

## “EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA HACIA LA CONSENSUALIDAD EN LA *EMPTIO VENDITIO ROMANA*”

Javier Belda Mercado

La aparición de la compraventa como negocio obligacional<sup>1</sup>, fenómeno con frecuencia debatido por la doctrina romanística<sup>2</sup>, y acerca de la cual encontramos una amplia literatura<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>, lo cual representa una originaria invención del genio jurídico romano<sup>5</sup>, que consiguió así superar la concepción inicial de la compraventa real<sup>6</sup>.

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

---

1 En palabras de WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, München 1988, I, p. 441, n. 13, “*die Genesis des Konsensalkaufs*”.

2 MEYLAN, “La genèse de la vente consensuelle romaine”, *RHD* 21 (1953) pp. 129 ss.; CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano 1963 (= *BIDR* 67 (1964) pp. 270 ss.); BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Aalen 1965, pp. 417 ss.; MOMMSEN, “Die römischen Anfänge von Kauf und Miete”, *ZSS* 6 (1865) pp. 260 ss.; DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, pp. 3 ss.; LUZZATTO, “L'art.1470 C.c e la compravendita consensuale romana”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 19 (1965) pp. 897 ss.; WATSON, *The Law of Property in the later Roman Republic*, Aalen 1984, pp. 16 ss.; ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano* I, Napoli 1952; *id.*, *op. cit.* II, Napoli 1954, pp. 281 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “La compraventa”, *Derecho romano de obligaciones, Estudios Murga Gener* (Madrid 1994) pp.549 ss.; LABRUNA, “Plauto, Manilio, Catone: Premese allo studio dell'emptio consensuale”, *Labeo* 14 (1968) pp. 24 ss.; GALLO, *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustiniano*, Milano 1960, pp. 37, 55 ss.; CANNATA, “La compravendita consensuale romana: significato di una struttura”, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparativistica* (Torino 1997) pp.73-88; *cit.*, pp. 413 ss.; IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1888, pp. 201 ss.; PRINGSHEIM, “L'origine des contrats consensuels” *cit.*, *RHD* 32 (1954) pp. 475 ss.; BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*, Catania 1939, p. 265.

3 CANNATA, “La compravendita consensuale” *cit.*, pp. 413 ss..

4 Cf. *Gai* 3, 135: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus, conductionibus societatis, mandatis*; ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano* I, Napoli 1956, pp. 45 ss.; MEYLAN, “Rec. a Arangio Ruiz, *La compravendita* I *cit.*”, *IURA* 4 (1953) p. 366”; VOCI, Rec. a Arangio Ruiz, *op.cit.*, *IURA* 13 (1962) pp. 365-373; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “La compraventa”, *Derecho romano de obligaciones, Estudios Murga Gener* (Madrid 1994) p. 553; KASER, *Das Römische Privatrecht* *cit.*, pp. 546 ss..

5 ARANGIO RUIZ, *La compravendita* I *cit.*, pp. 16 ss.; CANNATA, *op. cit.*, p.416

6 Compraventa real que representaba la primitiva compraventa al contado, y que renacerá en el Derecho vulgar postclásico; FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO SERRANO, *Fundamentos de Derecho patrimonial romano*, Madrid 1993, p. 350.

época codificadora 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<sup>7</sup>.

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

A pesar de que la determinación del origen de esta figura jurídica constituye sin duda un tema polémico<sup>10</sup>, sin embargo, la configuración de la compraventa como contrato obligacional no es originaria<sup>11</sup>, sino que pertenece a una fase posterior de su evolución<sup>12</sup>, dado que tal carácter obligacional sólo puede atribuirse al Derecho romano clásico<sup>13</sup>.

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 convenio<sup>14</sup>- 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; incluso así, reconocía eficacia jurídica a algunos negocios consensuales taxativamente determinados, entre ellos, la *emptio-venditio*<sup>15</sup>.

Así pues, la noción de contrato consensual, en el cual el vínculo obligatorio nace tan sólo del acuerdo voluntad de los contratantes<sup>16</sup>, independientemente de cualquier

---

7 VACCA, "Anotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà" *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino 1997) pp. 127-142.

8 GARCÍA GARRIDO, "Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código civil español" *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatista, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca* (17-20 abril 1990) pp. 341 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, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1990, p. 558.

10 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "La compraventa" *cit.*, p. 557.

11 ARANGIO RUIZ señala que desde los tiempos más remotos, la compraventa se nos presenta como un acuerdo, pero no siempre como un contrato, en el sentido de acto del cual nacen ciertas obligaciones; *cf.* ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano cit.*, pp. 336 ss..

