

LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA POR EVICCIÓN DEL COMPRADOR EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Javier Belda Mercado

Sumario: 1.- Punto de partida; 2.1.-El régimen de la *actio auctoritatis* como precedente de la responsabilidad en caso de evicción; 2.2.- Estipulaciones ajenas al contrato de compraventa como recurso contra la evicción; 2.2.1.-*Satisfatio secundum Mancipium* y *repromissio secundum Mancipium*; 2.2.2.- *Stipulatio duplae*; 2.2.3.-*Stipulatio rem habere licere*; 2.3.- La evicción como elemento natural del contrato de compraventa en el Derecho romano clásico. Garantía procesal del comprador en caso de evicción.

1.- PUNTO DE PARTIDA

El tema de la responsabilidad por evicción del vendedor ha sido dentro del mundo jurídico, ampliamente conocido y tratado, siendo a su vez, uno de los más complejos del Derecho romano, e incluso ya desde tiempos más remotos, cuando la venta se hacía a condición de que el vendedor transmitiese la cosa por medio de la *mancipatio*, quedaba aquél obligado a garantizar al comprador el *dominus ex iure Quiritium*. Una vez planteada semejante hipótesis, en el caso de que una tercera persona tuviese derecho a la cosa mancipada, el comprador reclamaba al vendedor para que cumplierse su deber de *praestare auctoritatem*, y en caso de que el vendedor faltase a ese deber, o que, a pesar de su apoyo, la cosa le fuese judicialmente quitada al comprador, éste podía obrar en virtud de la obligación contraída al celebrarse la *mancipatio -lege Mancipi, iure auctoritatis-*, con el fin de obtener el doble del valor de la cosa¹.

El encuadramiento de la responsabilidad por evicción dentro del conjunto de obligaciones del vendedor romano nos viene confirmado por dos textos: D.19,4,1 pr. (*Paulus, lib. XXXII ad Edictum*)², y D.19,1,11,2³ (*Ulp., lib. XXXII ad Edictum*) que

1 ARANGIO RUIZ, *La compraventa in diritto romano*, Napoli 1954, pp. 309 ss.; GIRARD, "La garantie d'éviction dans la vente consensuelle", *NRH* 8 (1884) 395 ss..

2 En D.19,4,1 (*lib. XXXII ad Edictum*), *Paulus* describe así las obligaciones del vendedor:

...*Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; itaque si evicta res non sit, nihil debet;*

Esto es, asumir la garantía por evicción, transmitir la posesión de la cosa, y abstenerse de cualquier comportamiento doloso. Según la doctrina, en esta tripartición de *Paulo* enunciada en este texto, se individualizaría de manera equívoca la obligación de garantía por evicción, siendo por tanto el corolario necesario de la "suficiencia", a fines del cumplimiento del vendedor, de *possessionem tradere*, a la cual se añadiría una obligación genérica de *purgari dolo malo*; VACCA, "Sulla responsabilità *ex empto* del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica", *Vendita e trasferimento della proprietà nella*

reflejan, por un lado, que la obligatio *ob evictionem* estaría sobre el mismo plano que la obligación de *tradere possessionem* y de *purgari dolo malo*⁴, mientras que en el pasaje de Ulpiano sería todavía visible la subordinación de la *obligatio evictionis nomine* a la obligación de *tradere*⁵.

De esta manera, interesaría poner de relieve el originario nexo de unión entre la obligación de *tradere* y la de *praestare evictionem*⁶, ya que precisamente, en esta exigencia de *vacuam possessionem, ut habere liceat*, estaría en el fondo implícita la posición y la solución del problema de la evicción⁷. Esto es, la necesidad de la evicción aparece como una consecuencia directa de la inexistencia de la obligación del vendedor de producir el resultado traslativo⁸.

La garantía por evicción en el sistema romano es considerada como efecto obligatorio de la venta, unida a la típica configuración de ésta como medio para procurar al comprador el *habere licere*, junto con una inexistente obligación de transmitir la propiedad⁹.

prospettiva storico-comparatistica (Torino 1997) pp. 209, 210. El *purgari dolo malo* es un obligación basada en el *oportere ex fide bona*, la cual recae, por otro lado, sobre el comprador; en base a ella, además de a otras específicas obligaciones, el vendedor está obligado a abstenerse de cualquier comportamiento incorrecto; la *ob evictionem se obligare* comporta el deber de asumir, mediante una *stipulatio*, la responsabilidad por evicción de la cosa vendida; sobre tal evolución, *vid.* KASER, *Römische Privatrecht I*, München 1960, p. 556; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 586; *id.*, “Vendita” (*dir. romano*), ED 48 (Milano 1993) p. 382; CUQ, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris 1928, p. 459; ACCARIAS, *Precis de Droit romain*, Paris 1891, p. 280.

3 D.19,1,11,2 (*Ulp. lib. XXXII ad Edictum*): *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur*; CUQ, *op. cit.*, p. 270; MONIER, “Le caractère de bonne foi du contrat de vente et l’obligation de mancipier”, *Mélanges Cornil 2* (Bruxelles 1926), p. 147, n. 2; sobre posibles interpolaciones, ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, pp. 300 ss.; ARCHI, “In tema di trasferimento della proprietà per compravendita” *SHDI I* (1935) p.121; ARNO, “Il passaggio della proprietà nella compravendita romana” *Atti Torino 74* (1939) p. 575.

Confróntase también el pasaje de Celso D.12,4,16, según el cual, quien ha pagado para recibir en propiedad al esclavo Stico sin conseguirlo, tan sólo podrá reclamar la restitución del dinero otorgado; GIRARD, “La garantie d’éviction dans la vente consensuelle”, *Mélanges de Droit romain 2* (Paris 1923) p. 107; D.12,4,16 (*Celsus, lib. II Digestorum*); *cf.* SCIALOJA, “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.; APPLETON, “Le fragment 16 D.12,4. L’obligation de trasferer la propriété dans la vente romaine” *cit.*, p. 62; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano I*, Torino 1990, p. 560.

4 Al ser la compraventa consensual protegida por un *iudicium bona fidei*, las obligaciones de las partes, esencialmente la *obligatio auctoritatis* derivada de la evicción, y la de procurar la posesión de la cosa vendida al comprador, *vacuam possessione tradere*, -determinadas por el hecho de entender el contrato mediante una interpretación de la *mancipatio*-, encontraron en el principio de buena fe su propio fundamento; posteriores obligaciones del vendedor fueron, en cambio, derivadas del principio de la buena fe, así, sobre todo, el *purgari dolo malo -cf. D.19,4,1 pr.-* y la responsabilidad por custodia de la mercancía todavía no entregada al comprador; KASER, *Das Römische Privatrecht I cit.*, p. 556; ARANGIO RUIZ, *La compravendita cit.*, pp. 149 ss.; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1946, p. 368.

5 ESPÍN CANOVAS, “Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción”, *RDP 50* (1966) p.3.

6 BIONDI, *op. cit.*, p. 384; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. esp. de Daza Martínez), Madrid 1986, p. 503; MAYNZ, *Curso de Derecho romano* (trad. de Pau y Ordinas), Barcelona 1887, p. 230.

7 RICCA BARBERIS, “L’obbligo nascente dall’evizione e quello di trasferire la proprietà”, *Studi Arangio Ruiz 3* (Napoli 1952) p. 264; *id.*, “La chiamata in causa del venditore tenuto alla garanzia dall’evizione”, *RISG 86* (Modena 1921) pp. 163-165; GIRARD, “L’garantie d’éviction” *cit.*, p. 399; BECHMANN, *Der Kauf nach Gemeinem Recht I. Geschichte des Kaufs in römischen Rechts*, Erlangen 1876 (reimp. Aalen 1965) pp. 546 y 680.

8 PUGLIESE, *Istituzioni cit.*, p. 560; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1949, p. 280.

9 DE MARTINI, “Evizione” (diritto civile), *NNDI 6* (Torino 1960) *cit.*, pp. 1050 ss.; TALAMANCA, v. “Vendita” (Diritto romano) *cit.*, pp. 385 ss.; GIRARD, *Manuel cit.*, p. 567; fue Juliano el primer jurista que

Así pues, esta obligación, que en la época clásica¹⁰ aparece como inherente al contrato consensual de compraventa¹¹, se encuentra implícita y estrechamente relacionada a la obligación de transmitir la pacífica posesión de la cosa vendida¹², o procurar la *vacuum possessionem tradere* al comprador¹³.

Y es así que la garantía por evicción, la obligación de prestar dicha garantía, además de considerarse “elemento natural” de la compraventa -en cuanto ésta debe responder a la exigencia de la *bona fides*-, a partir de la época clásica, fruto de una larga evolución en el pensamiento jurídico romano¹⁴ se justificaría, por tanto, en dicho sistema, por la ausencia no sólo de efectos reales en la compraventa, sino también mediante la obligación de transmitir la propiedad por parte del vendedor¹⁵ -que podía exigirse a través del mismo contrato-; se la consideró, en palabras de GIRARD¹⁶, como una prolongación de aquella obligación de entregar la cosa: “así como el vendedor debe cumplir con el hecho de la entrega, igualmente debe responder en caso de que el que adqui-

decidió que el vendedor debía *praestare* al comprador un *habere licere* de la cosa, también en el caso de que no se le hubiese prometido mediante *stipulatio habere licere*; cf. D.21,2,8 (*Iulianus, lib. XV Digestorum*):

Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse; quare sive partus ancillae, sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest, et sicut obligatus est venditor, ut praestet, licere habere hominem, quem vendidit, ita ea quoque, quae per eum acquiri potuerunt, praestare debet emptori, ut habeat. D.19,1,30,1 (*Africanus, lib. VIII Quaestionum*):

Venditor hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat.; cf. ANKUM, “Alla ricerca della *repromissio* e *satisfactio secundum mancipium*” *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti del III Convegno Internazionale Perugia-Trevi-Gualdo Todino* (sept-ottobre 1977) p. 745.

10 Cf. D.19,1,8, (*Paulus, lib. V ad Sabinum*): ... *Quodsi servum praedium in <traditione> fecero, quod liberum tibi <tradere> debui, tu ex empto habebis actionem remittendae eius servitutis gratia, quam pati non debeas.*

Concretamente, hasta *Iulianus* (150 d.C), el contrato de *emptio-venditio* no incluía una responsabilidad del vendedor por evicción, -considerándose tal responsabilidad como elemento natural del contrato- como lo pueden hacer los distintos sistemas jurídicos modernos; cf. art. 1626 *Code civil* francés, art. 1483 y 1484 del *Codice civile* italiano, &434 BGB alemán, y arts. 1475, 1483 del Código civil español; VACCA, “La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano; ID., Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica”, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano* (Torino 1997), pp. 266 ss..

11 LONGO, *Corso di diritto romano. Parte generale. Fatti giuridici. Negozi giuridici. Atti illeciti. Parte speciale: la compravendita*, Milano 1937, p. 225; VOLTERRA, *Institutiones cit.*, p. 503; FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos de Derecho patrimonial romano*, Madrid 1991.

12 La relevancia jurídica de la responsabilidad del vendedor por evicción del comprador fue muy importante en el Derecho romano, más que la que pudiera tener en los sistemas jurídicos actuales; una de las razones que se pueden argumentar de la importancia de esta obligación del vendedor de garantizar por evicción sería el hecho de que no existiese en el vendedor la obligación de transmitir al comprador la propiedad de la cosa, sino sólo la *vacua possessio*; además, el Derecho romano desconocía la existencia de un Registro inmobiliario, en el cual la transmisión de la propiedad y la constitución de derechos reales pudiesen ser inscritos; por la falta de estas reglas, los casos de evicción de cosas tanto muebles como inmuebles fueron mucho más numerosos en el Derecho romano que en los derechos modernos; ANKUM, “Problemi concernenti l’evizione del compratore nel diritto romano classico”, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Atti Pisa-Viareggio-Lucca* (Milano 1991) pp. 597 ss..

