestoria*.⁷⁰ Además, estas ventas públicas,⁷¹ es decir, las realizadas por un magistrado en subasta pública -*venditionis sub hasta*-,⁷² se les denominaba *auctio*,⁷³ o *auctiones*: dichas *auctiones* tendrían por objeto frecuentemente bienes públicos, botín de guerra -*praeda*, o parte del botín que quedaba después de repartirlo entre los soldados, que se vendía a los particulares- y bienes confiscados que se adjudica-

⁶⁴ Para Huvelin, el sistema de dos estipulaciones tendría el inconveniente de exigir la presencia de las partes, más si se tiene en cuenta la práctica creciente de las ventas a crédito; HUVELIN (1929), p. 91; GALLO (1964), p. 305.

⁶⁵ MOMMSEN (1885), pp. 260-274; CUQ (1902), pp. 226 y ss.; CHAUSSE (1899), pp. 513 y ss.; GALLO (1964), pp. 15 y ss.

⁶⁶ CANCELLI (1964), pp. 264 y ss.; también ALBANESE (1964), pp. 270 y ss.

⁶⁷ Sobre la derivación de la *emptio venditio* y de la *locatio venditio* del ámbito del Derecho público, Véase DE SANCTIS (1957), p. 114.

⁶⁸ Las fuentes nos suministran noticias sobre las *auctiones* públicas y privadas, mientras que encontramos alusiones a las *auctiones* privadas en los textos literarios republicanos; así, en Cato, *De agri cultura* 2, 7: “*Pecus consideret auctionem uti faciat, vendat oleum si pretium habeat, vinum, frumentum quod supersit vendat...*”; Cicero, *Pro Caecina* 5, 16: “*Cum eset haec auctio hereditaria constituta...in his rationibus auctionis et partitionis*”.

⁶⁹ CUQ (1902), p. 455, utiliza las *lex venditionis* o *lex locationes*, en definitiva, *lex contractus*, cláusulas utilizadas en los contratos de arrendamiento o de compraventa, relativas tanto a la *qualitate*: D. 19, 1, 34 (*Ulp., lib. XVIII ad Edictum*), D. 19, 1, 22 (*Iulianus, lib. VII Digestorum*), como a la *quantitate*: D. 19, 1, 13, 11 (*Ulp., lib. XXXII ad Edictum*), o a la forma de pago: D. 19, 1, 51, 1 (*Labeo, lib. V Posteriorum a lavoleno epitomatorum*), o la persona autorizada para recibir: D. 45, 1, 56, 2 (*Iulianus, lib. LII Digestorum*). Paralelamente a estas *lex venditionis*, la antigua *mancipatio* podía regirse por una *lex Mancipi* -conforme al principio *lex rei sua dicta*-, por la que el vendedor establecía unas condiciones al realizar la venta; cf. D. 39, 3, 1, 23 (*Ulp., lib. LIII ad Edictum*), expresando tan sólo el estado objetivo de la cosa (*mancipium*=propiedad), como efecto del actual dominio; cf. Cic. *De or.* 1, 39, 178: “*Quom enim M.Marius Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam earum partem in Mancipi lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in Mancipio, id si venditor, id si venditor scisset neque declarasset, praestare debere*”; Cic., *De off.* 3, 16, 67: “*...M. Marius Gratidianus propinquus noster, C.Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Ea serviebant, sed hoc in Mancipio Marius non dixerat*”; Cicero, *De off.* 3, 16, 65: “*Quidquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*”; CANCELLI (1964), p. 38; RANDAZZO (1998), p. 5; p. 74; pp. 81 y 91; pp. 165 y 167; PEZZANA (1959), pp. 187 y ss.

⁷⁰ TORRENT (1994), p. 447.

⁷¹ Sobre las ventas públicas, PERNICE (1888), pp. 350-358; GIRARD (1923), pp. 295 y ss.; CUQ (1902), pp. 258 y ss.

⁷² Cancelli aduce como argumento a favor del origen publicístico la frecuencia de la venta *sub hasta* en el ámbito del Derecho privado; CANCELLI (1964), p. 28; TALAMANCA (1954), p. 153.

⁷³ D. 41, 4, 2, 8 (*Paulus, lib. LIV ad Edictum*): “*Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit...*”

ban al mejor postor, cuya oferta de venta se recogería en una *lex venditionis*, similar a las *leges mancipi -lex rei sua dicta-*,⁷⁴ publicadas con carácter previo a la subasta, en la que se fijaban o exponían los requisitos o condiciones de la venta; o bien aquellas realizadas por los censores en la administración del patrimonio público *-locationes operarum-* para reclutar personal subordinado (*escribae, viatores, praecones*, etc.).

Como vemos, se aprecia una analogía con la compraventa privada, donde el vendedor hacía una oferta que el comprador aceptaba, quedando obligados ambos sujetos: es por ello por lo que estas *aucciones* públicas acabarían influyendo en el Derecho privado, realizándose muchas *aucciones* privadas a semejanza de las mismas, en parte por el volumen de negocio que a veces entrañaban, y debido a que implicaban una garantía por parte del *auctor*, ya que se trataba de ventas privadas realizadas a través de intermediarios, y en donde el que compraba adquiriría con todos los caracteres de publicidad que conllevaba la venta pública.⁷⁵

En estas ventas se procedía a un simple acuerdo entre el Estado y los particulares, con el que se establecían las modalidades del negocio,⁷⁶ recurriendo a un arbitraje en caso de controversia, arbitraje⁷⁷ que en ocasiones recaería en la figura del censor.⁷⁸ que por medio de una *lex censoria*⁷⁹ fijaba las condiciones de venta (o del arrendamiento en su caso), para regular las eventuales controversias.⁸⁰

En muchos casos, en especial en aquellos abastecimientos militares que los particulares hacían al Estado, éste no podía pagar inmediatamente el importe de las cosas que adquiría y, por tanto, habría aplazado el pago, obligándose a hacerlo efectivo posteriormente, en una fecha determinada; incluso se considera que se habrían seguido formularios diferentes, según los distintos tipos de compraventa, redactados a imitación de las adjudicaciones llevadas a cabo por los censores.⁸¹

Así, para estos contratos de Derecho público existió sólo una jurisdicción administrativa, en donde el magistrado era juez y parte, y donde se vería la primera aplicación de la *cognitio extra ordinem*. Ello hacía

⁷⁴ Véase también CANCELLI (1964), p. 37; BETTI (1962), pp. 193 y ss.; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 168 y ss.; RANDAZZO (1998), pp. 65 y ss.