12 Como nos dice DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale cit.*, p. 3, "el contrato de compraventa romana como tal es fruto de una extensa y ardua evolución, extendiéndose desde las XII Tablas hasta Justiniano".

13 GALLO, *Il principio emptio dominium transfertur nel diritto pregiustiniano*, Milano 1960, p. 37

14 MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'edit du préteur*, Paris 1958, pp. 5 ss.; *vid.* también PEROZZI, "Servitù e obbligazioni", *Scritti giuridici* 2 (Milano 1948) pp. 565 ss..

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

16 *Gai* 3,139; D.18,1,9 (*Ulp.*, *lib. XXVII ad Sabinum*); D.44,7,57 (*Pomponius, lib. XXXVI ad Quintum Mucium*); I.3,23 pr.

otro requisito formal -como 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<sup>17</sup>.

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<sup>18</sup>.

Así como se puede constatar con claridad el carácter real de la compraventa al contado<sup>19</sup> -*Barkauf*, según la doctrina pandectística, 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<sup>20</sup>, ya que se aprecia una lenta y a su vez decisiva evolución histórico-jurídica entre una y otra<sup>21</sup>. Lo que resulta claro es que la eficacia pura-

17 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, ebraicos 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, "Zum Eigentumsübergang beim Kauf", *ZSS* 35 (1914) p. 328 s., por el cual, *res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*; vid. LEVY, "Las ventas dans la Bible, le transfert de propriété et le "Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit", *Mélanges Meylan* 2 (1963) pp. 157 ss.; cf. BOYER, "Nature et formations de la vente dans l'ancien droit babylonien", *AHDORIDA* 2 (1953) pp. 77 ss.; PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale* cit., p. 190; HOFFMANN, "Beitrag zum griech u. röm. Recht" cit., pp. 71 ss.; PIRENNE, "Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne", *Egypte* 2 (Bruxelles 1934) pp. 293 ss.; PETSCHOV, "Der Surrogationgedanke in neubabylonischen Recht", *RIDA* 1 (1954) pp. 125 ss.; *id.*, "Das neubabylonische Gesetzesfragment", *ZSS* 76 (1956) pp. 37 ss.; ARANGIO RUIZ, *La compravendita I* cit., p. 55; FADDA, *Istituzioni commerciali del diritto romano*, Napoli 1919, pp. 38 ss.; ANDRÉS SANTOS, *Subrogación y patrimonios especiales en el Derecho romano clásico*, Valladolid 1997, pp. 23 ss.; LUZZATTO, "L'art.1470 C.c e la compravendita consensuale romana" cit., p. 923; ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo* cit., p. 28.

18 CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano 1963.

19 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, "La compraventa" cit., pp. 553 ss.; *id.*, "El precio como elemento comercial en la *emptio venditio romana*", Madrid 1982, p. 19; *id.*, "Pecunia numerata en función de precio en la *emptio venditio romana*", *Estudios Álvarez Suárez* (Madrid 1978) p. 127; ARANGIO RUIZ, "Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano", *Festschrift Koschaker* 2 (Weimar 1939), pp. 141-161; *id.*, *La compravendita in Diritto romano* cit., pp. 4, 145 ss.; PELAYO DE LA ROSA, *La permuta. Desde Roma al Derecho español actual*, Madrid 1976; BALZARINI, v. "Permuta", *NNDI* 12 (Torino 1965) pp. 992 ss.; ARIAS BONET, "Sobre las relaciones entre permuta y compraventa en el derecho romano", *Estudios de Derecho público y privado, Seminarios de la Universidad de Valladolid* (1966) pp. 15-25; BESIA, v. "Permuta", *DI* 18 (Torino 1906-1912) pp. 445 ss.; DE BELLA, v. "Permuta", *NDI* 9 (Torino 1939) pp. 8923 ss.; MASCHI, "Impostazione storica della compravendita e della permuta nel 1.33 *ad Edictum* di Paolo", *Studi de Francisci* 2 (Milano 1956) pp. 355 ss.; SITZIA, v. "Permuta", *ED* 33 (1983) pp. 106-116; BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht I. Geschichte des Kaufs im Römischen Recht*, Erlangen 1876, p. 6; CAMACHO EVANGELISTA, "Derecho y rito. A propósito de Gayo 1,119", *Anuario de estudios sociales y jurídicos*, vol. 6 (Granada 1977), pp. 7 ss.; HUVELIN, *Études d'Histoire du Droit Commercial romain*, Paris 1929, pp. 3 ss.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, pp. 166 ss.; MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Sirey 1958, pp. 71 ss.; VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, pp. 257 ss.; para un desarrollo posterior de la permuta en época postclásica, cf. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia 1951, p. 137; KASER, *Das römische Privatrecht* 2, München 1975, p. 277.