13 La obligación de garantía por evicción se refiere al mismo hecho material que supone la obligación anterior de transmitir la posesión: el vendedor primero transmite y después garantiza; RICCA-BARBERIS, “L’obbligo nascente dall’evizione e quello di trasferire la proprietà” *cit.*, p. 261; VOLTERRA, *Institutiones cit.*, p. 503; GIRARD, “La garantie d’eviction dans la vente consuelle” *cit.*, p. 396; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni in diritto romano I*, Milano 1947, p. 204.

14 ANKUM, “Problemi concernenti a l’evizione” *cit.*, pp. 597 ss.; TALAMANCA, v. “Vendita” *cit.*, pp. 385 ss., 393 ss.; MACQUERON, *Histoire des obligations, Droit romain*, Aix-en-Provence 1975, p. 125.

15 VACCA, “La garantía per evizione e le obbligazioni del venditore” *cit.*, p. 266.

16 GIRARD, “L’actio auctoritatis” *NRH* 6 (1882) p. 107 (= *Mélanges de Droit romain* 2 (Paris 1923); RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia 1993, p. 178.

rió una cosa u otro derecho real sobre ella fuera vencido en juicio por un tercero que alegaba un mejor derecho sobre la cosa, un derecho que impedía o menoscababa la posesión pacífica del comprador”.

Según los principios romanos, para que haya evicción, es preciso en primer lugar que el comprador haya sido despojado judicialmente de la cosa vendida y entregada, siempre que se prive al comprador de tener la cosa como dueño, en virtud de una decisión judicial que autorice a un tercero a tomar la cosa¹⁷.

Habría igualmente evicción cuando el comprador estuviese obligado a reconocer y a tolerar un *ius in re* que impidiese ostentar la posesión pacífica de la cosa -por ejemplo, un fundo, *uti optimus maximusque*¹⁸- ya fuese una servidumbre personal, un derecho de enfiteusis, de superficie o de hipoteca¹⁹, por tanto, el vendedor respondía en caso de que se le hubiese privado de la cosa en virtud de una sentencia firme²⁰.

En realidad, esta concepción de la garantía por evicción, como obligación inherente a la *emptio-venditio*, representa la última fase del desarrollo histórico de dicha institución²¹.

A ella se llega a través de un complejo proceso histórico -del cual trazaremos las líneas fundamentales-, que nos sirva para reflejar la variedad de medios adoptados para el funcionamiento de dicha garantía²².

17 Evicción > *evictio* > *vincere*: vencer, triunfar, ser vencido en juicio; ANKUM, “Problemi concernenti l’evizione del compratore nel diritto romano classico” *cit.*, p. 601.

18 D.21,2,48 (*Neratius, lib. VI Membranarum*):

Cum fundus, uti optimus maximusque est, emptus est et alicuius servitutis evictae nominae aliquid emptor a venditore consecutus est, deinde totus fundus evincitur, ob eam evictionem id praestari debet, quod ex duplo reliquum est: nam si aliud observabimus, servitutibus aliquibus et mox proprietate evicta amplius duplo emptor, quam quanti emit consequeretur; GIRARD, “Les stipulations de garantie”,

NRH 7 (1883), p. 585; D. 21,2,75 (*Venuleius, lib. XVI Stipulationum*):...*venditorem ob <evictionem> teneri non posse: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere: nisi ut optimus maximusque esset <traditus> fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum...*

D.50,16,126 (*Proculus, lib. VI Epistolarum*):

Si, cum fundum tibi darem, legem ita dixi uti optimus maximusque esset, et adieci ‘ius fundi deterius factum non esse per dominum, praeestabitur’; amplius eo praestabitur nihil, etiamsi prior pars, qua scriptum est uti optimus maximusque sit liberum esse significat eoque, si posterior pars adiecta non esset, liberum praestare deberum.

D.50,16,169 (*Paulus, lib. V ad Sabinum*):

Non tantum in traditionibus, sed et in emptionibus, et stipulationibus et testamentis adiecto haec: uti optimus maximusque est, hoc significat, ut liberum praestetur praedium, non ut etiam servitutes ei debeantur.

19 Cf. D.18,1,66 pr. (*Pomponius, lib. XXXI ad Quintum Mucium*); D.45,1,38,3 (*Ulp., lib. XLIX ad Sabinum*); la desposesión en virtud de una sentencia recaída en materia de posesión autorizaba también al comprador para ejercer su recurso de garantía contra el vendedor; D.19,1,11,13 (*Ulp., lib. XXXII ad Edictum*).

20 Aunque se habla de evicción siempre que sea interpuesta contra el comprador, bien una *actio reivindicatoria* o bien otra *actio* real, como una *vindicatio usufructus* o una *actio serviana*; ANKUM, “Alla ricerca della *repromissio* e della *satsdatio secundum mancipium*”, *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana, III Convegno Internazionale* (Perugia 1977) p. 741.

21 ANKUM, *op. cit.*, p. 742.

22 La jurisprudencia incluye entre las obligaciones del vendedor, derivadas de la *bona fides*, aquella de prestar garantía por evicción a través de diversas estipulaciones -*duplae, habere licere*- concluidas entre comprador y vendedor; ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, p. 345; KASER, *Römische Privatrecht I cit.*, p. 556.

2.1. EL RÉGIMEN DE LA *ACTIO AUCTORITATIS* COMO PRECEDENTE DE LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE EVICCIÓN

Así, en concreto, el origen y el fundamento de esta obligación de saneamiento por evicción se encontraría en la *actio auctoritatis*²³, que constituye a su vez un importante efecto jurídico de la *mancipatio*²⁴, siendo aquélla el modo principal de adquirir la propiedad²⁵, al consistir en la imposición al *mancipio dans* de una obligación o deber de asistencia procesal que debía prestar al *mancipio accipiens*²⁶.

Por tanto, el origen de la regulación de este saneamiento por evicción se remonta a época anterior a la introducción de la compraventa consensual, cuando la *mancipatio* originaria constituía la venta efectiva de *res Mancipi*²⁷, y donde el *mancipio dans* incurría en una responsabilidad *-auctoritas*²⁸ frente al *mancipio accipiens*, cuando éste fuese llamado a juicio por un tercero, que reclamaba ser propietario de la cosa transmitida o titular de un derecho real sobre la misma²⁹. En el caso de que el adquirente se viese privado de la cosa por no ser el *mancipio dans* dueño de la misma, podría actuar contra el vendedor a través de la *actio auctoritatis*, condenando al vendedor al pago del doble del precio acordado³⁰.

23 Esta figura de la *auctoritas* “se encontraría en la confluencia entre el Derecho de personas, los Derechos reales y los Derechos de obligaciones”; OURLIAC Y MALAFOSSE, *Droit romain et ancien Droit* 2, *Les biens* (trad. de Fairén), Barcelona 1963, p. 515; CASINOS MORA, *La noción romana de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, Granada 2000, pp. 225 ss..

24 La *obligatio auctoritas* nacía *ipso iure* de la *mancipatio*; GALLO, *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustiniano*, Milano 1960, p. 33; KUNKEL, “*Mancipatio*”, *RE PW* 27 (1928) 14,1, col.999; DE VISSCHER, “*Le role de l’auctoritas dans la mancipatio*”, *RHD* 12 (1933) pp. 609 ss.; DOMINGO OSLÉ, *Auctoritas*, Barcelona 1998, p. 33.

25 VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, pp. 29, 33 ss.; D’ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona 1981, p. 495; BREZZO, *La mancipatio*, Torino 1892, p. 94; VOLTERRA, “*Mancipatio*” *cit.*, p. 98; PUGLIESE, “*Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*”, *Atti Pisa-Viareggio-Lucca* t.1 (Milano 1991) p.25; OURLIAC Y MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico. Los bienes* *cit.*, pp. 515 ss.; ARANGIO RUIZ, *La compravendita I* *cit.*, p. 40; ID., *La compravendita 2* *cit.*, pp. 309 ss.; GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino 1955, p. 89; GIRARD, “*Etudes hist. sur la formation du système de la garantie d’éviction en Droit romain*”; “*L’actio auctoritatis*”, *NRH* 6 (1882) pp. 290 ss.; CUO, *op. cit.*, p. 272; RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangelsim Rechte*, Leipzig 1901 (reimp. Berlin 1973), pp. 8 ss.; FUENTESECA, “*Mancipium-mancipatio-dominium*”, *Mnemeion Solazzi* (Nápoles 1974) p. 79; KASER, *Römisches Privatrecht* *cit.*, p. 158; ID., *Eigentum und Besitz im älteren Römischen Recht*, Köln-Graz 1956.

26 La eventual responsabilidad derivaba del incumplimiento de este específico deber legal, y no de una obligación surgida directamente del acto mancipatorio; GIRARD, “*Les stipulations de garantie*” *cit.*, pp. 537 ss.; ID., “*La garantie d’éviction dans la vente consensuelle*” *cit.*, pp. 295 ss.; ID., “*Histoire de la garantie d’éviction: L’actio auctoritatis*” *cit.*, p. 183, “*l’auctor n’est ni celui qui transfère la propriété, ni celui qui est tenu a garantie, c’est celui qui intervient dans une situation pour compléter, fortifier, c’est -a- dire, dans notre cas, celui qui assiste l’acquéreur dans le procès en revendication intenté contre lui, et l’auctoritas ce n’est pas le mode d’acquérir, ni l’obligation a garantie, mais cette assistance même*”; *cf.* RABEL, *Die Haftung des Verkäufers I*, Leipzig 1902, pp. 7 ss..

27 *Cf.* D.21,2,76 (*Venuleius, lib. XVI Stipulationum*), y D.21,2,48 (*Neratius, lib. VI Membranarum*).

28 LENEL va a encontrar terreno para la *actio auctoritatis* en el *Edictum perpetuum*; LENEL, *Das edictum perpetuum I*, Paris 1901, p. 290; en contra, SARGENTI, “*Per una revisione della nozione di auctoritas*”, *Studi Betti* 4 (Milano 1962) pp. 68 ss.; COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino 1911, pp. 388 ss..

29 PUGLIESE, “*Compravendita e trasferimento della proprietà*” *cit.*, p. 30.

30 En virtud de ello, nacía a favor del comprador, contra el vendedor, una *actio auctoritatis* o de *auctoritate*, no sólo en el caso de que éste sucumbiese en juicio reivindicatorio, sino también en caso de negativa del transmitente a prestarle asistencia judicial, lo que se indica en las fuentes con el término de *auctoritatem defugere*; GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano* *cit.*, p. 89; SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. de Dorado), Madrid s.f., p. 389; LONGO, *Corso* *cit.*, p. 227, considera que la acción tiene carácter penal, y revela que la responsabilidad por evicción ha comenzado a ser concebida, no como responsabilidad del contrato, no como una obligación nacida del mismo, sino como una responsabilidad por delito, por acto ilícito.

Un texto tradicional para esta afirmación creyó hallarse en Varrón, concretamente *De re rustica* 2,10,5:

Aut si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacta simpla.

El significado de la *actio auctoritatis*³¹ como refuerzo, garantía, asistencia judicial o autorización lo podríamos ver reflejado en algunas expresiones, como por ejemplo *auctoritas patris*, que convalidaba la voluntad matrimonial del hijo de familia, o la *auctoritas tutoris*, que avalaba la declaración de voluntad del pupilo, o la *auctoritas patrum*, que ratificaba las *leges* votadas en las asambleas del pueblo o de la plebe³².