⁷⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), pp. 555 y ss.; TORRENT (1994), p. 448.

⁷⁶ Parece ser que el negocio se realizaba de forma solemne a través de una pregunta del particular (*emptum rogare*) y una respuesta del magistrado (*addictio*); cf. Cicero, *De haruspicum responsa* 13; Plinio, *Historia naturalis*, 14, 4, 50; 17, 1, 3; D. 18, 1, 41 pr. (*Iulianus, lib. III ad Urseium Ferozem*).

⁷⁷ D. 18, 1, 7 pr. (*Ulpianus, lib. XXVIII ad Sabium*): “...Sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni?”, ó D. 19, 1, 38, 1 (*Celsus, lib. VIII Digestorum*): “Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Druxus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia”; en el mismo sentido, Cicero, *De off* 3, 15.

⁷⁸ Varron, *Apud Non.* 519: “Itaque quod hos arbitros instituerunt populi, censores appellaverunt enim valet censere et arbitrari”. Cicero, *De lingua latina* 6, 71: “Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium ad aequum existimabatur”.

⁷⁹ *Id.*, *Apud Non.*, 517: “Itaque quod hos arbitros instituerunt populi, censores apeelaverunt; idem enim valet censere et arbitrari”.

⁸⁰ Posteriormente, el desarrollo de las relaciones comerciales entre romanos y peregrinos habría hecho abandonar el arbitraje particular, e inducido a someter sus controversias al *praetor peregrinus*; CANCELLI (1964), p. 453.

⁸¹ El primer y más significativo elemento que induce a encauzar a la práctica administrativa el origen del contrato consensual de compraventa es la *lex privata venditionis*, que es consustancial a ella, y que tendría todos los caracteres de la *lex censoria*; CANCELLI (1964), pp. 28 y ss.; CUQ (1902), p. 453; ARANGIO RUIZ (1954), p. 50.

que los magistrados contrataran con los particulares sin los impedimentos que el formulismo del *ius civile* imponía a la libertad contractual de los privados, y que estas normas se convirtieran posteriormente en el reconocimiento de los contratos consensuales y de los respectivos *iudiciae ex fide bona*.⁸²

Habría que objetar a esta teoría la tendencia por parte de la jurisprudencia a adoptar, en el límite de lo posible, la terminología y los esquemas privatísticos a las relaciones publicísticas llevadas a cabo entre el Estado y los particulares, tendencia que se uniría y que encontraría su propia explicación en una característica del Derecho romano clásico: la tendencia del Estado a limitar al máximo la propia esfera de intervención, que haría a su vez poco conveniente una extensión de los esquemas de las relaciones administrativas en la esfera del Derecho privado.⁸³

Además, las relaciones administrativas que nos suministran las fuentes se desarrollarían en época bastante avanzada, con lo que chocaría con el hecho de que las fuentes suelen relacionar el origen de los contratos consensuales en el *ius Gentium*,⁸⁴ y harían poco sostenible esta teoría.

Por último, los textos que se citan para apoyar esta tesis bastan sólo para garantizar el uso de los términos *emere* y *vendere*. Precisamente, la expresión *emere* ya se empleaba en la *mancipatio*,⁸⁵ además de en los contratos obligatorios celebrados en forma de estipulación y, por tanto, no se puede hablar de un predominio de la terminología del Derecho público sobre el Derecho privado.

Independientemente de la libertad que prevalecía en la *cognitio extra ordinem*, con la intervención de un magistrado, no se puede olvidar que las dos partes se encontraban una frente a la otra, en una relación que no puede ser de igualdad, sino de supremacía de una y sumisión de la otra, que parece no corresponder a aquella recíproca exigencia de la *bona fides* que es característica de los contratos consensuales.

La tesis de Mommsen⁸⁶ no llega a ofrecernos la creación de un vínculo recíproco entre los particulares por la cosa y el precio, que hubiera precedido al contrato consensual, y tal supuesta imitación no habría tenido lugar más que en época avanzada, así que permanecería latente el problema en la época intermedia entre las XII Tablas y el contrato consensual.⁸⁷

En base a ello, en lo que respecta al modo de penetrar la *obligatio consensus* en el sistema del Derecho romano, la tesis de Mommsen prescinde completamente de la pertenencia de tal obligación al *ius Gentium*.⁸⁸

⁸² MOMMSEN (1885), pp. 260 y ss.; también PARICIO (2000) pp. 189 y ss.; BIONDI (1918), pp. 59 y ss.; CARCATERRA (1964), pp. 65 y ss.

⁸³ En contra, principalmente ARANGIO RUIZ (1954), p. 49; SCIALOJA (1907), p. 184.

⁸⁴ D. 18, 1, 1, 2 (*Paulus, lib. XXXIII ad Edictum*).

⁸⁵ Gai 1, 119: "...Isque mihi emptus...esto hoc aere...".

⁸⁶ MOMMSEN (1885).

⁸⁷ GALLO (1964), pp. 299 y ss.

⁸⁸ ARANGIO RUIZ (1954) pp. 252 y ss.