20 LONGO, *Corso di Diritto romano. Parte speciale: La compravendita*, Milano 1944, p. 154.

21 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, "Recensión a ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano* 2, Napoli 1954, en *IURA* 13 (1962) p. 366."

mente 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<sup>22</sup>.

En efecto, tanto la compraventa de *res nec mancipi*, como la formalización por *mancipatio* de las *res mancipi*, implicaban trueque de cosa por precio, de forma que la cosa comprada se entendía que ingresaba en el patrimonio del comprador, al mismo tiempo que el precio entraba en el del vendedor, de ahí que el principio de subrogación fuese rigurosamente aplicado:

*Pretium succedit in locum, res succedit in locum pretii*<sup>23</sup>.

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<sup>24</sup>.

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 autónomo<sup>25</sup> 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<sup>26</sup>.

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 Justiniano<sup>27</sup> -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.

---

22 GALLO, *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustiniano*, Milano 1960. p. 19.

23 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.

24 Respecto a la *mancipatio*, presenta la ventaja de ser accesible también a los *peregrini*, precisamente porque se contrae *consensu*; no requiere formalidad alguna, y se puede contraer entre ausentes; BIONDI, *Istituzioni cit.*, p. 363.

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

26 PRINGSHEIM, "L'origine des contrats consensuels", *RHD* 32 (1954) pp. 473 ss.; ARANGIO RUIZ, *La compravendita I cit.*, p. 46.

27 FERNÁNDEZ ESPINAR, "La compraventa en el Derecho medieval español", *AHDE* 25 (1955) pp. 9 ss..

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 hayar 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<sup>28</sup>.

Así, entre ellas destaca la hipótesis sostenida por PERNICE<sup>29</sup> o por MONIER<sup>30</sup> sobre tal génesis, para los cuales la compraventa, antes de ser reconocida como contrato consensual, habría sido reconocida como negocio del tipo de los sinalagmas 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* -vgr. 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<sup>31</sup>.

Esta teoría propondría de entrada una solución criticable a nuestro entender, históricamente discutible, ya que la idea de la obligación que nace de la prestación de una de las partes surgió en una época relativamente tardía, que se inicia en el primer siglo del Principado, dando lugar a la categoría de contratos innominados; por tanto, sería inexplicable el reconocer como negocios bilaterales obligatorios tales sinalagmas reales<sup>32</sup> representados por el contrato innominado *do ut des*.

Además, el *synallagma do ut des* 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*<sup>33</sup>.

28 Aunque en realidad, según GALLO, "In tema di origine della compravendita", *SHDI* 30 (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.

29 PERNICE, *Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Halle 1892 (reimp. Aalen 1963) pp. 474 ss.; *id.*, *op. cit.* 2.1, p. 318, n. 1; *id.*, "Parerga", *ZSS* 9 (1898) p. 222, n. 4; del mismo parecer, *cf.* HUVELIN, *Etudes d'Histoire du Droit Commercial cit.*, p. 90; COSTA, *Storia del Diritto romano privato*, Torino 1911, p. 387.

30 MONIER, *Manuel de Droit romain* I, Paris 1947, pp. 134 ss..

31 LONGO reconoce que el sinalagma *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, *op. cit.*, pp. 154 ss..

32 BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1951, p. 392; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni cit.*, pp. 315 ss.; VOLTERRA, *op. cit.*, pp. 533-535.

33 *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<sup>34</sup>.

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 sinalagmas reales, habría que remontarse a época postclásica, con el reconocimiento de los contratos innominados.

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<sup>35</sup>, 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<sup>36</sup>.

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 compraventa al contado para convertirse en compraventa a crédito<sup>37</sup>, 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<sup>38</sup>.

---

34 VOLTERRA, *Istituzioni cit.*, p. 498; TORRENT, *op. cit.*, p. 448.

35 BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I cit.*, pp. 330 ss..

36 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, *op. cit.*, *loc. cit.*; BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile II* (Torino 1914) pp. 138-139.

37 PERNICE, "Parerga", *ZSS* 9 (1888) p. 222; ARANGIO RUIZ, *Compravendita cit.*, p. 59.

38 BERTOLINI, *op. cit.*, pp. 138 ss..

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<sup>39</sup>, ARANGIO RUIZ<sup>40</sup>, GIRARD<sup>41</sup>, BEKKER<sup>42</sup>, WATSON<sup>43</sup>, o SCHULZ<sup>44</sup> y SARGENTI<sup>45</sup>. 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*<sup>46</sup>, y, más concretamente, dos *stipulationes*<sup>47</sup> distintas, congruentes a un mismo fin, y teniendo por objeto, respectivamente, la entrega de la cosa y el pago del precio<sup>48</sup>: una, hecha por el vendedor, referente a la prestación de la

39 IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung* I, Leipzig 1898, pp. 581 ss.; *ID.*, *Esprit du droit romain* 3 (trad. esp. de Príncipe y Satorres) Madrid 1892 p. 232.