En el mismo orden de ideas, se explican otro muchos pasajes no jurídicos, en los cuales la *auctoritas* es mencionada, demostrando su anterioridad respecto al nacimiento de la compraventa consensual, como el que fue atribuido por Cicerón a las XII Tablas³³:

*...Usus auctoritas fundi biennium est... ceterarum rerum omnium...annus est usus*³⁴.

La unión de estos dos conceptos o sustantivos vinculados³⁵, serían considerados como “autoridad”, como eficacia adquisitiva de la *possessio ad usucapionem*.

El mismo sentido apreciamos en el pasaje recogido en *Topica* 4,23³⁶:

*Item quod in re pari valet, valeat in re quod par est quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sed etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus*³⁷, ó en *Pro Caecina* 19,54: *...lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium, at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur*³⁸, y en donde la dualidad conceptual entre *usus* y *auctoritas* parece responder a dos aspectos diferentes: de una parte, el ejercicio de hecho del poder dominical, si bien *ex causa emptionis*, y por otra, la función legítima del *actor*, esto es, la *auctoritas*, confirmada, *pretio accepto*, después de dos años en virtud del precepto decemviral: se trata, en el fondo, de una distinción entre situación de hecho y situación jurídica respecto a la cosa.

31 Según ANKUM, más correcto sería denominarla *actio de auctoritate*; ID., “L’*actio auctoritatis*” *cit.*, pp. 44-45; también *vid.* GIRARD, “L’*actio auctoritatis*” *cit.*, pp. 181 ss.; ID., “Les stipulations de garantie” *cit.*, pp. 537 ss.; ID., “La garantie d’éviction dans la vente consensuelle” *cit.*, pp. 395 ss.; BIONDI, “Vendita” (*Diritto romano*), *NDI* 12 (Torino 1940) p. 884.

32 ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, p. 312.

33 *XII tab.*, 6,3 (*Cic., Top.*, 4,23); DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, p. 43, n.1; DE VISSCHER, “Le rôle de l’*auctoritas* dans la *mancipatio*”, *RHD* 12 (1933) pp. 603 ss.; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989.

34 Y en donde llama la atención el binomio de los vocablos *usus* y *auctoritas*; GIFFARD, “Le sens du mot *auctoritas* dans les lois relatives a l’*usucapio*”, *RHD* 17 (1938) pp. 339 ss..

35 En este supuesto se consideraría un genitivo dependiente de la *auctoritas*.

36 WATSON, *The Law of Property in the later Roman Republic*, Aalen 1984, pp. 22, 59; GIRARD, “Histoire de la garantie d’éviction: l’*actio auctoritatis*” *cit.*, p. 39 s.(=NRH 6, 1882, p. 161, n. 7).

37 *Cf. Gai.*, 2,42: *Usucapio autem quae est corporalium rerum concessa, mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio...*; ó *Gai.*, 2,54: *Lex enim XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno...*

38 ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, p. 312; GIRARD, “L’*actio auctoritatis*” *cit.*, p. 161, n. 6; DE VISSCHER, “Le rôle de l’*auctoritas* dans la *mancipatio*” *cit.*, p. 617.

La *auctoritas* aparece también ligada a la adquisición de la condición de *dominus*, encontrándose aquélla vinculada a una figura jurídica como la *usucapio*³⁹.

Cuando había transcurrido el tiempo necesario para que el *accipiens* adquiriese por usucapión, un bienio para las *res mancipi* y un año para los demás bienes, cesaba al mismo tiempo la obligación de asistencia por *actio auctoritatis*⁴⁰, ya que el comprador tendría en la *usucapio* misma un título de propiedad valedero *adversus omnes*⁴¹.

La opinión más convincente de este vínculo entre *usus* y *auctoritas* nos viene dado en el sentido de que la *auctoritas fundi* contenía una referencia a la *usucapio* del *fundus*, en el plazo de dos años, en contraposición a todas las demás cosas⁴².

Así, podríamos ver reflejada la norma decemviral, como nos explica el mismo Cicerón, en *Pro Caecina* 26,74⁴³:

Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur.

Atendiendo al tenor literal de este pasaje, se ratifica la adquisición de la *auctoritas* mediante el *usus* bienal de los fundos, también en el caso de que no haya tenido lugar una *mancipatio*: Cicerón afirma que la *usucapio fundi* es un efecto de la ley, esto es, una *auctoritas* confirmada por ley *-rata auctoritas*⁴⁴-, tratándose, por tanto, de una legitimación de derecho civil.

De lo anterior se deduce que el hecho de que el *auctor* debiese *praestare auctoritatem* significaba garantía no sólo en el caso de *vindicatio* de un tercero, sino también ante un caso de *furtum*, siendo desde esta perspectiva desde la cual se pueden interpretar las conocidas referencias a la *aeterna auctoritas*.

El principio -o excepción- que constituye la *perpetuatio* de la *auctoritas* en relación a los *hostis*, *XII tab.* 6,4: *Adversus hostem aeterna auctoritas <esto>*⁴⁵, nos confirma la hipótesis de la función legitimadora y pública que cumple el *auctor*.

39 FUENTESECA, "Trasferimento della proprietà e *auctoritas* nella vendita romana", *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Atti del Convegno Pisa-Viareggio-Lucca* (Milano 1991) p. 109.

40 A propósito de esta correlación entre la obligación de prestar la *auctoritas* y la usucapión, en cuanto a la garantía por evicción en la compraventa, cf. D. 21,2,54 (*Gai, lib. XXVIII ad Edictum*):

Qui alienam rem vendidit, post <longi temporis praescriptionem> vel usucapionem desinit emtori teneri de evictione, ó D.21,2,76 (Venuleius, lib. XVII Stipulationum):

Si alienam rem mihi <tradideris>, et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, <id est actionem pro evictione>, placet.

41 Para MAGDELAIN, "*Auctoritas rerum*", *RIDA* 5 (1950), pp. 141 ss., el *usus* prolongado equivale al título; ROUSSIER, "*Ius auctoritatis*", *RHD* 30 (1951) pp. 231-239.

42 FUENTESECA, "Trasferimento e *auctoritas*" *cit.*, p. 110.

43 DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale cit.*, p. 43, n. 2; FUENTESECA, "*Mancipium-mancipatio-dominium*" *cit.*, p. 77; VOICI, *Modi di acquisto cit.*, p. 39; KASER, *Eigentum und Besitz cit.*, p. 90, n. 18.

44 La ley decemviral confirma la *auctoritas* después de dos años de *usus* efectuado *ex causa emptio-nis*, pero esto no significa que el *usus* continuado por dos años haga surgir la propiedad, sino tan sólo que la condición de *dominus legitimus* viene confirmada por la ley, siempre que haya sido ratificada durante dos años por el *auctor venditionis*.

45 Cicero, *De off.*, 1,12,37: *Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII Tabulae: Aut status dies cum hoste, itemque 'adversus hostem aeterna auctoritas'*; *vid. KASER, Eigentum und Besitz cit.*, p. 87; HORVAT, "Reflexions sur l'*usucapion* et l'*auctoritas*", *RIDA* 3 (1956) p. 286; DE VISSCHER, "Le role de l'*auctoritas* dans la *mancipatio*" *cit.*, p. 620.

Al ser la *usucapio* una figura perteneciente al *ius civile*, accesible sólo a los ciudadanos romanos, en el caso de un extranjero *-hostis*, en sentido originario- no sería posible en modo alguno la adquisición por el paso del tiempo o *usucapio*; era obvio que el vendedor, frente al comprador peregrino, debiese prestar *aeterna auctoritas*, esto es, una garantía de asistencia en juicio ilimitada en el tiempo, una garantía por evicción perpetua, y serviría para excluir de la usucapición, en virtud del principio de reciprocidad, los bienes de un extranjero, que tampoco podía usucapir cosas pertenecientes a romanos; en el caso de que la cosa venga robada o caiga en poder de extranjeros, la posición del *dominus ex iure Quiritium* se mantiene, y su título legítimo se sostiene indefinidamente sin el uso o posesión de la cosa⁴⁶.

Posteriormente, *Aulio Gelio*, en sus *Noctes Atticae* admite también el principio de la *aeterna auctoritas* respecto a las *res subreptae*, pudiendo ser interpretado en el sentido de que la condición de *dominus ex iure Quiritium* permanecía hasta que la cosa robada no volviese bajo el poder dominical:

*Quod subruptum est, eius rei aeterna auctoritas esto*⁴⁷.

La *auctoritas* desarrolla en la *usucapio* la misma función legitimadora que en la *mancipatio*, y en el ámbito de adquisición de la propiedad, la *auctoritas* refleja tanto en la *mancipatio* como en la *usucapio* la eficacia pública propia de los *modi acquirendi*, constituyendo, no una garantía privada prestada por el vendedor, ni el equivalente de propiedad, sino el soporte necesario para alcanzar la legitimidad pública del *dominium ex iure Quiritium*⁴⁸.

Así por tanto, la *auctoritas* añade al *usus fundi* la legitimidad augural pública⁴⁹ que, después de dos años, convertirá al *emptor* en *dominus ex iure Quiritium*. Esta originaria legitimidad augural viene presentada en las fuentes como defensa procesal que el *auctor* deberá asumir cuando la legitimidad dominical del *emptor* fuese discutida por un tercero; hay que resaltar, por tanto, que la *auctoritas* se remonta exclusivamente a una función jurídica augural, y así, el *usus fundi*, en cuanto relación dominical seguida por el *emptor*, se transforma en posición legítima del *dominus* quiritarario⁵⁰.

La aplicación de la *auctoritas* en el ámbito del Derecho privado aparece caracterizada por dos factores: uno, referido a la compraventa, considera la *auctoritas* como responsabilidad y garantía, y el otro, circunscrito a la *usucapio*, posibilita acercar el significado de la *auctoritas* a la noción de propiedad.

En las Sentencias de Paulo, 2,17,1⁵¹, se afirma que el vendedor, si no es *dominus* de la cosa vendida, una vez recibido el precio *-pretio accepto-* de modo solemne, estaba obligado en virtud de la *auctoritas*⁵²:

46 MAGDELAIN, "Auctoritas rerum", *RIDA* 5 (1950) pp. 127-153; TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo 1982, p. 132.

47 *Aulus Gellius*, *Noctes Atticae* 17,7.

48 FUENTESECA, "Trasferimento e auctoritas" *cit.*, p. 102, n. 33, y p. 113.

49 La *auctoritas* aparece como un elemento de carácter publicístico tanto en la *mancipatio* como en la *usucapio*, y en cuanto tiene su origen en el derecho augural, descubre esta profunda legitimidad pública del *dominium ex iure Quiritium*; *cf.* FUENTESECA, *op. cit.*, p. 117.

50 La *auctoritas* es la función pública del *auctor*, propia del *dominus legitimus* que, en base a la ley decemviral, viene atribuida al *emptor*, el cual habría tenido el *usus ex causa emptionis* durante dos años, una vez pagado el precio.

51 *Cf.* también *Paul. Sent.* 2,17,2: *Si re simpliciter traditae evincatur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset. 3. Res empti, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur*; ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova 1934, p. 99; ALBERTARIO, "Il

*Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari*⁵³.

En este pasaje no se habla de una *obligatio auctoritatis* del vendedor, sino de una sujeción de éste a la situación de *nexus-obnoxius*-, esto es, obligado en virtud de la *auctoritas*, o en cuanto *auctor*⁵⁴.