E. Opinión De Zulueta y otros

Otros autores, como De Zulueta⁸⁹ o Meylan,⁹⁰ hacen derivar la compraventa consensual de la antigua *mancipatio*,⁹¹ cuando ésta deja de ser una venta efectiva, con eficacia traslativa directa, desglosándose el elemento referente al acuerdo sobre cosa y precio del rito formal para el traspaso efectivo del dominio.⁹²

Según Meylan, en el ceremonial de la *mancipatio* faltaría la pretensión del *mancipio accipiens* de ser propietario *-meum esse aio-*, declaración que se habría añadido más tarde, mientras que habría existido, en cambio, una declaración alusiva a la garantía por evicción *-obligatio auctoritatis-*.

La reconstrucción de la fórmula de la *mancipatio* habría hecho adquirir al comprador la simple posesión de la cosa mueble, la cual se habría transformado en propiedad mediante *usucapio*.

En lo que respecta a los bienes inmuebles, el *mancipio dans* habría debido obligarse con un negocio independientemente de la *satisdatio secundum Mancipium* a transmitir la posesión, y esta *satisdatio* habría constituido el modelo reproducido por la *emptio* generadora de la obligación de *tradere*, mientras que la *mancipatio* habría provisto tan sólo una causa *usucapionis*; por tanto, a través de esta simplificación de la *mancipatio* originaria se habría evolucionado hacia la compraventa consensual.

Esta interpretación tan compleja y peculiar no estaría exenta de críticas, ya que la problemática de la reconstrucción del autor se basaría, en particular, en la eliminación de una parte del formulario de Gayo,⁹³ y en el añadido de otra parte de la cual no existe huella en el jurista ni en las fuentes clásicas.

Por tanto, no aparecería nada claro, ni siquiera a través de la reconstrucción de Meylan, cómo un acto que se desenvolvería en el ámbito de los derechos reales se haya podido transformar en una relación obligatoria.

Y es que llega un momento -coincidiendo con la expansión del Imperio- en que la sociedad siente una necesidad de crédito, y consecuencia de ello será que la *mancipatio* se desarrolle considerablemente, siendo imprescindible imponer ciertas obligaciones a los vendedores.

Al ser la *mancipatio* aplicable originariamente a los ciudadanos romanos, el problema surgiría cuando los ciudadanos romanos entraron en relaciones comerciales con los *peregrini*, originándose una serie de conflictos, motivados por la falta de normas aplicables, que dieron lugar a la creación de una magistratura especial, el *pretor peregrinus*, que arbitrará una fórmula para cuando una de las partes no

⁸⁹ DE ZULUETA (1945), pp. 3 y ss.

⁹⁰ Según Meylan, la *mancipatio* no haría propietario al adquirente, sino que sólo le proporcionaría la *possessio* de la cosa, que se transformaría en propiedad a través de la *usucapio*; MEYLAN (1930), pp. 176 y ss.; MEYLAN (1953), pp. 215 y ss.

⁹¹ También cf. BERNHÖFT (1875), pp. 9 y ss.; DEGENKOLB (1867), p. 206.

⁹² MEYLAN (1949), pp. 133 y ss.; MEYLAN (1948) pp. 1 y ss.

⁹³ Véase Gai. 119.

poseía la ciudadanía romana, pues en este caso no era posible la *mancipatio*:⁹⁴ se verá pues, en esta fórmula arbitrada por el pretor, el antecedente histórico de la compraventa romana.

F. Opinión Ferrini y otros

Otros autores⁹⁵ intentan aportar una base concreta al reconocimiento de la mera convención, y así creen que el acuerdo, antes de ser tutelado jurídicamente, habría funcionado bajo la tutela moral de la *bona fides*.

De acuerdo con ello, centrarían el origen de la compraventa en aquellas convenciones que ya venían practicándose con frecuencia en el terreno ético-social, y que encontrarían su propio reconocimiento en la *fides*, en el respeto a la palabra dada, en suma, considerarían que la *fides* como vínculo moral nacido del acuerdo de voluntades era suficiente para el cumplimiento de las promesas, aun cuando no tuviese fuerza obligatoria. Por todo ello, se enlaza el origen de la compraventa con el concepto de la *fides*,⁹⁶ en primer lugar operante sobre el plano social, y, posteriormente, reconocido jurídicamente.⁹⁷

El problema de que una determinada figura actúe sobre el terreno social antes que en el ámbito jurídico es bastante obvio de por sí, pero el dilema sería el establecer por qué vía se ha obtenido un reconocimiento y una sanción jurídica; así, si reconocemos que la compraventa se habría desarrollado por simples acuerdos informales entre las partes, podríamos identificar tales acuerdos con aquellos *nuda pacta*, aquellas convenciones a las que el Derecho romano clásico no reconoce eficacia directa, de ahí que surja el problema de cómo, una vez reconocidos jurídicamente estos contratos consensuales, el Derecho romano clásico haya extendido su tutela a estos últimos, y no se haya llegado al reconocimiento general del acuerdo de voluntad como fuente de obligaciones.⁹⁸

También sería problemático el reconducir la *fides* en el ámbito del *ius civile*, o bien hacerlo -siguiendo a la doctrina más reciente-, considerando a la misma dentro del ámbito del *ius gentium*; de esta manera, atendiendo a la naturaleza civilística de la *fides* romana, permanecería al descubierto el problema de determinar la vía por la que se habría llegado desde tal punto de partida al régimen de la compraventa clásica como contrato consensual *iuris gentium*.

En cambio, si se considera a la *fides* encuadrada desde el inicio en el ámbito del *ius gentium*, estaría

⁹⁴ ARANGIO RUIZ (1954), pp. 141-161.

⁹⁵ FERRINI (1893), pp. 179 y ss.; FERRINI (1893), p. 679; VOIGT (1856), p. 231; KUNKEL (1939), pp. 1 y ss.; KASER (1939), pp. 62 y ss.; GROSSO (1949), pp. 595 y ss.; GROSSO (1961), pp. 661 y ss.