40 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, *La compravendita* 2, *cit.*, pp. 45-62.

41 Según GIRARD, “La garantie d’éviction dans la vente consensuelle”, *NRH* 8 (1884) pp. 395 ss., “las partes se obligan a la entrega de la cosa y del precio, haciendo surgir obligaciones recíprocas; a hacer, no una venta traslativa de la propiedad, más propia de la teoría de los modos de adquirir, sino a una venta obligatoria, que pertenecía a la teoría de los contratos, produciéndose una separación entre el negocio obligacional y el negocio de disposición”.

Este autor basa su teoría en varios argumentos, entre otros, que pueda considerarse indicio de este procedimiento el mismo nombre de la venta, *emptio-venditio*, o en el uso que se empleaba en el tiempo en que las obligaciones nacen *solo consensu*, como en la subasta de los bienes del deudor hecha por los acreedores, para dar nacimiento contra el adjudicatario a un crédito verbal del precio; GIRARD, “Etudes hist. sur la formation du systeme de la garentie d’éviction en Droit romain”, *Mélanges de Droit Romain* 2 (Paris 1923) p. 49. Además, considera que el reconocimiento de la compraventa consensual habría que fijarlo en el momento de la introducción del procedimiento formulario (*lex Aebutia*), rechazando el procedimiento de las *legis actiones*, ya que ninguna acción de este género vendría llamada a protegerla, basada en el principio *Nulla actio sine legis* -ninguna *legis actio* es posible sin una ley que la recoja-.

42 BEKKER, *Die Aktionen der römischen Rechts* I, Berlin 1871, p. 156; *ID.*, “Über die “*leges locationes*” bei Cato *de re rustica*”, *ZSS* 3 (1864) p. 442.

43 WATSON, *The Law of Property in the later Roman Republic*, Aalen 1984, pp. 16 ss..

44 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”.

45 SARGENTI, “Problemi della responsabilità contrattuale”, *SHDI* 20 (1954) pp. 126 ss..

46 Su carácter abstracto la hizo sumamente elástica, aparte de considerarla idónea para generar obligaciones de diversa naturaleza, independientemente del tipo de prestación debida; HUVÉLIN, *Cours élémentaire de Droit romain*, Paris 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.

47 VOLTERRA, *op. cit.*, p. 498, piensa que este sistema era ya utilizado *ab antiquo* en Roma, en donde no se transmitirían derechos, sino que se constituían obligaciones;

48 Quizás se pueda deducir que el nombre de la *emptio-venditio* pueda derivar del empleo de estas dos estipulaciones; *cf. FERNÁNDEZ ESPINAR*, “La compraventa en el Derecho medieval español”, *AHDE* 25 (1955), pp. 295 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 *actiones* procesales de la *actio empti* y la *actio venditi*, denominando *emptio venditio* al contrato en sí; MONIER, *op. cit.*, p. 132; CUQ, *Institutions juridique des romains*, Paris 1902, p. 454, n. 11.

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<sup>49</sup>.

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*<sup>50</sup>.

Así, el objeto peculiar de la compraventa podía alcanzarse a través de esta doble estipulación cruzada<sup>51</sup>, por lo que para llegar a la compraventa meramente consensual, se tuvo que recurrir al mecanismo del contrato verbal *-verborum obligatio*<sup>52</sup>-, 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<sup>53</sup>.

La naturaleza obligatoria del contrato consensual se entendería realizada por medio de dos *stipulationes*, una convención entre comprador y vendedor<sup>54</sup>, 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<sup>55</sup>.

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.

---

49 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, "Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano" *cit.* p. 34; VOLTERRA, *op. cit.*, p. 506.

50 SCHULZ, *Classical Roman Law, Oxford 1951 (trad. esp. de Santa Cruz Teijeiro), Derecho romano clásico*, Barcelona 1960, p. 504.

51 LUZZATTO, "L'art.1470 C.c e la compravendita consensuale romana" *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 19 (1965) pp. 897 ss..

52 GIRARD, *op. cit.*, p. 570, n. 1; ARANGIO RUIZ, *La compravendita in Diritto romano I cit.*, pp. 44 ss..

53 LONGO, *La compravendita cit.*, p. 157; VOLTERRA, *op. cit.*, p. 498, se ha de advertir 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, *Römisches Recht II*, Berlin 1915, pp. 196-197.