Por el hecho de haber recibido el precio de un modo solemne, el *venditor* permanecía *auctoritas obnoxius*, esto es, vinculado *-damnatus-* por el deber personal de garantizar la legitimidad pública⁵⁵ de adquisición realizada por el *emptor*, bajo la pena *in duplum -pretio accepto-*⁵⁶, e incluso esta *damnatio* podría venir en línea paralela al *legatum per damnationem* y a la *damnatio* judicial; el *venditor* sería el *auctor*, esto es, el agente legitimador de la adquisición realizada por el *emptor* con su autorización *-venditore auctore-*: se tendía, por tanto, a mantenerlo sujeto bajo pena a la función de garantizar el *usus* legítimo del *emptor*, y de tutelararlo también de la acusación de *furtum*.

El *venditor* podía ser llamado *in iure*, bajo amenaza de una *manus iniecto damnati*, a fin de *praestare auctoritatem*, esto es, afirmar su legítima condición de *dominus ex iure Quiritium*⁵⁷.

Como se puede apreciar, no se menciona la *mancipatio*, ya que debe sobreentenderse en este texto de las *Pauli Sententiae*. -2,17,1-, que, aparentemente, establece un

momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana”, *Studi di Diritto romano* 3 (Milano 1929) p. 242 (=RDCOM. 27 (Pavia 1929); ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana cit.*, p. 180, para quien la *actio auctoritatis* estaría sometida al pago del precio.

52 Cf. también *Frag. Vaticana* 10:

Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit, neque stipulationem auctoritatis committere.

53 VOCI, *Modi di acquisto cit.*, p. 36; ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano 2 cit.*, pp. 299, 318 y 349 ss., que condiciona esta obligación del vendedor al pago del precio; MONIER, “Le caractere de bonne foi du contract de vente et l’obligation de manciper” *cit.*, p. 147; *id.*, *Manuel cit.*, pp. 153 ss.; DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale cit.*, p. 71; LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationrecht*, Weimar 1956, pp. 213 ss.; KASER, *Römisches Privatrecht II cit.*, p. 132, n. 4, p. 554, n. 6; ARNÖ, “Il passaggio della proprietà nella compravendita romana”, *Atti Torino* 74 (1939) p. 596; APPLETON, “A l’époque classique le transfert de la chose vendue et livrée, était-il subordonné, e règle, au paiement du prix?”, *RHD* 7 (Paris 1928) p. 189; PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig 1916, p. 78; *id.*, “Zum Eigentumsübergang beim Kauf”, *ZSS* 35 (1914) p. 436.

54 Cf. Cicerero, *Pro Tullio*, 7, 17: *Nequedum fines auctor demonstraverat...*; SARGENTI, “Per una revisione della nozione di *auctoritas*”, *Studi Betti* 4 (Milano 1962) pp. 68 ss.; DE VISSCHER, “Le role de l’*auctoritas* dans la *mancipatio*”, *RHD* 12 (1933) p. 613.

55 La *auctoritas* aparece como la función pública de un *auctor -mancipio dans-*, destinada a sostener la legitimidad de la adquisición hecha por el *emptor* como detentador de una titularidad legítima; el *auctor* resulta vinculado *-obnoxius-* a tal función pública de legitimidad bajo *poena dupli* por el pago recibido, y *damnatus* quizás por haber sido un falso *auctor*, quizás en base a un precepto decemviral (XII tab. 12,3):

Si vindicam falsam tulit, si velit is..., tor arbitros tris dato, eorum arbitrio... fructus duplione damnatum decidito (*Fest.* L.376, Mo. 84).

56 KUNKEL, “*Mancipatio*” *cit.*, 1003; FUENTESECA, “Trasferimento della proprietà e *auctoritas* nella vendita romana” *cit.*, p. 100.

57 Cf. *Paul. Sententiae* 2,17,1,3; el vendedor quedaba sometido a la *poena in duplum*, y en este sentido, *damnatus*, siempre en el caso de que no llegase a mantener al *emptor* como *dominus legitimus*, una vez recibido el precio *-pretio accepto-*; la titularidad del dominio quirritario dependía por tanto del pago del precio, en base al cual se mediría la *poena in duplum* del *venditor*; esto puede explicar el surgir de la idea de vinculación entre el pago del precio y transmisión de la propiedad que aparece en el controvertido pasaje de I.2,1,41; ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, p. 299; HORVAT, “Reflexions sur l’usucapion et l’*auctoritas*”, *RIDA* 3 (1956) p. 290.

vínculo entre la *auctoritas* y el pago del precio *-pretio accepto*⁵⁸, haciéndolo depender de este hecho no sólo el traspaso de la propiedad, sino también la *obligatio auctoritatis*. En todo caso, más que una relación directa entre la *auctoritas* y el precio, existiría una relación entre la cantidad de la *poena in duplum* respecto al *venum dare* hecho por el vendedor⁵⁹ en función de *auctor venditionis*⁶⁰.

El vendedor permanece vinculado a *praestare auctoritatem*, esto es, aquella garantía pública que constituye la *auctoritas*, en cuanto agente *-auctor-*, transmitente de la legitimidad del *dominium ex iure Quiritium*, legitimidad que por su parte debe ser asegurada por el *mancipio dans* mediante *auctoritatem praestare*.

Ahora bien, si el *venditor* rechaza esta función *-auctoritatem defugere*⁶¹ permanece responsable *ob aes alienum* por el dinero recibido *in duplum*, admitiendo la condición de *damnatus* del *venditor* *-susceptible de una manus iniecto damnatio-*, por el acto *per aes et libram*, que implicaría una *nexi obligatio*⁶².

Por tanto, la *actio auctoritatis* se configura como una obligación legal⁶³, la obligación de asistencia e indemnización para el caso de que un tercero acreditase su titularidad sobre el bien, encontrándose su fundamento en el riesgo que sufre el *accipiens* de comprar a *non domino*⁶⁴, aun a pesar de la dificultad de encontrar una justificación evidente en las fuentes, al menos para una época antigua.

Por ello, se afirma que el saneamiento en caso de evicción nace en el seno de la *mancipatio*⁶⁵, como un elemento que se justificaría en la propia estructura del acto⁶⁶, sin que quepa hablar propiamente de una obligación del transmitente, sino que más bien habría que entenderlo como un elemento esencial de la misma⁶⁷.

Por su parte, la *mancipatio* consistió en un acto de adquisición de derecho fundado en una declaración unilateral del adquirente, reflejado por el allanamiento implícito manifestado en el silencio del transmitente, siendo la garantía por evicción consecuencia de la peculiar estructura del acto adquisitivo mismo.

58 BESELER, "Eigentümsübergang und Kaufpreiszahlung", *Atti Roma* (1935) pp. 333 ss., y donde a través de la recepción del precio se quiere hacer depender aquí no sólo el traspaso de la propiedad, sino también la *obligatio auctoritatis*.

59 Cf. Paul. *Sententiae*, 2,17,3: *...auctoritatem venditor duplo tenus obligatur*"; VOGL, *Modi di acquisitio cit.*, p. 36; RABEL, *Häftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig 1902, pp. 5 ss..

60 ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, p. 299.

61 *Vid.*, sobre ello, ANKUM, "L'actio auctoritas" *cit.*, p. 15; BETTI, *Istituzioni II cit.*, p. 205.

62 Cicerón, en *Pro Murena*, 2,3, esclarece la función del *auctor* en la *mancipatio*:

Quod si in eis rebus repetendis quae mancipi sunt is periculum iudicii praestare debet qui nexu se obligavit, perfecto etiam rectius in iudicio consulis designati is potissimum consullem declaravit auctor beneficii populi romani defensorque periculi esse debebit.

63 DE VISSCHER cree que la responsabilidad por evicción *-esto es, la obligación de prestar la auctoritas, y la actio auctoritatis-*, asume en la *mancipatio* un carácter penal; DE VISSCHER, "Le rôle de l' auctoritas dans la mancipatio" *RHD 2* (1923) *cit.*, pp. 603 ss..

64 GIRARD, *Manuel cit.*, p. 589.

65 ARANGIO RUIZ, *Corso di Istituzioni di diritto romano cit.*, p. 227; GIRARD, "L' action auctoritatis", *NRH 6* (1882) *cit.*, 5-45, trató de hallar bajo la responsabilidad por evicción en la *emptio-venditio* la idea según él oculta, de la *actio auctoritatis*, basada sobre la responsabilidad *ex auctoritate* del *mancipio dans*; ID., "La garantie d'éviction dans la vente consensuelle", *NRH 8* (1884) pp. 395-439.

66 DE VISSCHER, "Le rôle de l' auctoritas" *cit.*, pp. 629 ss..

67 LONGO, *Corso cit.*, p. 226.

Por todo ello, se afirma que la *auctoritas* es una consecuencia directa e inevitable de la *mancipatio*, derivada de la estructura del propio acto, constituyendo la base especial y exclusiva de la garantía en caso de evicción⁶⁸.

2.2. ESTIPULACIONES AJENAS AL CONTRATO DE COMPRAVENTA COMO RECURSO CONTRA LA EVICCIÓN

Ahora bien, por el contrario, esta acción que estamos examinando, y por consiguiente, toda protección legal al comprador, no tendría lugar, como es obvio, cuando vendedor y comprador hubiesen omitido la *mancipatio*, bien por ser irregular, o simplemente porque no se trataba de *res Mancipi*, y, por supuesto, en el caso de venta de una *res nec Mancipi* mediante *traditio*⁶⁹, no siendo posible acudir al negocio formal mancipatorio; en estos casos de operaciones no formales, el comprador estaba capacitado para garantizarse contra la evicción valiéndose de estipulaciones convencionales de garantía, mecanismos ajenos al contrato de compraventa⁷⁰.

Mediante estas estipulaciones, el vendedor se obligaba a pagar una suma de dinero: el doble, en el caso de la *stipulatio duplae*⁷¹, o la misma cantidad entregada, en la *stipulatio simplae*⁷², del precio de venta, en el caso de que el comprador se viera vencido en juicio por un tercero que hubiese reivindicado la cosa a título de propietario, esto es, que le fuese quitada la cosa en base a un título legítimo, o bien para el supuesto de pérdida por parte del comprador del *habere licere* de la cosa a continuación de esta *evictio*; en este caso, el vendedor debería una cantidad incierta en la medida del *id quod interest*⁷³ del comprador⁷⁴.

Así pues, en los orígenes de la compraventa romana la garantía por evicción discurre por cauces extracontractuales: el comprador, en estos casos, estaba forzado a garantizarse contra la evicción recurriendo a estipulaciones convencionales, y era necesaria una estipulación adicional para que el vendedor de cosa ajena indemnizara al comprador vencido a través de la *actio ex stipulatu*, por lo que, a falta de la misma, el com-

68 BONFANTE, *op. cit.*, p. 144; DE VISSCHER, “Le role de l’*auctoritas*” *cit.*, p. 612.

69 Parece claro que se refieren a la *auctoritas* en la *mancipatio*; cf. *Paul. Sent.* 2,17,1,3, porque viene precisamente excluida la *auctoritas*, cuando la compraventa es realizada mediante *traditio* -*Paul. Sent.* 2,17,2-; ARANGIO RUIZ, *Compravendita 2 cit.*, pp. 318 ss..

70 Cf. DE ZULUETA, *The Roman law of Sale cit.*, pp. 43,45.

71 *Spondes mihi duplam pretii si res a me evicta fuerit?*; ACCARIAS, *Precis de Droit romain* 2, Paris 1891, p. 288; “sería innegable, -afirma LONGO, *Corso cit.*, p. 220-, el propósito de esta estipulación de seguir el modelo de la *actio auctoritatis* derivada de la *mancipatio*”; RUGGIERO, “I papiri greci e la *stipulatio duplae*”, *BIDR* 14 (1901) pp. 93 ss.; aunque esta *stipulatio duplae* solamente tendría lugar en caso de no haberse realizado la *mancipatio*, puesto que ésta implicaría ya la responsabilidad *in duplum* por *auctoritas*, se observó que en el Digesto aparece la *stipulatio duplae* en caso de venta de *res Mancipi*, y se pensó que ello se debía a la pronta desaparición de la *actio auctoritatis*, o bien a una vigencia meramente formal; ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, pp. 327 ss..