⁹⁶ Sobre la cuestión, Pernice presentaba a la *fides* como elemento de la vida *latu sensu*, tomada en consideración por parte del ordenamiento, con una clara conexión con la *bona fides*, entendida como aspecto dinámico de la *fides* relevante en el plano procesal; Bonfante, por su parte, defiende el aspecto ético de la *fides*, presentándola como un aspecto general e igual, asumible en todo tipo de relación jurídica; PERNICE (1895); BONFANTE (1893), pp. 85-118; cf. IHERING (1877), pp. 187 y ss.; CAMACHO EVANGELISTA (1982), pp. 10-16; CAMACHO EVANGELISTA (1986), pp. 8-13; KASER (1943), pp. 117 y ss.; GROSSO (1959), pp. 661 y ss.; también *fidem habere*: tener confianza, credibilidad, dentro de una relación de buena fe; BENVENISTE (1983), pp. 115 y ss.; LOMBARDI (1961), pp. 47 y ss.; LEMOSSE (1956), pp. 41 y ss.

⁹⁷ MAGDELAIN (1958), pp. 122 y ss.

⁹⁸ LONGO (1944), pp. 181 y ss.; PARICIO (2000), pp. 189 y ss.

claro que, en este caso, se volvería a la tesis que relacionaría el origen de la compraventa con las relaciones entre romanos y peregrinos, es decir, con el *ius gentium*.

Gayo 3, 154 nos presenta, bajo el perfil de los *iudicia bonae fidei*, dos tipos diferentes de obligaciones: un conjunto de relaciones que se engloban en la esfera del *ius civile*, como la tutela, la fiducia, la *societas re contracta*, y otras relaciones de carácter más reciente, como la compraventa, el arrendamiento y la sociedad consensual, que encontrarían su reconocimiento en el ámbito del *ius Gentium*.⁹⁹

Es evidente que el problema del origen de los más antiguos *iudicia bonae fidei* vendría a separarse de aquél concerniente a los contratos consensuales, al ser explícitamente afirmado en las fuentes que estos últimos serían todos *iuris gentium*, y, por tanto, habría que apartar cualquier intento de reconducirlos de un modo u otro al ambiente civilístico.

E igualmente, puede considerarse superada la idea que veía en la *fides* un elemento de naturaleza ético-social, quedando aún pendiente el problema de cómo ese elemento actuaría sobre el plano jurídico.¹⁰⁰

Junto a esta tesis, que encuentra su confirmación en las fuentes que justifican que la *emptio-venditio*, como otros contratos consensuales, *consensus peragitur nudo*, se considera que la compraventa habría surgido en el ámbito del *ius gentium*, y habría encontrado su propia regulación a través de la jurisdicción del *praetor peregrinus*,¹⁰¹ esto es, del proceso de formación de aquella rama del derecho positivo procedería la corriente de ideas que desembocaría en la configuración del contrato consensual.

Por tanto, se admite -de hecho, constituye la tesis más difundida y expuesta por Longo¹⁰² y Scialoja,¹⁰³ entre otros- que el elemento consensual tendría su cabida en el campo del *ius Gentium*.¹⁰⁴ acogida a través de la *iurisdictio* del *praetor peregrinus*,¹⁰⁵ por lo que la compraventa consensual -ya en uso entre los *peregrini*, ajenos al formalismo propio del *ius Quiritarium*-¹⁰⁶ se consideraba, por tanto, como uno de los elementos del proceso de formación del *ius Gentium*.¹⁰⁷ De este modo, los negocios *iuris*

⁹⁹ WIEACKER (1963), pp. 1 y ss.

¹⁰⁰ Véase crítica a esta teoría por parte de GIRARD (1923), p. 536 y BECHMANN (1876), pp. 471 y ss., y los testimonios aducidos en contra de la pureza de las costumbres romanas, reflejados en las comedias de Platón, leyes de Catón o en los propios preceptos de las XII Tablas.

¹⁰¹ GROSSO (1949), pp. 595 y ss.

¹⁰² LONGO (1944), p. 158.

¹⁰³ SCIALOJA (1907), pp. 181 y ss.; SCIALOJA (1907), pp. 161 y ss.; también LUZZATTO (1965), p. 942.

¹⁰⁴ En concreto, los juristas clásicos, tal y como se puede deducir de las fuentes que recogen esta concepción dogmática de la compraventa consensual, la consideraban como una mutación progresiva de la compraventa al contado, y en particular, de la antigua *mancipatio*; CANNATA (1997), p. 416.

¹⁰⁵ Así, como apunta Pugliese, “*gli elementi del contratto ed i suoi effetti obbliganti potevano così effettivamente presentarsi come espressione di un nucleo corrispondente a quella naturalis ratio che si era voluto individuare quale fundamento dottrinale del valor universal dello ius gentium*”; cf. PUGLIESE (1990), p. 557.

¹⁰⁶ LUZZATTO (1965), p. 925.

¹⁰⁷ Como negocio perteneciente al *ius gentium*, fundado sobre una *naturalis ratio* común a todos los pueblos, se aplicaría a las relaciones entre romanos y peregrinos, siendo reconocido jurídicamente; cf. Gai 1, 1: “...*Quod verus naturalis ratio inter omnes*

gentium prescindirían de todo requisito formal, propio de los negocios del *ius civile*, reservados a los *cives*, y en ellos se daría relevancia exclusivamente a la manifestación de la voluntad de las partes, siempre que fuese inequívoca y lícita, de donde se deducirían los efectos prácticos que las partes intentan conseguir.