54 ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, pp. 45-62.

55 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, "Compravendita e trasferimento della proprietà" *cit.*, p. 34.



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.

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<sup>56</sup>.

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<sup>57</sup>, en las dificultades prácticas que presentaba la doble *stipulatio*<sup>58</sup>: 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<sup>59</sup>.

Otra dificultad añadida a esta teoría radicaría en el carácter formal y abstracto de la *estipulatio*, 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<sup>60</sup>.

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 estipu-

56 DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, p. 4; ARANGIO RUIZ, *Compravendita cit.*, pp. 57 ss..

57 TORRENT, *Instituciones de Derecho privado I,1. Derecho civil, Parte general*, Zaragoza 1994 p. 448, en su crítica, aduce la inexistencia de huella alguna en este complicado cruce de estipulaciones -vgr., 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, *op. cit.*, p. 454, n. 10.

58 De ahí que ARANGIO RUIZ recurra a dos estipulaciones simultáneas y recíprocamente condicionadas a la ejecución de la contraprestación; ARANGIO RUIZ, *La compravendita cit.*, pp. 61 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 sponsionumque 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, “La compraventa” *cit.*, p. 553.

59 ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, *loc. cit.*

60 LUZZATTO, *op. cit.*, p. 918.

laciones que progresivamente se conectarían entre ellas, pero sin llegar a conformar una relación sinalagmática como nosotros la 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<sup>61</sup>.

Otra hipótesis sería la apuntada por MOMMSEM<sup>62</sup> o CANCELLI<sup>63</sup>, según la cual en las compraventas realizadas entre particulares o por particulares, u otro tipo de relaciones jurídicas de carácter administrativo concluidas<sup>64</sup> en Roma entre el Estado y los ciudadanos romanos<sup>65</sup> -o, como denomina este último autor, ventas *ex lege censoria*<sup>66</sup>-, 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 concluidos bajo la forma de *locatio ex lege censoria quaestoria*<sup>67</sup>.

---

61 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; *ID., op. cit.*, p. 91; GALLO, "In tema di origine della compravendita consensuale", *SHDI* 30 (1964) p. 305.

62 MOMMSEM, "Die Römischen Aufänge vom Kauf und Miethe", *ZSS* 6 (1885) pp. 260-274 (= *Juristischen Schriften* 3 (Berlin 1907) pp. 13 ss.); CUQ, *op. cit.*, pp. 226 ss.; CHAUSSE, "Les singularité de la vente romaine", *NRH* 23 (1899) pp. 513 ss.; GALLO, *Il principio emptione dominium transfertur cit.*, pp. 15 ss..

63 CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel Diritto romano*, Milano 1963 (= *BIDR* 67 (1964) pp. 264 ss.); también ALBANESE, "Rec. a CANCELLI, *op. cit.*", *BIDR* 67 (1964) pp. 270 ss.."

64 Sobre la derivación de la *emptio venditio* y de la *locatio venditio* del ámbito del Derecho público, *vid. DE SANCTIS, Storia dei romani*, vol. 2, Firenze 1957, p. 114.

65 Las fuentes nos suministran noticias sobre las *auktiones* públicas y privadas, mientras que encontramos alusiones a las *auktiones* privadas en los textos literarios republicanos; así, en CATO, *De agricultura* 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 auctiois et partitionis.*

66 CUQ, *op. cit.*, 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 Iavoleno epitomatorum*), o la persona autorizada para recibir: D. 45,1,56,2 (*Iulianus, lib. LII Digestorum*); *cf.* también Cic. *De leg.* 4,14; *Top.* 8,33.

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, L'origine del contratto consensuale di compravendita cit.*, p. 38; RANDAZZO, *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Catania 1998, p. 5, n. 1; p. 74, n. 92; pp. 81, 91, n. 25; pp. 165, 167; PEZZANA, "Sulla actio empti como azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone", *BIDR* 62 (1959) pp. 187 ss..

67 TORRENT, *op. cit.*, p. 447.

Además, estas ventas públicas<sup>68</sup>, es decir, las realizadas por un magistrado en subasta pública *-venditionis sub hasta*<sup>69</sup>-, se les denominaba *auctio*<sup>70</sup>, 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 adjudicaban al mejor postor, cuya oferta de venta se recogería en una *lex venditionis*, similar a las *leges mancipi -lex rei sua dicta*<sup>71</sup>-, 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 *auctiones* públicas acabarán influyendo en el Derecho privado, realizándose muchas *auctiones* 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<sup>72</sup>.