72 TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 588; BONFANTE, *Istituzioni cit.*, p. 481.

73 “Interés positivo”, según la terminología moderna que se atribuye a IHERING; *cit.* por BETTI, *Istituzioni 2 cit.*, p. 208.

74 Según parece, la más antigua de las estipulaciones para garantizar a los compradores de *res nec Mancipi* parece fue la *stipulatio rem habere licere*; HERNÁNDEZ TEJERO, “La propiedad primitiva de las *res nec Mancipi*”, *AHDE* 16 (1945) p. 336.

prador quedaría indefenso frente al vendedor de cosa ajena. De entre estas estipulaciones, las fuentes *ab antiquo* recuerdan tres tipos distintos⁷⁵:

2.2.1. *Satisfatio secundum Mancipium y Repromissio secundum Mancipium*

En primer lugar, el desarrollo del régimen de la *auctoritas* al de las estipulaciones de garantía se llevó a cabo a través de la *satisfatio secundum Mancipium* -o promesa efectuada bajo la forma de la *satisfatio* y acompañada de fiadores⁷⁶, por lo que se garantiza con ello la entrega de la cosa enajenada y demás resultados de una *mancipatio*-, o la *repromissio*⁷⁷ *secundum Mancipium*⁷⁸, si la estipulación era simple⁷⁹, de la que se deriva para el promitente la obligación de garantizar de la evicción de la cosa con el mismo alcance que para el vendedor se deriva de la *mancipatio*.

A pesar de la escasez de fuentes de las que disponemos sobre estas dos figuras⁸⁰, podríamos apoyar la tesis de que se trataba de promesas de garantía⁸¹ prestadas por el

75 CUQ, *op. cit.*, p. 463; VOLTERRA, *Institutiones cit.*, p. 503; MONIER, *op. cit.*, p. 155; MEYLAN, “La *satisfatio secundum Mancipium*”, *RHD* 27 (1948) pp. 1-35; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni cit.*, p. 228; GIRARD, “Les stipulations de garantie” *cit.*, p. 585.

76 Se le llamó de hecho *satisfatio* a toda promesa hecha solemnemente en vía de *verborum obligatio*, con intervención de un garante, y en el Derecho clásico, generalmente, por medio de *fideiussores*; MEYLAN, “La *satisfatio secundum Mancipium*” *cit.*, pp. 1-35; ID., “*Gaius* 1,119: ‘*rem tenens*’ o ‘*aes tenes*’” *cit.*, pp. 213-232; GIRARD, “*L’actio auctoritatis*” *cit.*, pp. 41, 55 y 60; *vid. teorías* al respecto de ARANGIO RUIZ, *La compravendita cit.*, pp. 329 ss.; LENEL, “*Edic. perpetuum*” 3, *cit.*, p. 547, que no imagina una *satisfatio secundum Mancipium* realizada sin una *mancipatio* precedente, e interpreta el término *secundum* en el sentido de “después” -“después de la *mancipatio* efectuada”-; BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht cit.*, p. 369; por el contrario, cree que las palabras *secundum Mancipium* tienen el sentido de “conforme a”, al ser posible realizar una *satisfatio secundum Mancipium* y una *repromissio secundum Mancipium*, sin que la *mancipatio* tenga lugar necesariamente; ANKUM, “*Repromissio e satisfatio secundum Mancipium*” *cit.*, *passim*.

77 Según PRINGSHEIM, *Der Kauf nach gemeinem Recht cit.*, p. 71, presupuesto de la responsabilidad del vendedor es que haya sido satisfecho; probablemente, tal condición debe aludir al texto original de Gayo, D.18,1,53, ...*ut auctoritatis nomine venditor obligatur <res emptoris fiat> nihil interest utrum solutum sit pretium an eo, nomine fideiussor datus sit*.

78 Esta *repromissio secundum Mancipium*, en principio, quizás fuese una medida de aseguramiento para el comprador, una promesa del vendedor en que éste se obligaba *in duplum* si la cosa no era *mancipada*, o si la *mancipatio* era inválida; FUENTESECA, “*Mancipium-mancipatio-dominium*” *cit.*, p. 80; ANKUM, “Alla ricerca della *repromissio* e della *satisfatio secundum Mancipium*”, *Accademia romanistica Costantiniana, Atti del III Congresso Internazionale Perugia-Trevi-Tadino* (ottobre 1977) pp. 741-792.

79 Como vemos, las dos figuras de la *repromissio* y de la *satisfatio secundum Mancipium*, las cuales eran incorporadas en el Edicto del pretor entre las estipulaciones pretorias, estarían estrechamente relacionadas con el deber de *auctoritas* derivada de la *mancipatio*; ANKUM, “*Repromissio e satisfatio secundum Mancipium*” *cit.*, p. 743.

80 Cf. Cicerón, *Ad Atticum* (5,1,2): “*De satis dando vero te rogo, quod eris Romae, tu ut satis des. Et sunt aliquot satisfationes secundum Mancipium veluti Mennianorum praediorum vel Atilianorum*”; CALONGE, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca 1968, p. 21, y en una cláusula de la fórmula *Baetica*, en la cual aparece recogido un claro ejemplo de *fiducia cum creditore*:

...MANCIPIO.PLURIS NUMMO.INVITUS.NE.DARET. NEVE.SATIS.SECUNDUM.MANCIPIUM.DARET.NEVE.UT.IN.EA.VERBA.QUAE.IN.VERBA.SATIS.S(ECUNDUM).M(ANCIPIUM).DARI.SOLET.REPROMITTERET.NEVE.SIMPLAM.NEVE.DUPLAM.PROMITTERET.; cf. ANKUM, “*Actio auctoritas*” *cit.*, p. 32, en donde se admite una promesa *in simplum* o *in duplum* en relación con la *satisfatio secundum Mancipium*; GIRARD, “*L’actio auctoritatis*” *cit.*, p. 57; BRUNSGRADENWITZ, *Fontes iuris Romani Antiqui*, 40 ed., Tübingen 1909 (reimp. Aalen 1969) p. 200; *CIL*, II., 5042.

81 El término *repromissio* es sinónimo de *stipulatio* -promesa hecha en forma de *stipulatio*-, pero mientras aquella es una promesa formal vista del lado del deudor (*promissor*), la *stipulatio* es una promesa formal vista desde la óptica del acreedor (*stipulator*); por otro lado, la *satisfatio* se empleaba para indicar

vendedor contra la evicción, con el fin de procurar convencionalmente la misma protección que dispensaba la *actio auctoritatis* derivada del negocio mancipatorio⁸², implicando, en definitiva, un fortalecimiento de la responsabilidad del *auctor*⁸³ por medio de una *stipulatio*⁸⁴, o de la *obligatio auctoritas* nacida de la *mancipatio*⁸⁵.

En suma, la *repromissio secundum Mancipium* y la *satisfatio secundum Mancipium* tuvieron en el Derecho romano funciones diversas, y así, la primera se empleaba por el vendedor de una *res Mancipi* que no hubiese podido *mancipare* por un precio real la cosa vendida, y no se hubiera obligado al deber de la *auctoritas*; de esta manera, se atribuían al comprador los mismos derechos para el caso de evicción que éste hubiese disfrutado en el caso de que la cosa hubiese sido mancipado por un precio real; a esta *repromissio secundum Mancipium* podían ser añadidas garantías, y en ese caso estaríamos ante una *satisfatio secundum Mancipium*⁸⁶; constituyendo, en cualquier caso, un medio para garantizar la responsabilidad por evicción, para satisfacer las exigencias de asegurar la disponibilidad de la cosa objeto del acto, garantizar, en definitiva, la *vacua possessio*⁸⁷.

2.2.2. *Stipulatio duplae*.

De igual modo, la misma protección se dispensaba al comprador contra la evicción con la *stipulatio duplae*⁸⁸, por medio de la cual se haría prometer por el vendedor

un *stipulatio* reforzada con la intervención de un garante (*sponsores* y *fideipromissores*); ANKUM, “*Repromissio e satisfatio secundum Mancipium*” *cit.*, p. 748.

82 La misma *satisfatio* podía ser usada, a falta de *mancipatio*, para sustituir, por tanto, a la *auctoritas*; en este sentido, CALONGE, *Evicción cit.*, p. 24, afirma que esta *stipulatio* tendría lugar cuando en la transmisión por *mancipatio* faltaba la *auctoritas*, lo cual podía suceder en la *mancipatio nummo uno*, o en caso de ausencia del *mancipio dans*.

83 Término con el que se denominaba frecuentemente al vendedor; FUENTESECA, “Trasferimento e *auctoritas*” *cit.*, p. 96.

84 Para la cuestión, cf. SARGENTI, “La *satisfatio secundum Mancipium* e la *stipulatio habere licere* nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana”, *BIDR* 65 (1962) pp. 151 ss.; MEYLAN, “La *satisfatio secundum Mancipium*” *cit.*, p. 16; ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, p. 329; GIRARD, “Histoire de la garantie d’éviction”, *cit.*, pp. 31 ss.; LEIFER, “*Mancipium und auctoritas*”, *ZSS* 57 (1937) pp. 174 ss.; ID., “Die Herkunft von *sponsio und stipulatio*”, *BIDR* 44 (1936-37) pp. 162-218; KASER, *Eigentum und Besitz cit.*, p. 66, n. 26.

85 GIRARD, “L’*actio auctoritatis*” *cit.*, p. 61, cree que la *repromissio* hace nacer contra el alienante una acción exactamente basada en la *actio auctoritatis*, mas sólo en el caso de que la *mancipatio* no hubiese tenido lugar.

86 Esta *satisfatio secundum Mancipium* vendría realizada generalmente por quien hubiese vendido como *procurator* una *res Mancipi* ajena, y no hubiese podido obligarse a la *auctoritas* mediante *mancipatio*; cf. D.21,2,76 (*Venuleius, lib. XVII Stipulationum*), D.19,1,11,8 (*Ulp., lib. XXXII ad Edictum*), y *Paul. Sent.* 2, 17, 1; KASER, *Römisches Privatrecht 2 cit.*, pp. 265-266.

El formulario de esta *satisfatio* era incluida en el “*Edictum perpetuum*” entre las *stipulationes* pretorias, a continuación de la *satisfatio ratam rem haberi* del *procurator*, que comparece como representante del *actor*; de esta manera, para proteger al comprador contra los riesgos de la evicción de la *res Mancipi* vendida por parte de terceros, el pretor obligaba al *procurator* que vendía una *res Mancipi aliena* a cumplir dicha *satisfatio secundum Mancipium*; ANKUM, “*Repromissio secundum Mancipium*” *cit.*, p. 743; GIRARD, “La garantie d’éviction dans la vente consensuelle” *cit.*, p. 421; ID., “Les stipulations de garantie” *cit.*, p. 550.

87 CALONGE, *Evicción cit.*, p. 20.

88 KASER, *Eigentum und Besitz cit.*, pp. 81, 202 ss.; MONIER, *op. cit.*, p. 155; MAYNZ, *op. cit.*, p. 229; BIONDI, v. “Vendita” *cit.*, p. 884; para ARANGIO RUIZ, *La compravendita 2 cit.*, p. 342, el nombre de la *stipulatio duplae* es elíptico, y se sobreentiende el sustantivo *pecuniae*, que en la fórmula es constantemente nombrado como referencia a la suma pagada como precio.