En definitiva, la compraventa consensual, practicada entre ciudadanos romanos y basados en el principio de eficacia obligacional derivada del mero acuerdo de voluntades, fueron acogidos por el *ius civile*,¹⁰⁸ debido al desarrollo del comercio posterior a la expansión del Imperio, a fin de proteger el tráfico de los peregrinos, los cuales no podían recurrir a la tutela del *ius civile*.¹⁰⁹

De esta manera, la compraventa consensual, en lo que respecta a las relaciones entre ciudadanos y peregrinos,¹¹⁰ comenzó a ser protegida y reconocida jurídicamente¹¹¹ a través de una tutela jurisdiccional pretoria, una protección judicial que se extenderá en un segundo momento a las compraventas consensuales concluidas entre ciudadanos romanos mediante la organización de un *arbitrium venditi*.¹¹²

*Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Druxus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*¹¹³

Junto al hecho de que nos encontremos ante un negocio *iuris gentium*, también se aprecia, como característica del contrato consensual, una separación entre el vínculo obligatorio y la eficacia real del negocio, en el sentido de que los modos aptos para transmitir el dominio estarían fuera del alcance de los extranjeros, otorgando, por tanto, cierta relevancia al elemento consensual.

homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur"; cf. Gai 3, 154, sobre la sociedad: "... societas..., id quae nudo consensu contrahitur... iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit"; D. 18, 1, 1, 2 (lib. XXXIII ad Edictum): "... Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur."; Gai 3, 93, a propósito de la *stipulatio*: "Sed haec quidem verborum obligatio: Dari spondes? Spondeo, propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent."; D. 19, 2, 1 (Paulus, lib. XXXIV ad Edictum), sobre el arrendamiento: "Locatio et conductio, cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio".

¹⁰⁸ El *ius civile* recoge figuras propias del *ius gentium*, y en especial aquellas incluidas en el edicto del pretor peregrino; D. 2, 14, 7 pr. (Ulp., lib. IV ad Edictum): "Iuris gentium conventionem quaedam actiones pariunt, quaedam exceptions".

¹⁰⁹ "Precisamente, las dificultades legales de utilización por parte de los extranjeros de los negocios formales del *ius civile*, unido a las necesidades y problemas que se planteaban en el comercio entre peregrinos, hacían necesaria la inclusión de un "pactum conventum" en el edicto del pretor peregrino, y el compromiso de éste en la defensa del cumplimiento de lo acordado; la *fides* y el *consensus* aparecerían como elementos esenciales del *pactum*, en contraposición a las formas o ritos caracterizadores del viejo *ius civile*; una aplicación de este *pactum conventum* sería la *emptio*"; -cf. D. 2, 14, 1, 4 (Ulpianus, lib. IV ad Edictum)-: "Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus, vel in stipulationem"; D. 2, 14, 7, 7 (Ulpianus, lib. IV ad Edictum); FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), pp. 556 y ss.

¹¹⁰ APPLETON (1906), pp. 739 y ss.; DE ZULUETA (1945), pp. 36 y ss.; ARANGIO RUIZ (1954), pp. 159 y ss.; MEYLAN (1949), pp. 133 y ss.

¹¹¹ La protección del *pactum vendendi* habría sido asumida en sus orígenes por el pretor, para concretarse más tarde en la atribución de *arbitria* judiciales basados en la buena fe, que constituirían el antecedente de las *actiones bona fidei* inherentes a la *emptio venditio*, una vez que ésta se integra de pleno derecho como figura negocial del *ius civile*, caracterizada por las notas de *bona fides* y *consensus* propios del *pactum vendendi emendi*; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), p. 557; CANNATA (1997), p. 426; LONGO (1944), p. 164.

¹¹² LONGO (1944), p. 157; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1994), p. 70.

¹¹³ D. 19, 1, 38, 1 (Celsus, lib. VIII Digestorum); LONGO (1944), p. 163.

A propósito, encontramos un apoyo textual en las fuentes, y en D. 18, 1, 1, 2, se afirma que todos los contratos consensuales son negocios *iuris gentium*:

*Est autem emptio iuris gentium et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.*¹¹⁴

Aquí, Paulo, considerando a la venta negocio *iuris gentium*, se habría referido a éste en el sentido teórico del derecho que los romanos tenían en común con otros pueblos, se referiría al origen histórico de la venta consensual, esto es, a su derivación del proceso de formación del *ius gentium*, que habría conducido al reconocimiento de la eficacia de la convención para tales negocios.

En suma, la realidad histórica nos muestra la *emptio venditio* como fruto de una separación del *ius civile*, como lo reflejaba su indiscutible pertenencia al *ius Gentium*,¹¹⁵ el cual viene a acaparar también figuras practicadas desde siempre por los romanos, en cuanto conformes a la naturaleza de las cosas -por ejemplo, *traditio*, *sponsio*-; tal distanciamiento de la *emptio venditio* de los institutos del *ius civile* vendría indicado por el criterio de la *bona fides*¹¹⁶ establecido por el pretor. A su vez, ésta se consideraría como criterio ético social inspirador en las relaciones entre ciudadanos romanos y *peregrini*, aunque ya van siendo reconocidos por el *ius civile* institutos del *ius gentium* a través de la *iurisdictio* del *praetor peregrinus*: por tanto, la *fides* abarcaría negocios tanto del *ius civile* como del *ius gentium*.

Al hilo de todo ello, conviene tener presente que la *emptio venditio* surge en las relaciones con y entre *peregrini*, y se adaptará y se extenderá posteriormente a las relaciones entre ciudadanos romanos en el momento en que fueran admitidos por el pretor a litigar *per formulam* entre ellos.¹¹⁷

En otras palabras, se consideraría válida la tesis del origen *iuris gentium* del contrato consensual, y su reconocimiento inicial por obra del *praetor peregrinus*. Precisamente, la naturaleza *iuris gentium* de la *emptio venditio* permite que la tutela de la posición jurídica de los contratantes se encauce, no ya por las específicas *actiones ex stipulatu*, sino por el genérico *iudicium bonae fidei*, que implicaría un *dare oportere ex fide bona*, donde se configurarían las obligaciones de las partes a través de la aplicación del criterio de la buena fe objetiva.¹¹⁸

Este papel de la *bona fides* se afianza una vez superada la fase en la que la función se limitaba a regular las relaciones entre romanos y peregrinos, en la jurisdicción del *praetor peregrinus*.¹¹⁹

¹¹⁴ D. 18, 1, 1, 2 (*Paulus, lib. XXXIII ad Edictum*); ARANGIO RUIZ (1954), p. 89; ERMAN (1901), p. 161.