En estas ventas se procedía a un simple acuerdo entre el Estado y los particulares, con el que se establecían las modalidades del negocio<sup>73</sup>, recurriendo a un arbitraje en caso de controversia, arbitraje<sup>74</sup> que en ocasiones recaería en la figura del censor<sup>75</sup>, que por medio de una *lex censoria*<sup>76</sup> fijaba las condiciones de venta (o del arrendamiento en su caso), para regular las eventuales controversias<sup>77</sup>.

68 Sobre las ventas públicas, PERNICE, *op. cit.*, pp. 350-358; GIRARD, *op. cit.*, pp. 295 ss.; CUQ, *op. cit.*, pp. 258 ss..

69 CANCELLI aduce como argumento a favor del origen publicístico la frecuencia de la venta *sub hasta* en el ámbito del Derecho privado; CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita cit.*, p. 28; TALAMANCA, *Contributi allo studio della vendita all'asta nel mondo classico*, Roma 1954, p. 153.

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

71 Cf. también CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita cit.*, p. 37; BETTI, *Istituzioni di Diritto romano*, Padova 1962, pp. 193 ss.; ARANGIO RUIZ, *La compravendita I cit.*, pp. 168 ss.; RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Catania 1998, pp. 65 ss..

72 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "La compraventa" *cit.*, pp. 555 ss.; TORRENT, *op. cit.*, p. 448.

73 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*).

74 D.18,1,7 pr. (*Ulpianus, lib. XXVIII ad Sabiumum*):

*...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, Druusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia;* en el mismo sentido, CIC., *De off* 3,15.

75 VARRO, *Ap. 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.*

76 Cf. VARRO, *Ap. Non.*, 517: *Itaque quod hos arbitros instituerunt populi, censores apeelaverunt; idem enim valet censere et arbitrari.*

77 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, *L'origine del contratto consensuale cit.*, p. 453.

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 adquiriría 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<sup>78</sup>.

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 que los magistrados trataran 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*<sup>79</sup>.

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<sup>80</sup>.

Además, las relaciones administrativas que nos suministran las fuentes se desarrollarían en época bastante avanzada, chocando con el hecho de que las fuentes suelen relacionar el origen de los contratos consensuales en el *ius gentium*<sup>81</sup>, 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*<sup>82</sup>, 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 MOMMSEN<sup>83</sup> 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

---

78 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, *op. cit.*, pp. 28 ss.; CUO, *op. cit.*, p. 453; ARANGIO RUIZ, *La compravendita* 1 *cit.*, p. 50.

79 MOMMSEN, "Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe" *ZSS* 6 (1885) pp. 260 ss (= *Juristischen Schriften* 3 (Berlín 1907 pp. 13 ss.); también PARICIO, "Sobre el origen y naturaleza civil de los *bonae fidei iudicia*", *Estudios Reimundo Yanes* (Burgos 2000) pp. 189 ss.; BIONDI, "*Iudicia bonae fidei*", *Annali Palermo* 7 (1918) pp. 59 ss.; CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Nápoles 1964 (= *SHDI* 33 (1967) pp. 65 ss.).

80 En contra, principalmente ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 49; SCIALOJA, *op. cit.*, p. 184.

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

82 Cf. *Gai* 1,119: *...Isque mihi emptus...esto hoc aere...*

83 MOMMSEN, *op. cit.*, *loc. cit.*

permanecería latente el problema en la época intermedia entre las XII Tablas y el contrato consensual<sup>84</sup>.

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*<sup>85</sup>.

Otros autores, como DE ZULUETA<sup>86</sup> ó MEYLAN<sup>87</sup>, hacen derivar la compraventa consensual de la antigua *mancipatio*<sup>88</sup>, 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<sup>89</sup>.

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<sup>90</sup>, 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.

84 GALLO, "In tema di origine della compravendita consensuale" *cit.*, pp. 299 ss..

85 En palabras de ARANGIO RUIZ, la opinión de MOMMSEN "*non ha per se veramente che la grandezza del nome del suo autore, non essendo avalorata da nessuna prova*"; *cf.* ARANGIO RUIZ, *La compravendita romana I cit.*, p. 50.

86 DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale cit.*, pp. 3 ss..

87 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*; *ID.*, "Varron et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine", *Scritti Ferrini* 4 (Milano 1930) pp. 176 ss.; *ID.*, "Gaius: Inst. 1, 119: 'Rem tenens' o 'aes tenens'", *Studi Albertario* 2 (Milano 1953) pp. 215 ss..

88 También *cf.* BERNHÖFT, *Beitrag z. Lehre vom Kaufe*, Jena 1875, pp. 9 ss.; UBBELOHDE, *Zur Gesch. der benannten Relalcontr. cit.*, pp. 59 ss.; DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethes cit.*, p. 206.