La mejor prueba de la existencia de la *stipulatio duplae* en casos de *mancipatio* nos la proporciona los documentos (*mancipationes emptionis causa*) de Transilvania; cf. BRUNS, *Fontes Iuris Romani cit.*, pp. 201 ss..

una pena del doble del precio de la venta en caso de evicción, y cuando la cosa vendida le fuese quitada por otros conforme a un título legítimo⁸⁹.

Pese a que la cuantía de la indemnización por evicción era constante -era fijada la pena de la evicción en un múltiplo del precio por la pena del *duplum*⁹⁰, que es lo que parece indicar el nombre de *stipulatio duplae*⁹¹-, no obstante, las partes podrán establecer un múltiplo superior -*stipulatio triplae*- así como reducir la responsabilidad del vendedor -*stipulatio simplae*-, obligándose a devolver el precio recibido⁹²:

*In horum emptione solet accedere peculium aut excipi, et stipulatio intercedere sanum esse furtis noxisque solutum, aut si mancipio non datur, dupla promitti aut si ita pacti, simpla*⁹³.

2.2.2. *Stipulatio rem habere licere*

Por el contrario, en la *stipulatio rem habere licere*⁹⁴, el vendedor prometía simplemente, garantizaba al comprador la disponibilidad de la cosa para que la conservara⁹⁵,

89 VOLTERRA, *Istituciones cit.*, p. 503; LONGO, *Corso. La compravendita cit.*, p. 223; MARRONE, *Istituzioni cit.*, p. 644.

90 Cf. *Frag. Vaticana* 8: *Evictione citra dolum emtoris et iudicii iniuriam secuta, duplum ex empti iudicio secundum legem contractus praestabitur.*

D.21,2,2 (*Paulus, lib. V ad Sabinum*): *Si dupla non promitteretur, et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus.*

D.21,2,52 (*Ulp., lib. LXXXI ad Edictum*): *Sciendum est, nihil interesse, ex qua causa duplae stipulatio fuerit interposita, utrum ex causa emptionis, an ex alia, ut committi possit.*

D.21,2,56 pr. (*Paulus, lib. II ad Edictum Aedilium curulium*): *Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit. Non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisfacere debet, quia duplum promittit, sed sufficit nuda repromissio, <nisi aliud convenerit>*

D.21,2,74 pr. (*Hermogenianus, lib. II Iuris Epitomatorum*): *Si plus vel minus, quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est.*

91 Con el hecho de fijar una indemnización igual al doble del precio, se renovaría en dicha *stipulatio* el régimen de la *actoritas*; por otro lado, dicha *stipulatio duplae* era potestativa, por lo que nada impediría a las partes estipular una *stipulatio* mayor o menor del doble -*stipulatio triplae, quadruplae*- para el caso de evicción, o incluso restituir sólo el precio, -*stipulatio simplae*-, según la costumbre vigente local en relación a la cosa vendida; cf. D. 21,2,6 (*Gaius, lib. X ad Edictum provinciale*): *Si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis, in qua negotium gestum est pro evictione cavere oportet, ó D.21,2,37,1 (Ulp., lib. XXXII ad Edictum): Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent...;* SCHULZ, *Classical Roman Law. Derecho romano clásico (trad. de Santa Cruz Tejeiro)*, Barcelona 1960, p. 511; GIRARD, "La garantie d'éviction" *cit.*, p. 416; ANKUM, "L'actio auctoritatis" *cit.*, pp. 34 s.; COSTA, *op. cit.*, p. 389.

92 PEROZZI, *Istituzioni cit.*, p. 280, n. 2; GIRARD, "La garantie d'éviction" *cit.*, p. 416.

93 Varro, *De re rustica* 2,10,5; cf. MEYLAN, "Varron et les conditions du transfert de la propriété" *cit.*, pp. 185 ss.; COSTA *op. cit.*, p. 389, n. 1; RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Catania 1998, p. 111.

94 KASER, *Eigentum und Besitz cit.*, pp. 14, 210 ss.; PEROZZI, *Istituzioni cit.*, p. 281; GIRARD, "Les stipulations de garantie" *cit.*, p. 555.

95 MEYLAN, "Varro et les conditions du transfert de la propriété" *cit.*, pp. 176 ss.; según unos formularios transmitidos por Varrón, -*De re rustica* 2,1,15, 2,6,3, 2,8,3 y 2,9,7-, sabemos que existieron unas estipulaciones de garantía en las ventas de *res mancipi*, en las que el vendedor prometía al comprador que le sería lícito -*licere*-tener la cosa -*habere*-. Esta *stipulatio* tiene la misma forma que una *obligatio verbis*, con lo que el comprador, si era vencido en juicio por un tercero, podía reclamar del vendedor a través de una *actio ex stipulatu* la reparación de perjuicios que le hubiese irrogado; ARNÒ, "Il passaggio della proprietà nella compravendita romana" *cit.*, p. 588; SARGENTI, "Problemi della responsabilità contrattuale", *SHDI* 20 (1954) p. 229, n. 67; TORRENT, *op. cit.*, p. 455; COSTA, *op. cit.*, p. 389.

Varro, *De re rustica* 2,1,15:

ya que en caso de que este último fuese privado de la misma⁹⁶, el vendedor estaría obligado al *id quod interest*⁹⁷, de acuerdo con el perjuicio patrimonial sufrido por el comprador. A diferencia de la *actio auctoritatis* y de la *stipulatio duplae*, en la cual se fijaba la pena de evicción en un múltiplo del precio, dicha estipulación era incierta, con lo que hacía nacer un crédito para resarcimiento del daño, al *id quod interest*, crédito que debía ser proporcional al perjuicio sufrido, independientemente del precio⁹⁸.

Varrón, en *De re rustica*, 2,2,5, y 2,2,6, nos ha conservado la fórmula de una estipulación relativa a la garantía de los defectos y a la evicción⁹⁹:

*In emptionibus (ovium) iure utitur eo, quo lex praescipsit; in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt: quidam enim pretio facto in singulas oves, ut agni cordi duo pro una ove adnumerentur, et si quoi vetustate dentes absunt, item binae pro singulis ut procedant. De reliquo antiqua fere formula utuntur; cum emptor dixit: "Tanti sunt mihi empta?" - et ille respondit "sunt" et ex promisit nummos, (6) emptor stipulatur prisca formula sic: "Illasce oves...sanas recte...habereque recte licere: haec sic recte fieri spondesne?" . Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, sin non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium*¹⁰⁰., e igualmente aparece reflejado en *De re rustica* 2,3,5¹⁰¹:

Quarta parte est de iure in parando, quem ad modum quamque pecudem emi oporteat civili iure, quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere, neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini, in emptione alias stipulandum sanum esse, alias e sano pecore, alias neutrum.

Sobre esta especie de promesa solemne teniendo por objeto el precio, *expromissio numorum*-, vid. la obra de BESELER, "Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung" *cit.*, pp. 339 ss.; TOMULESCU, "Et expromisit nummos", *LABEO* 25 (1979) pp. 290 ss.; MEYLAN, "La conception classique de la vente et le fragment D.12,4,16", *RIDA* 1 (1949) p. 137; PRINGSHEIM, "Eigentumsübergang beim Kauf" *cit.*, pp. 339, 342, 343, 359; ARCHI, *Il trasferimento della proprietà* *cit.*, pp. 110 ss.; SCHÖNBAUER, "Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf" *cit.*, pp. 207 ss.; ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà* *cit.*, pp. 166 ss.; DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale* *cit.*, pp. 4 ss..

Varro, *De re rust.* 2,6,3: *In mercando item ut ceteras pecudes emptionibus et traditionibus dominum mutant (scil. asini) et de sanitate ac noxa solet caveri.*

Varro, *De re rust.* 2,8,3: *Quos (scil. mulos) emimus item ut equos stipulamurque in emendo ac facimus in accipiendo idem quod dictum est in equis.*

Varro, *De re rust.* 2,9,7: *Fit alterius (scil. canis) cum a priore domino secundo traditus est, de sanitate et noxa stipulationes fiunt eadem, quae in pecore, nisi quod hic utiliter exceptum est.*

96 TAFARO, "Emptio uno precio e *id quod interest*", *LABEO* 19 (1973) pp. 31 ss..

97 Cf. Varro, *De re rustica* 2,3,5: *De emptione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit.*; 2,4,5: *emi solent sic: illasce oves... y 2,2,6: Eam rem...recte habere licere spondesne? o habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?*; GIRARD, *op. cit.*, p. 539; ID., "Les stipulations de garantie" *cit.*, p. 542.

98 LONGO, *Corso* *cit.*, p. 221.

99 GIRARD, "L' *action auctoritatis*" *cit.*, p. 195, n. 1; ID., "Les stipulations de garantie" *cit.*, p. 539; ID., *op. cit.*, p. 538; MEYLAN, "Gaius 1,119: 'rem tenens' o 'aes tenens'", *Studi Albertario* 2 (Milano 1953) p. 228, n. 1.

100 MEYLAN, "Varron et les conditions du transfert" *cit.*, p. 177; ID., "Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue" *cit.*, p. 472; SARGENTI, "Problemi della responsabilità contrattuale" *cit.*, p. 229, n. 67; TOMULESCU, "Et expromisit nummos" *cit.*, pp. 290 ss.; LONGO, "Passaggio della proprietà" *cit.*, p. 29; APPLETON, "A l' époque classique le transfert de propriété" *cit.*, p. 181, n. 1; PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld* *cit.*, p. 73; ID., "Eigentumsübergang beim Kauf", *ZSS* 50 (1930) *cit.*, pp. 337 ss.; ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà nella compravendita romana* *cit.*, p. 165; BETTI, *Istituzioni* II *cit.*, p. 37; SCHÖNBAUER, "Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf", *cit.*, pp. 207 ss. (=ZSS 54 (1934) pp. 18 ss.); ARCHI, *Il trasferimento della proprietà* *cit.*, p. 109; BESELER, "Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung" *cit.*, pp. 339 ss..

101 Véanse aquellas fórmulas estipulatorias utilizadas con fines de garantía, empleadas en las ventas de animales domésticos:

*De emptione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit, numquam enim sine febris sunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: "illas capras hodie recte esse et bibere posse habereque recte licere, haec spondesne?"*¹⁰².

En cuanto al ámbito de aplicación de una y otra *stipulatio*, se cree que la *stipulatio duplae* se aplicaba generalmente a las *res Mancipi*, cuando por defecto de negocio mancipatorio, se conseguía a través de la *stipulatio duplae* la finalidad que inicialmente cumplía la *auctoritas* del *mancipio dans*, así como a las *res nec Mancipi* de cierta consideración, mientras que la *stipulatio habere licere* se limitaba a las *res nec Mancipi*¹⁰³, o a cosas de menor valía¹⁰⁴.

Así pues, la evicción se fue configurando a través de *stipulationes* separadas del contrato de compraventa, pero al llegar la época clásica, la obligación de *evictionem praestare* se convirtió en un elemento natural de la *emptio-venditio*¹⁰⁵ para cuya exclusión sería necesario pacto expreso.

Varro, *De re rustica* 2,4,5: *Emi solent sic: illasce sues sanas esse habereque recte licere noxisque <solutus> praestari neque de pecore morbosus esse spondesne? Quidam adiciunt: perfunctas esse a febris et a foria?*

Varro, *De re rustica*, 2,5,11: *...Cum emimus domitos stipulamur sic: illosce boves sanos esse, noxisque <solutus> praestari? cum emimus indomitos, sic: "illosce iuencos sanos recte, deque pecore sano esse, noxisque <solutus> praestari spondesne? Paulo verbosius haec, qui Manilii actiones sequuntur.*

Varro, *De re rustica*, 2,7,6: *Emptio equina similis fere ac boum et asinorum, quod iisdem rebus in emptione dominum mutant, ut in Manilii actionibus perscripta sunt.*

102 Cf. D.45,1,83 (Paulus, lib. LXXII ad Edictum):

...Et qui spondet dolum malum abesse abfuturumque esse, non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolum malum absit. Idemque in illis stipulationibus: habere licere item; neque per te, neque per heredem tuum fieri, quominus fiat.