¹¹⁵ De hecho, las primeras aplicaciones de la *emptio-venditio* se darían en el campo del *ius gentium*, en las relaciones entre romanos y peregrinos, o *inter peregrini* que se daban dentro del territorio romano; PUGLIESE (1990), p. 43; LONGO (1944), pp. 163 y ss.; SCIALOJA (1907), pp. 161 y ss.; LUZZATTO (1965), p. 942; KARLOWA (1885), pp. 612 y ss.

¹¹⁶ BECHMANN (1876), pp. 616 y ss.

¹¹⁷ KASER (1966), p. 109; PUGLIESE (1990), p. 36, resalta que algunos *bonae fidei iudicia* -que se desarrollaban a través del procedimiento formulario-, surgieron para dirimir controversias entre ciudadanos romanos.

¹¹⁸ LUZZATTO (1965), p. 926; ARANGIO RUIZ (1954), p. 207.

¹¹⁹ LUZZATTO (1965).

En relación a ello, la *fides* debe ser considerada bajo el perfil de un principio vinculativo del *ius civile* o del *ius gentium*, como una pauta reguladora de la actividad normativa llevada a cabo por el magistrado en el ejercicio de su propia jurisdicción; así entendida, se superaría la dificultad constituida por el hecho de que dicha figura abarcase negocios tanto del *ius civile* como del *ius gentium*.

En definitiva, toda la evolución posterior, que nos llevaría hasta la configuración de la compraventa como contrato consensual sinalagmático, sería el fruto de una elaboración jurisprudencial encaminada a reconocer efectos jurídicos a la manifestación de voluntad negocial.¹²⁰

III. CONCLUSIONES

Dejando al margen todas estas teorías, podríamos concluir diciendo que entre la *mancipatio* y el contrato consensual de compraventa se aprecia todavía en época clásica una estrecha relación, y al respecto sería útil resaltar la consideración de la *mancipatio* como *imaginaria venditio*, tal y como se refleja en Gayo 1,113 y 1,119, donde se aprecia una transformación de la compraventa efectiva o al contado en acto solemne y abstracto, de transmisión de la propiedad, en un negocio abstracto de disposición.

En este sentido, la *mancipatio* sufre también un cambio, dejando de consistir en una “venta al contado” para convertirse en un negocio abstracto de disposición, y aun cuando la *mancipatio* era inicialmente una compraventa al contado, un negocio cuya eficacia en la transmisión era inmediata –cambio de cosa por precio, simbolizado en el peso y simultánea entrega del bronce– cuando aparece la moneda acuñada el peso del bronce se convierte en un acto simbólico, en una mera formalidad, sin relación alguna con el pago efectivo del mismo, que podía tener lugar fuera de la solemnidad del acto.

Esto es, llegado un cierto momento se renunció al pago de un precio efectivo, y se consideraba suficiente el precio simbólico que se entregaba al alienante, por lo que resultaba desvinculado del fin de la compraventa, pudiendo servir para la venta al crédito u otros fines, en definitiva, aparecería la *emptio-venditio* como negocio consensual de naturaleza meramente obligacional.

Influyó en todo ello, por ejemplo, el empleo de la *mancipatio -nummo uno-* para finalidades varias, aplicándose su ámbito de aplicación, como podían ser la *emancipatio*, la *coemptio*, la adquisición de la potestad marital sobre la mujer, la *adoptio* y el testamento *per aes et libram*, negocios que no implicaban un pago por su propia naturaleza; en todos estos casos, el *nummus unus* representaría el precio más bajo posible que podía ser efectivamente pagado, siendo al mismo tiempo la *mancipatio* lo menos onerosa posible, donde se demuestra que mientras la antigua *mancipatio* formaba parte de los derechos reales o de obligaciones, la *mancipatio nummo uno* era únicamente un negocio de transmisión.

En estas aplicaciones, el acto de pesar el dinero tiene ya un carácter simbólico, lo que hace que la

¹²⁰ Véase para esta cuestión, CASTÁN TOBEÑAS (1992), pp. 289 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUIÁN (1994), pp. 549 y ss.; ALBALADEJO (1947), pp. 449 y ss.

mancipatio se configure entonces como un negocio solemne y abstracto, es decir, con eficacia de la propiedad derivada de la forma del acto, y con independencia de la causa jurídica del mismo.

En efecto, el precio deja de ser un elemento real de la *mancipatio* y se convierte en simbólica, de modo que el negocio puede servir para transmitir la propiedad de las *res mancipi* por cualquier causa jurídicamente relevante (*causa donationis, causa dotis, causa fiduciae*).

Así pues, la compraventa consensual aparece como un acuerdo obligatorio sobre la ejecución futura de la *mancipatio* de una cosa por un determinado precio, pero no en el sentido de un contrato previo.

La originaria venta al contado –*Barkauf-mancipatio*– va a generar dos negocios diferentes: de un lado, el acuerdo de venta, que viene a constituir el contrato obligatorio, y de otro lado, la *mancipatio* formal, privada de un acuerdo causal, que vendrá a ser acto de ejecución de la venta–modo de transmisión de la propiedad–.

Esta compraventa llegada a nosotros era una compraventa al contado –*Barkauf*, según la doctrina pandectística–con eficacia traslativa directa, ya que se efectuaba un cambio inmediato de cosa por precio, el cual producía esencialmente efectos reales.

La forma de la *mancipatio* es conocida por un conocido pasaje de las Instituciones de Gayo 1, 119, donde el negocio es presentado como una *imaginaria venditio*, esto es como una venta ficticia. Por el momento, podemos prescindir de esa designación como *imaginaria venditio*, y considerar el acto en su sentido originario de venta efectiva.