89 MEYLAN, "La conception classique de la vente et le fragment D.12,4,16", *RIDA* 1 (1949) pp. 133 ss.; *ID.*, "La *satisdatio secundum Mancipium*", *RHD* 16 (1948) pp. 1 ss..

90 *Cf.* *Gaius* 1,119.

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 arbitraría una fórmula para cuando una de las partes no poseía la ciudadanía romana, pues en este caso no era posible la *mancipatio*<sup>91</sup>: se verá pues, en esta fórmula arbitrada por el pretor, el antecedente histórico de la compraventa romana.

Otros autores<sup>92</sup> 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, aún cuando no tuviese fuerza obligatoria. Por todo ello, se enlaza el origen de la compraventa con el concepto de la *fides*<sup>93</sup>, en primer lugar operante sobre el plano social, y, posteriormente, reconocido jurídicamente<sup>94</sup>.

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<sup>95</sup>, y no se haya llegado al reconocimiento general del acuerdo de voluntad como fuente de obligaciones.

91 ARANGIO RUIZ, "Diritto puro e diritto applicato" *cit.*, pp. 141-161.

92 FERRINI, "Sull'origine del contratto di vendita in Roma", *Mem. Acc. Modena* (1893) pp. 179 ss.(= *Opere* 3 Milano 1929, pp. 49 ss.); *ID.*, *Pandette cit.*, p. 679; VOIGT, *Die Lehre vom ius naturale, aequum e bonum und ius gentium der Römer* 3, Leipzig 1856, p. 231; KUNKEL, "Fides als Schöpferischen Element im römischen Schuldrecht", *Festschrift Koschaker* 2 (Weimar 1939) pp. 1 ss.; KASER, "Mores maiorum und Gewohnheitsrecht", *ZSS* 59 (1939) pp. 62 ss.; GROSSO, "Gayo 1,133, Riflessioni sul concetto di *ius gentium*", *RIDA* 3 (1949) (= *Mélanges de Visscher* 1, pp. 595 ss.); *ID.*, v. "Buona fede", *ED* 5 (Milano 1961) pp. 661 ss..

93 Sobre la cuestión, PERNICE, *Marcus Antistaeus Labeo. Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaizerzeit*, Halle 1895, *passim*, 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, definiendo el aspecto ético de la *fides*, presentándola como un aspecto general e igual, asumible en todo tipo de relación jurídica; BONFANTE, "Essenza della *bona fides* e il suo rapporto colla teoria del error", *BIDR* 6 (1893) pp. 85-118 (= *Scritti giuridici* 2 (Torino 1918) pp. 708-747); *cf.* IHERING, *L'sprit de droit romain* (trad. franc. de Meulenaere) 3, Paris 1877, pp. 187 ss.; CAMACHO EVANGELISTA, "Sobre *bona fides* en el Derecho romano de obligaciones", *Publicaciones del Seminario de Derecho romano de la Universidad de Granada* (Granada 1982) pp. 10-16; *ID.*, "La *bona fides* en el Derecho privado de obligaciones" *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación de Granada* (Granada 1986) pp. 8-13; KASER, "Fides", *ZSS* 63 (1943) pp. 117 ss.; GROSSO, "Buona fede", (*Diritto romano*) *ED* 5 (1959) pp. 661 ss.; también *fidem habere*: tener confianza, credibilidad, dentro de una relación de buena fe; BENVENISTE, *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*, Madrid 1983, pp. 115 ss.; LOMBARDI, *Della fides alla bona fides*, Milano 1961, pp. 47 ss.; LEMOSSE, "L'aspect primitif de la fides", *Studi De Francisci* 2 (Milano 1956) pp. 41 ss..

94 MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'edit du prêteur cit.*, pp. 122 ss..

95 LONGO, *Corso cit.*, pp. 181 ss.; PARICIO, "Sobre el origen y naturaleza civil de los *bonae fidei iudicia*" *cit.*, pp. 189 ss..

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 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*<sup>96</sup>.

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<sup>97</sup>.

Junto a esta tesis, que encuentra su confirmación en las fuentes que justifican que la *emptio-venditio*, como otros contratos consensuales, *consenso 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*<sup>98</sup>, 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 LONGO<sup>99</sup> y SCIALOJA<sup>100</sup>, entre otros- que el elemento consensual tendría su cabida en el campo del *ius gentium*<sup>101</sup>, a través de la *iurisdictio* del *praetor peregrinus*<sup>102</sup>, por lo que

96 WIEACKER, "Zum Ursprung der *bonae fidei iudicia*", ZSS 83 (1963) pp. 1 ss..

97 Véase crítica a esta teoría por parte de GIRARD, *op. cit.*, p. 536, n. 2, y BECHMANN, *Der Kauf cit.*, pp. 471 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.