D.45,1,38 pr. (Ulp., lib. XLIX ad Sabinum):

Stipulatio ista: habere licere spondes hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat, quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat; videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur sed se obligat, ne ipse faciat quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur...?

103 ANKUM, "L'actio auctoritatis" cit., pp. 19-20.

104 Dicha *stipulatio habere* tendría por misión garantizar al comprador la lícita y pacífica tenencia de la cosa, prescindiendo *a priori* de un múltiplo del precio fijado, atendiendo únicamente para establecer la medida de la indemnización a pagar por el vendedor al valor de la cosa en el momento de la evicción -*stipulatio incerta*-; GIRARD, "Histoire de la garantie d'éviction: l'actio auctoritatis" cit., p. 131; CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona 1998, p. 82

105 CALONGE, *Evicción* cit., p. 32; TORRENT, *op. cit.*, p. 455; señala LONGO, *Corso* cit., p. 230, "que para excluir dicha garantía es preciso proveerse del conveniente pacto, mientras anteriormente era precisa dicha convención para garantizarla"; cf. D.19,1,11,8 (Ulp., lib. XLVI ad Sabinum):

Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere, ab omnibus receptum ait, et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio; GIRARD, "Les stipulations de garantie" cit., p. 580.

2.3. LA EVICCIÓN COMO ELEMENTO NATURAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO. GARANTÍA PROCESAL DEL COMPRADOR EN CASO DE EVICCIÓN

Tal y como ha quedado demostrado, mientras en la época antecedente no veíamos que la garantía por evicción fuese una *obligatio ex lege* inherente a la compraventa, con la aparición del contrato consensual, se considera precisamente como contrario a la *bona fides* -sobre cuya base se sustentaba e inspiraba aquélla-, que el vendedor no prometiera la garantía del *habere licere*, el hecho de que no fueran prestadas por el vendedor ninguna de estas estipulaciones¹⁰⁶, por lo que culmina esta evolución de la garantía en caso de evicción -*de evictione cavere*- a través del reconocimiento del comprador de hacerse valer de la *actio empti*¹⁰⁷ como medio directo para alcanzar, en caso de evicción y sin necesidad de acudir a ninguna estipulación añadida, el *id quod interest* del comprador de la cosa; una vez producida la evicción, se le reconoce directamente a éste el derecho a valerse de la misma *actio empti*¹⁰⁸ para conseguir el resarcimiento de los daños sufridos siempre a consecuencia de la evicción, aunque teóricamente no existiera obligación del vendedor respecto a la transmisión del derecho¹⁰⁹.

106 Se establece que en caso de que fueran omitidas, el comprador podría obligar al vendedor a prestarlas bajo pena de condena.

107 Cf. D. 21,2,37 (*Ulp., lib. XXXII ad Edictum*):

Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisfacatur, <nisi si specialiter id actum proponatur>, sed ut repromittatur.

D. 21.1.31,20 (*Ulp., lib. I ad Edictum Aedilium curullium*):

Quia adsidia est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.

108 ACCARIAS, *Precis de Droit romain cit.*, p. 285; BONFANTE, *Instituciones cit.*, p. 481; GIRARD, *op. cit.*, p. 540; HUVELIN, *op. cit.*, p. 185; KASER, "Das Ziel der *actio empti* nach Eviction", *ZSS* 54 (1934) pp. 162 ss.; BIONDI, *Istituzioni cit.*, p. 369.

109 Cf. D.21,2,8 (*Julianus, lib. XV Digestorum*):

Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. Quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum acquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat.

D.19,1,43 (*Paulus, lib. V Quaestionum*): ... *De sumtibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci.*

D.21,2,16 (*Pomponius, lib. IX ad Sabinum*): *Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur. 2. Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.*

D.18,1,66 (*Pomponius, lib. XXXI ad Quintum Mucium*): ... *Si cum servitus vendidis deberetur, nec commemoraverit venditor, sed sciens esse, reticuerit et ob id per ignorantium rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutum amiserit, quidam recte putant, venditorem teneri ex empto ob dolum*, por los que se concede al comprador vencido en juicio la *actio empti* por el interés que tuviera en poder retener la cosa comprada.

D.21,2,51,3 (*Ulp., lib. LXXX ad Edictum*): ... *Non mirum autem est, ut evicto homine de evictione teneatur heres, ... nam actione ex empto praestare debet hereditatem, quamvis defuncto in hoc tantum fuit utilis ex empto actio, ut servus traderetur.*

D.21,2,70 (*Paulus, lib. V Quaestionum*): *Evicta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest, competit; ergo et, si minor esse coepit, damnum emptoris erit; cf. GIRARD, "La garantie d'éviction dans la vente consensuelle" cit.*, p. 434.

En suma, la obligación de garantía de evicción *ut rem emptori habere liceat* se hizo un aspecto sustancial e inherente del contrato de compraventa¹¹⁰, que tenía lugar de pleno derecho, sin que las partes tuviesen necesidad de realizar ninguna convención particular al respecto¹¹¹.

Para que el comprador pudiera servirse de la *actio empti* con el fin de obtener la reparación del daño causado, era preciso, aparte de que este último hubiese sido judicialmente despojado de la cosa vendida, entregada, que la evicción tuviera su causa en un vicio inherente al derecho del vendedor¹¹²; también era necesario que la causa de la evicción fuese anterior al contrato, a menos que hubiese dolo o falta por parte del vendedor¹¹³, y por último, que el comprador fuese desposeído o impedido de tener la posesión en virtud de una decisión judicial, ya que mientras la desposesión no hubiese tenido lugar, el comprador no tendría recurso alguno contra el vendedor, salvo el caso de dolo¹¹⁴.

110 D.21,2,57 (*Gaius, lib. II ad Edictum Aedilium curulium*): **Habere licere rem videtur emptori**; ... *tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet.*

D.21,2,24 (*Africanus, lib. VI Quaestionum*): *Non tamen ei consequens esse, ut et si ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, committi stipulationem dicamus, quamvis aequae indotata mulier futura sit, quoniam quidem, etiamsi verum sit, habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit iudicio eum evictum esse; ex empto tamen contra venditorem mulier habet actionem.*

111 Aún así, los antecedentes anteriores no desaparecieron en el Derecho clásico; así, se explicaría la *actio auctoritatis*, que tendría su propio contenido, la defensa judicial, igual que la *stipulatio duplae*, sin la cual la *actio empti* no podría tener un contenido fijo, y que funcionaría como cláusula de uso. La que presentaría mayor problema sería la *stipulatio habere licere*, la cual miraba al *id quod interest*, al igual que la *actio empti*; se puede decir que quedó absorbida por ésta última, aun cuando las fuentes no den testimonio de ello.

D. 12,2,13,3 (*Ulp., lib. XXII ad Edictum*): *Si quis iuraverit vendidisse me ei rem centum, ex empto agere poterit, ut ei cetera praestentur, id est res tradatur, et de evictione caveatur: an tamen ad pretium consequendum ex vendito conveniri possit, videndum; et si quidem et de hoc ipso iuratum est, quod pretium solutum est, nulla pro pretio actio superest: si vero hoc non fuerit iuratum, tunc consequens est de pretium eum teneri.*

D.18,1,66 pr. (*Pomponius, lib. XXXI ad Quintum Mucium*): *In vendendo fundo quaedam, etiamsi non condicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur, aut ususfructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam, iter, actum, aquaeductum praestatu iri; idem et in servitutibus urbanorum praediorum.*

C.8,45 (Krueger 44), 6 (*Imp. Alexander*): *Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem; vid. GIRARD, "Les stipulations de garantie", cit., p. 543.*

D.19,1,11,13 (*Ulp., lib. IX ad Sabinum*): *...Nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit: erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur.*

D.19,1,11,2 (*Ulp., lib. IX ad Sabinum*): *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere; quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat...*

En nuestro Código civil, art.1475, se recoge esta figura: "Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada. El vendedor responderá por evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato. Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor"; cf. GARCÍA GARRIDO, "Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código civil español" cit., p. 344.

112 No así en caso de que la evicción fuese consecuencia de una falta del comprador, como por ejemplo no ejercitar la *usucapio* de la cosa de la cual era *bonae fidei possessor*; cf. D.21,2,56,1,3; también D.21,2,29,1 (*Pomponius, lib. XI ad Sabinum*), ó D.21,2,65 (*Papinianus, lib. VIII Quaestionum*).

113 C.4,48,1 (*Imp. Alexander*): *Adversus eum, cui agrum vendidisti, venditi iudicio consiste: nec enim tibi in rem actio cum emptore, qui personaliter tibi sit obligatus, competit.*

114 D.19,4,1 (*Paulus, lib. XXXII ad Edictum*):

... Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur; también D.18,5,10,1 (Scaevola, lib. VII Digestorum)

El elemento de la buena fe, innato al contrato de *emptio-venditio*, en el sentido de que el juez debía determinar en las exigencias de la buena fe las obligaciones de los contratantes, llevó consigo que en el siglo II d.C el comprador pudiese exigir con la *actio empti*¹¹⁵ la *stipulatio duplae* o la *rem habere licere*; se admitió, pues, que si se producía la evicción, o, en su caso, el comprador perdía el goce de la cosa antes de haber obtenido una u otra garantía, éste pudiese exigir la condena del vendedor, y, en definitiva, que el vendedor respondiese siempre por el *rem habere licere*.

Se admitió, pues, que, si no existían estas estipulaciones, el comprador podía interponer la *actio empti*¹¹⁶ contra el vendedor, y mientras que éste no realizaba la *stipulatio*¹¹⁷, era condenado como si la evicción hubiera existido, esto es, quedaba obligado a entregar al comprador una suma de dinero cuyo importe fuera igual al interés de este último en tener la cosa y si el caso se encuadraba entre aquellos en que habrá de tener lugar la *stipulatio duplae*¹¹⁸, el vendedor sería condenado al doble¹¹⁹.

A partir de este sistema, aplicado en el ámbito de la actividad judicial del pretor, se desarrolló la idea de que en caso de evicción el comprador podía, sin más, actuar con la *actio empti* para obtener el resarcimiento, independientemente de que el vendedor hubiera realizado o no la estipulación¹²⁰.

Parece que, originariamente, el comprador que había sufrido evicción podía obtener la condena del vendedor a una suma correspondiente al precio de venta, tal y como lo demuestra D.21,2,60 (*Javolenus, lib. II ex Plautio*):

*Si in venditore dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praetor **simpliciter evictionis** nomine, et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.*

En cambio, en los casos en que se acostumbraba a realizar la *stipulatio duplae*, el vendedor habría sido condenado a una suma igual al doble del precio¹²¹, como lo demuestra *Pauli Sententiae*. 2,17,3: *Res empti, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor **duplo tenus obligatur***¹²², y aún *Pauli Sententiae* 2,17,4:

*Distracta fundo, si quis de modo mentiatur, **in duplum** eius quod mentitus est, officio iudicis aestimatione facta convenitur*¹²³.