Dicha transformación presupone normalmente que la pesada del broce no representase más que el pago efectivo del precio, pero esta alteración no ha cambiado la forma de la *mancipatio*, sino que en cierta manera la ha simplificado.

Ahora bien, con la aparición de la moneda acuñada, el rito de la pesada por el *libripens* viene a ser una mera formalidad, presentándose la *mancipatio* en todo caso como una *imaginaria venditio*, esto es, deja ser como hasta ahora una venta efectiva, para convertirse en un negocio abstracto de transmisión de la propiedad.

En definitiva, por lo que se refiere a la forma de la *mancipatio*, habíamos podido constatar que no deja solamente atisbar el simple cambio real de la cosa y dinero, sino que contiene también claramente un acuerdo: una suma de dinero viene ofrecida por una parte en vista de la adquisición de la propiedad de una cosa –*aes tenens; mihi emptus esto hoc aere*– y la otra parte acepta esta oferta no sólo con su silencio frente a la *vindicatio emptiois casua* del otro, sino sobre todo con el hecho –precisamente con el gesto– de cobrar la suma.

Es así que, cuando nace la compraventa consensual, se utilizan las expresiones *emere* y *vendere* para designar la actividad respectiva de las partes –volviéndolas a encontrar también en las fórmulas procesales de la *actio empti* y de la *actio venditi*– denominado al contrato en sí *emptio venditio*.

Los vocablos *emere* y *vendere* están estrechamente conectados con la *mancipatio*. El sentido del verbo *emere* en el formulario de la antigua *mancipatio*, con el significado de recibir, no de comprar, indicaría el carácter de adquisición de la propiedad, designándolo como derivativo.

El significado de *emere* como comprar proviene, evidentemente, de una valoración conjunta de la actividad del *mancipio accipiens*: *isque mihi emptus*, esto es, que él debe, en su conjunto, constituir un *emere*. Situación análoga tendríamos con el *vendere*, ya que el *mancipio dans*, durante el acto, no pronuncia palabra alguna.

En una compraventa al contado, realizada mediante *mancipatio*, una parte *emit* y la otra *vendit*, pero con ello las dos partes no concluyen ninguna *emptio-venditio*, ya que tal denominación viene aplicada al contrato obligatorio.

Entre la *mancipatio* y el contrato consensual de compraventa apreciaríamos por tanto una relación, ya este fin resulta útil considerar la designación de la *mancipatio* como *imaginaria venditio*, que aparece dos veces en las Instituciones gyanas.¹²¹ El modo de expresarse adoptado por Gayo en estos pasajes refleja ciertamente una concepción difusa en cuanto al cambio de la *mancipatio* de venta al contado en acto de transmisión de la propiedad.

De otra parte, fue el reconocimiento institucional de la compraventa consensual lo que comportó, al menos en la propia concepción de los juristas, la desaparición de la venta al contado realizada mediante *mancipatio*. La designación de la *mancipatio* como *imaginaria venditio*¹²² se referiría aquí a la *mancipatio* efectuada como acto de ejecución de un contrato de compraventa, que tendrá la apariencia de esta, y precisamente de una venta al contado, pero a lo cual falta el contenido, la propia substancia, la cual se transmitiría al contrato consensual que le sigue, de ahí que la compraventa consensual fuese entendida como un acuerdo obligatorio sobre la ejecución futura de la *mancipatio* de una cosa por un determinado precio.

El contrato de compraventa de *res Mancipi* venía por tanto considerado como un actividad que tenía lugar únicamente en ventaja del comprador, y en consecuencia no podía tener más que efectos obligatorios, como consecuencia de la *mancipatio*, el vendedor estaría obligado a la ejecución de la *mancipatio* de la cosa, y asumirá también la *obligatio auctoritas* por la eventual evicción, procurando además la posesión de la cosa vendida al comprador –*vacuam possessionem tradere*– y ello siempre como consecuencia de la *mancipatio*; en cambio, el comprador debe, en modo informal, pagar el precio.

Así pues, todas las obligaciones de las partes encontraron en el principio de la buena fe el propio fundamento, al ser la venta consensual protegida procesalmente por un *iudicium bonae fidei*. Pero las obligaciones antes enumeradas estaban ya determinadas por el hecho de que el contrato fue concebido mediante una determinación de la *mancipatio*. Posteriores obligaciones del vendedor fueron, en

¹²¹ Gai 1, 113, 119.

¹²² Gai 1, 119.

cambio, derivadas directamente del principio de buena fe; así, el *purgari dolo malo*¹²³ y la responsabilidad *per custodiam* en orden a la mercancía no entregada al comprador.