98 GROSSO, "Riflessioni sul concetto di *ius gentium*", RIDA 6 (1949) (=Mélanges de Visscher I, pp. 595 ss..)

99 LONGO, *Corso cit.*, p. 158.

100 SCIALOJA, *La compravendita. Corso di diritto romano cit.*, Roma 1907, pp. 181 ss.; *id.*, "La L.16 Dig. de *condicio causa data* 12,4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana", BIDR 19 (1907) pp. 161 ss.; también LUZZATTO, "L'art.1470 C.c e la compravendita consensuale romana" *cit.*, p. 942.

101 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, "Compravendita consensuale romana" *cit.*, p. 416.

102 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, *Istituzioni cit.*, p. 557.

la compraventa consensual -ya en uso entre los *peregrini*, ajenos al formalismo propio del *ius Quiritarium*<sup>103</sup>- se consideraba, por tanto, como uno de los elementos del proceso de formación del *ius gentium*<sup>104</sup>. De este modo, los negocios *iuris 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*<sup>105</sup>, 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*<sup>106</sup>.

De esta manera, la compraventa consensual, en lo que respecta a las relaciones entre ciudadanos y peregrinos<sup>107</sup>, comenzó a ser protegida y reconocida jurídicamente<sup>108</sup> 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*<sup>109</sup>:

*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*<sup>110</sup>.

103 LUZZATTO, *op. cit.*, p. 925.

104 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 homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*; *cf. Gai* 3,154, sobre la sociedad: *... societates..., 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*.

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

106 “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 *peregrini*, 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, “La compraventa” *cit.*, pp. 556 ss..

107 APPLETON, “L’obligation de transférer la propriété dans la vente romaine”, *NRH* 30 (1906) pp. 739 ss.(=*NRH* 31 (1907) pp. 100 ss.); DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, pp. 36 ss.; ARANGIO RUIZ, *La compravendita I cit.*, pp. 159 ss.; MEYLAN, “La conception classique de la vente” *cit.*, pp. 133 ss..

108 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, “La compraventa” *cit.*, p. 557; CANNATA, “Compravendita consensuale romana” *cit.*, p. 426; LONGO, *Corso. La compravendita cit.*, p. 164.

109 LONGO, *Corso. La compravendita cit.*, p. 157; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “La compraventa” *cit.*, p. 70.

110 D.19,1,38,1 (*Celsus, lib. VIII Digestorum*); LONGO, *op. cit.*, p. 163.



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.

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*<sup>111</sup>.

Aquí, Paulo, considerando a la *emptio* negocio *iuris gentium*, 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*<sup>112</sup>, el cual viene a acaparar también figuras practicadas desde siempre por los romanos, en cuanto conformes a la naturaleza de las cosas -vgr. *traditio*, *sponsio*-; tal distanciamiento de la *emptio venditio* del *ius civile* vendría indicado por el criterio de la *bona fides*<sup>113</sup> 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* figuras 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 extenderá posteriormente a las relaciones entre ciudadanos romanos en el momento en que fueran admitidos por el pretor a litigar *per formulam* entre ellos<sup>114</sup>.

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 un genérico *iudicium bonae fidei*, que implicaría un *dare oportere ex fide bona*, y donde se configurarían las obligaciones de las partes a través de la aplicación del criterio de la buena fe objetiva<sup>115</sup>.

111 D.18,1,1,2 (*Paulus, lib. XXXIII ad Edictum*); ARANGIO RUIZ, *La compravendita I cit.*, p. 89; ERMAN, "D (18,1) I pr.", ZSS 22 (1901) p. 161.

112 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, "Compravendita e trasferimento della proprietà" *cit.*, p. 43; LONGO, *Corso cit.*, pp. 163 ss.; SCIALOJA, "La l.16 Dig. de conditio causa data 12,4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana" *BIDR* 19 (1907) pp. 161 ss.; LUZZATTO, "L'art. 1470 C.c e la compravendita consensuale romana" *cit.*, p. 942; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1885, pp. 612 ss..

113 BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I cit.*, pp. 616 ss..

114 KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 109; PUGLIESE, "Compravendita e trasferimento della proprietà" *cit.*, p. 36, resalta que algunos *bonae fidei iudicia* -que se desarrollaban a través del procedimiento *formulario*-, surgieron para dirimir controversias entre ciudadanos romanos.

115 LUZZATTO, *op. cit.*, p. 926; ARANGIO RUIZ, *La compravendita cit.*, p. 207.

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*<sup>116</sup>.

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 abarcara 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.

---

116 LUZZATTO, *op. cit.*, *loc. cit.*