115 SARGENTI, "Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita", *Studi Arangio Ruiz* 2 (Milano 1952) p. 233.

116 KASER, *Römisches Privatrecht cit.*, p. 160.

117 Cf. D.45,1,38 (*Ulp., lib. XLIX ad Sabinum*); D.19,1,11,8 (*Ulpianis lib. XXXII ad Edictum*); D.45,1,83 (*Paulus, lib. LXXII ad Edictum*)

118 GIRARD, *op. cit.*, pp. 46 ss., considera la *stipulatio duplae* como generadora de un *actio stipulatu*, que vendría a sustituir a la arcaica *actio auctoritatis*, mientras que ARANGIO RUIZ, *La compravendita I cit.*, pp. 46 ss., afirma que en la *stipulatio duplae* se condensan las características de la *actio auctoritatis* -doble del precio-de la *satisfactio secundum mancipium* -posibilidad de intervenir como garante junto al vendedor-, y la *stipulatio habere licere* -fijar como criterio para el reconocimiento de la evicción el no surgimiento del *habere licere*-.

119 KASER, *op. cit.*, p. 159.

120 SARGENTI, *op. cit., loc. cit.*; THOMAS, *op. cit.*, pp. 417 ss..

121 VOLTERRA, *Institutiones cit.*, p. 505.

122 VOCI, *Modi di acquisto cit.*, p. 36; BREZZO, *La mancipatio, cit.*, p. 94; GIRARD, *op. cit.*, p. 537, n. 3.

También en los papiros de compraventa de Rávena (siglo IV y V d.C) hallamos la cláusula de la *stipulatio duplae*, y la obligación, en caso de evicción, de resarcir al comprador las mejoras aportadas a la cosa; PUGLIESE, "Compravendita e trasferimento della proprietà" *cit.*, p. 46; PUGSLEY, *The Roman Law of Property und Obligations*, Winberg 1972, p. 16; ANKUM, "L'actio auctoritatis" *cit.*, p. 21.

123 COSTA, *op. cit.*, p. 388.

Por tanto, vemos aquí cómo los remedios convencionales de garantía se manifiestan en cierta manera en el Derecho clásico¹²⁴, incluso la *actio auctoritatis*, que sigue cumpliendo su función de defensa judicial, hasta caer en desuso en época justiniana¹²⁵, coincidiendo con la abolición de la *mancipatio*¹²⁶.

En resumen, habría que resaltar la estrecha vinculación entre la obligación de responder por evicción con la inexistencia de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad, esto es, con la admisión de la venta de cosa ajena¹²⁷, considerándose ambos como elementos naturales del contrato.

En el pasaje de Ulpiano, extraído del libro XXXII *ad Edictum*¹²⁸, se aprecia, al indicar las obligaciones del vendedor¹²⁹, que éste debe dar la cosa, esto es, entregarla, por lo que si verdaderamente era dueño el vendedor, haría dueño también al comprador,

124 Con el reconocimiento de la posibilidad de utilizar la *actio empti* para reclamar el resarcimiento de daños al vendedor, tres fueron las acciones posibles del comprador en caso de evicción: la *actio auctoritate*, basada en la *mancipatio*; la *actio ex stipulatu*, basada en una *stipulatio de eviczione*; y la *actio empti*, basada en el contrato de *emptio-venditio*; de las relaciones entre estas tres deriva la dificultad del tema de la evicción; ANKUM, *L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existe? Atti dell'Accademia Romanistica Constantiniana, III Convegno Internazionale*, (Perugia 1979) pp. 3-45; FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 305 ss..

125 A pesar de la abolición de la distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi*, o entre la *mancipatio* o la *actio de auctoritate*, los compiladores siguen incluyendo en el Digesto y en el Código estos fragmentos de juristas clásicos, y las constituciones imperiales de los siglos II y III que tratan de la *mancipatio* y la *actio auctoritate*, añadiendo numerosas interpolaciones, lo cual contribuye a aumentar la complejidad del tema; ANKUM, "Evizione" *cit.*, p. 500.

126 La garantía en caso de evicción tiene lugar de pleno derecho, sin que las partes tengan necesidad de estipularla, y aún cuando ninguna falta pueda ser imputada al vendedor; *cf.* D.19,1,11,2 (*Ulp.*, *lib. XXXII ad Edictum*), pero las partes pueden derogar, por convenciones particulares, este efecto natural del contrato, ya de una manera general, o ya para ciertos casos de evicción *-pactum de non praestanda eviczione-*; DE MEDIO, "Il patto di non prestar l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico", *BIDR* 16 (1904) pp. 5 ss.; sin embargo, los derechos que se conceden al comprador para el caso de evicción son renunciabiles, ya que las partes podían contraer dicho *pactum*, en caso de que este último no quisiera asumir la responsabilidad por evicción, con lo cual, el vendedor quedaba liberado de todas las consecuencias de la evicción.

El efecto de dicho acto sería pues el de liberar al vendedor de toda responsabilidad dentro de los límites fijados por la convención, salvo el caso de dolo; *cf.* D.19,1,6,9 (*Pomponius, lib. IX ad Sabinum*): *Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset, et adiectum sit, neve eo nomine quid praestaret, aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit*; D.19,1,11, frag. 15.; 16 y 18 (*Ulp.*, *lib. III ad Edictum*); como consecuencia de este pacto, es de destacar que el vendedor no estaría obligado ni siquiera a restituir el precio recibido, y si no lo hubiera aún cobrado, podría exigirlo a través de la *actio venditi*; hay que tener en cuenta que en los casos de venta de cosa pignorada o hipotecada, esta responsabilidad quedaría excluida por ese mismo hecho; *cf.* D.21,2,68 (*Papinianus, lib. XI Responsorum*):

Cum ea conditione pignus distrahitur, ne quid eviczione secuta creditor praestet: quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, eviczione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quominus pretium solvat ...; BIONDI, "Vendita" *cit.*, pp. 885 ss.; GUARNERI CITATI, "Gli effetti del *"pactum de non praestanda eviczione"*", *Annali Palermo* 8 (1929) pp. 385 ss.; VOLTERRA, *op. cit.*, pp. 505 ss.; MARRONE, *op. cit.*, p. 644; FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *op. cit.*, p. 353.

127 *Vid. supra* D.18,1,28 (*Ulpianus, lib. XLI ad Sabinum*).

128 D.19,1,11,2 (*Ulp.*, *lib. XXXII ad Edictum*):

Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum eviccionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.

129 *Cf.* D.19,1,30,1 (*Africanus, lib. VIII Quaestionum*), y también D.18,1,25,1 (*Ulp.*, *lib. XXXIV ad Sabinum*): *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti sponondit*; D.12,4,16 (*vid. infra*), D.19,4,1 (*Paulus, lib. XXXII ad Edictum*); C.8,44,3; D.19,1,50 (*Labeo, lib. IV Posteriorum a Iavoleno epitomatorum*).

y en caso contrario, obligaba solamente al vendedor por razón de evicción, si es que se dio precio, o en su caso se dio una fianza, en razón de la ajenidad de la cosa¹³⁰.

La privación o pérdida de la posesión que sufre el comprador en virtud de la *rei-vindicatio* del *verus dominus*, en virtud de un título legítimo, es la que hace nacer la obligación de responder en caso de evicción, y de ello se deduce que el vendedor no responde por el hecho de no haber transmitido la propiedad al comprador, sino por no haberle procurado la *vacua possessio*, pacífica e inexpugnable *erga omnes*; es decir, hasta que el comprador no fuese despojado judicialmente de su posesión, no puede pedir nada al vendedor, siendo este el sentido del rescripto de Alejandro Severo C. 8,44,3:

*Qui rem emit et possidet, quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest, y del no menos importante pasaje de D.12,4,16 (Celsus, lib. III Digestorum)*¹³¹:

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alio obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge, alienum esse Stichum, sed te tamen eum <tradidisse>; repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus, <et pro evictione eius> promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Así, el vendedor responde frente al comprador objeto de evicción como consecuencia de la inexistencia de la obligación de procurar el resultado traslativo, esto es, por no haberle transmitido una posesión pacífica e inatacable, en el caso de que ambos contratantes actúen de buena fe; ahora bien, si se trata de un vendedor de mala fe, esto es, vende a sabiendas una cosa ajena, el comprador puede dirigirse contra él antes de que se produzca la evicción, como nos viene a decir D.19,1,30 (*Africanus, lib. VIII Quaestionum*)¹³²:

*Si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam...; Qui sciens alienam, non suam ignorantem vendidit. Id est maxime, si manumissuro vel pignori datur vendiderit*¹³³.

Este pasaje establece que si el vendedor hubiese vendido a sabiendas una cosa ajena sin que lo supiese el comprador, debe ser responsable y estar sujeto a la *actio empti* sin esperar la evicción, porque se entiende que en este caso habría incurrido en dolo¹³⁴.

El régimen de la evicción obedece a la peculiar estructura de la compraventa romana, que, sin considerar la transmisión de la propiedad elemento esencial de la

130 De ahí que se considere como un *prius* lógico de la responsabilidad del vendedor que éste haya efectuado la entrega de la cosa al comprador; cf. D.21,2,62 pr. (*Celsus, lib. XXVII Digestorum*): *Si rem quae apud te esset, vendidisses tibi, quia pro tradita habetur, evictionis nomine me obligare placet.*

131 Vid., APPLETON, "Le fragment 16 D.12,4. L'obligation de transférer la propriété" *cit.*, p. 62; SCIALOJA, "La l. 16 D. de condicio causa data 12,4" *cit.*, pp. 161 ss..

132 Vid. *supra* p.210.

133 SCHULZ, *Derecho romano clásico cit.*, p. 508; MAYNZ, *op. cit.*, p. 231, n. 18; según ARANGIO RUIZ, no es clásica la decisión por la cual el comprador de buena fe puede, sin que la evicción haya tenido lugar, intentar la *actio empti* contra aquél que le hubiese vendido una cosa ajena; la decisión se basaría en el *dolum malum abesse*, sobre la cláusula de la *stipulatio duplae*, y el pasaje estaría interpolado donde habla de *agere ex empto*, ya que el original diría *ex stipulatu*, ARANGIO RUIZ, *Istituzioni cit.*, p. 228.

134 BONFANTE, *Corso cit.*, p. 481.

misma¹³⁵, por la falta de medios de publicidad fiables que garanticen el poder de disposición de los vendedores, sin embargo se haya dirigida a la realización del efecto adquisitivo, el cual es producido *de facto*, a través de la obligación de procurar una posesión libre de pretensiones ajenas, y de su consideración como justo título para la usucapión, y como *iusta causa traditionis*.

Por ello, la inexistencia de la obligación del vendedor romano de transmitir la propiedad justificó una responsabilidad por separado de la responsabilidad por evicción, pero sin embargo, los ordenamientos actuales que aceptan el principio de la obligatoriedad del vendedor de procurar el resultado traslativo no requieren una regulación especial para el caso de evicción¹³⁶, bastando las normas generales de incumplimiento de las obligaciones.

En definitiva, un sistema de transmisión de los derechos reales opuesto al romano, con una estructuración diferente del contrato de compraventa, encuentra serios problemas de identificación del régimen de evicción, aunque no sea el caso del Derecho español, que en este punto respeta íntegramente el esquema romano¹³⁷.

135 Cf. D.18,1,25 (*Ulp., lib. XXXIV ad Sabinum*).

136 De ahí que la disciplina de los efectos de la garantía por evicción tenga mayor importancia para la práctica romana que para la práctica moderna. *Vid. infra*, según el el derecho alemán, -& 433 *BGB*-, derecho italiano -art.1476 *Codice civile*-, el art. 1061 *ABGB* para el derecho austriaco, y el &184 *OR* en el Derecho suizo, entre otros; ANKUM, “Alla ricerca della *repromissio* e della *satisfatio secundum mancipium*”, *cit.*, p. 741, n. 2.

137 CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 86.