Por tanto, frente a esta *mancipatio iuris civilis*, surgió en el ámbito del *ius gentium* una compraventa consensual, obligacional, consistente en el cambio de cosa y precio, que ya no requería la presencia de la cosa y el precio, ni tenía efectos reales, sino que los efectos del contrato se van a derivar del mero consentimiento, características que definen a la compraventa clásica.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ÁLVAREZ, Mirta (2008): “Acerca de la distinción entre la permuta y la compraventa”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 11).
- AMBROSINO, R. (1953): “Le applicazioni innovative della *mancipatio*”, en; Arangio-Ruiz, Vincenzo y Lavaggi, Giuseppe (editores), en: *Studi in memoria di E. Albertario* (Milano, Giuffrè), t. II.
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2012): “Problems concernig *Mancipatio*”, en: *The Legal History Review* (vol. 80 núm. 3).
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2013): “El mercado y sus proyecciones en la propiedad en Roma arcaica”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 42 núm. 3).
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2014): “Las relaciones entre el mercado y la propiedad en el Lacio primitivo”, en: *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* (vol. 36 núm. 1).
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2015): “Market Economy in the Middle Republic”, en: *Zeitung der Savigny Stiftung, Römische Abteilung* (vol. 132).
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo (1954): *La compravendita in Diritto romano* (Napoli, Jovene), t. I.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo (1954): *La compravendita in Diritto romano* (Napoli, Jovene), t. II.
- BECHMANN, August (1876): *Der Kauf. Nach gemeinem Recht. Geschichte des Kaufs in römischem Recht* (Erlangem, Deichert).
- BIONDO, Biondi (1946): *Istituzioni di Diritto romano* (Milano, Giuffrè).
- BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel (2021): “Algunas reflexiones en torno al concepto romano y moderno de contrato”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 31).
- CAMACHO EVANGELISTA, Fermín (1993): “Derecho y rito. A propósito de Gai 1,119”, *Anuario de Estudios Sociales y jurídicos* (vol. 6).
- CANCELLI, Filippo (1963): *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano* (Milano, Giuffrè).
- CANNATA, Carlos (1997): “Compravendita consensuale romana: significato di una struttura”, en: Vacca, Letizia (directora), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli).
- CAPROGROSSI COLOGNESI, Luigi (2021): *Storia di Roma tra diritto e potere* (Roma, Strumenti).
- CORNIL, Georges (1939): “Du *mancipium* au *dominium*”, en: Wilhelms, Friedrich (director) *Fest-*

¹²³ D. 19, 4, 1.

- schrift Paul Koschaker: mit Unterstützung der Rechts (Weimar, Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik), t. II.
- DE VISSCHER, Fernand (1936): “*Mancipium et res Mancipi*”, en: SHDI (núm. 2).
- DE ZULUETA, Francis (1945): *The Roman Law of Sale* (Oxford, Oxford University Press).
- DÍAZ SAZO, Verónica (2023): “Una aproximación al traspaso del riesgo en la compraventa desde el Derecho romano hasta la actualidad”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 40).
- FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino; PARICIO SERRANO, Javier (1991): *Fundamentos de Derecho patrimonial romano* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (1994): “La compraventa”, en: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces).
- FUENTESECA, Pablo (1974): “*Mancipium-Mancipatio-dominium*”, en: Bretone, Mario; Guarino, Antonio (directores) *Mnemeion Solazzi* (Nápoles, Jovene).
- GALLO, Filippo (1960): *Il principio emptione dominium transfertur, nel diritto pregiustiniano* (Milano, Giuffrè).
- GALLO, Filippo (1964): “In tema di origine della compravendita”, en: SHDI (núm. 30).
- GARCIA GARRIDO, Manuel (1991): “Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código civil español”, en: Vacca, Letizia (directora), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva stotico-comparatistic. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Luca (17-20 abril 1990)* (Milano, Giuffrè).
- GÓMEZ BUENDÍA, Carmen (2023): “Una aproximación romanística a la obligación del vendedor de transmitir la propiedad: su reflejo en la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y circulación del modelo”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 40).
- GROSSO, Giuseppe (1944): *Il problema dei diritti reali nell'impostazione romana* (Torino, Giappichelli).
- GROSSO, Giuseppe (1963): *Il sistema romano dei contratti* (Torino, Giappichelli).
- IHERING, Rudolf von (1898): *Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung* (Leipzig, Erster Theil), t. I.
- KASER, Max (1960): *Das Römische Privatrecht* (München, C.H. Beck).
- KASER, Max (1962): “Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática moderna”, en: *Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid*.
- LABRUNA, Luigi (1968): *Plauto, Manilio, Catone. Premesse allo studio dell'emptio consensuale* (Milano, Giuffrè).
- LEVY, Ernst (1951): *West Roman Vulgar. The Law of Property* (Philadelphia, American Philosophical Society).
- LONGO, Carlo (1937): *Corso di Diritto romano. La compravendita* (Milano, Giuffrè).
- MAGDELAIN, André (1958): *La consensualisme dans l'edit du pretteur* (Paris, Recueil Sirey).
- MEYLAN, Philippe (1953): “Gaius Inst 1,119: *rem tenes ou aes tenens*”, en: Arangio-Ruiz, Vincenzo y Lavaggi, Giuseppe (editores), *Studi in memoria di E. Albertario* (Milano, Giuffrè), t. II.
- MEYLAN, Philippe (1953): “La genese de la vente consensuale romaine”, en: RHD (núm. 21).
- MOMMSEN, Theodor (1885): “Die romischen Anfänge von Kauf und Miete”, en: ZSS (núm. 6).
- PERNICE, Alfred (1895): *Marcus Antistaeus Labeo. Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit* (München, Halle).

- PRINGSHEIM, Fritz (1914): “Zum Eigentumsübergang beim Kauf“, en: ZSS (núm. 35).
- PRINGSHEIM, Fritz (1954): “L’origine des contrats consensuels”, en: RHD (núm. 32).
- SARGENTI, Manlio (1954): “Problemi della responsabilità contrattuale”, en: SHDI (núm. 20).
- SERRAO, Feliciano (1987): *Diritto privato, economia y società nella storia di Roma* (Napoli, Jovene).
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo (2012): “Orígenes del derecho de propiedad en Roma”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 18).
- VACCA, Leticia (2013): “*Emptio venditio e iusta causa traditionis* (A proposito di alcuni libri recenti)”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 19).
- VALERA, Carlos (2017): “Reflexiones acerca de la decadencia de la *mancipatio*”, en: *Revista General de Derecho Romano* (núm. 28).
- VOCI, Pasquale (1952): *Modi di acquisto della proprietà: corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè).
- WATSON, Alan (1984): *The later of Property in the later Roman Republic* (Aalen, Clarendon).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo (2018): “Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo”, en: *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia* (vol. 34).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo (2019): “*Contrahere obligationem* en el derecho romano clásico”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 32 núm. 1).
- WIEACKER, Franz (1988): *Römische Rechtsgechichte* (Munchen, C. H. Beck).