

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XI

Marzo de 1935

Núm. 123

Iusta causa traditionis

LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD Y EL PAGO DEL PRECIO EN LA COMPRAVENTA

CONSIDERACIÓN DEL § 41, «INST.», «DE RERUM DIVISIONE», II, 1.

Dice así ese texto :

«Sed si quidem ex causa donationis aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradatur, sine dubio transferuntur; venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si ist venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit veluti ex promissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali id effici. Sed si is, qui vendidit fidem emtoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emtoris fieri» (1).

Como se ve tiene íntima conexión con el problema que estudiamos; es decir, que si se tiene por causa de la compra el pago del

(1) 41, *Inst., De rerum divisione*, II, 1: «La tradición que se hace por donación, dote o por cualquier otra causa justa transfiere indudablemente la propiedad; pero las cosas vendidas y entregadas no son adquiridas por el comprador sino cuando haya pagado el precio al vendedor, o de otro modo le haya satisfecho, como si le da un expromisor o una prenda. Esto se ha establecido por la ley de las XII tablas. Sin embargo, con razón se dice que también dimana del derecho de gentes; esto es, del derecho natural. Mas si el vendedor confió en la buena fe del comprador, decidimos que éste adquiera inmediatamente la cosa.»

precio, al decir que si éste no se presta la propiedad no se transfiere, se ataca en sus principios toda la teoría expuesta de justa causa.

Pero este principio anómalo que injerta en el concepto de tradición un principio del derecho de obligaciones, cuando deben mantenerse separados, tiene su explicación en la evolución histórica de los modos de transferir la propiedad.

Vamos a exponer las teorías originales de Albertario y Pringsheim, que rechazaremos, y después expondremos la adoptada por nosotros procedente de Exner, y calificaremos jurídicamente lo que sea un negocio jurídico en quien concurren estas circunstancias.

Albertario (*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale della obbligazioni*, XXVII, 1929, bajo el título: *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*) sostiene que en la época clásica había que aplicar reglas diversas según la naturaleza de las cosas vendidas. Las *res Mancipi* no llegarían a ser propiedad del adquirente sino después del pago del precio o constitución de una garantía seria de lo último (*expromissio* o *pignus*). El comprador de cosas *nec Mancipi*, por el contrario, se haría propietario desde la tradición aun sin haber pagado el precio, si el vendedor ha tenido confianza en su honradez.

El célebre pasaje de Gayo, II, 18, que marca la oposición entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y que expresa que el adquirente de una *res nec Mancipi* es propietario de ella en seguida (*statim*) de la tradición, no puede, según Albertario, significar otra cosa. Igualmente para él los textos que subordinan la transmisión de propiedad al pago del precio o a una garantía se refieren a ventas de cosas *Mancipi*. Cita textos en que, efectivamente, se trata de cosas *Mancipi*, como son D., 40, 12, 38, 2; D., 7, 1, 25, 1; D., 7, 1, 12, 5; D., 41, 1, 43, 2; D., 44, 4, 4, 32; D., 6, 1, 72; D., 21, 3, 2; Trípticos de Transilvania, Textes Girard, páginas 849, 50, a los que hay que añadir D., 18, 3, 8, y C., 4, 54, 1, que dan al vendedor la reivindicación cuando el comprador no paga el precio en el plazo fijado. Pero al lado de estos textos hay otros también citados por Albertario en apoyo de su tesis, en los que por ninguna parte aparece que se trate exclusivamente de cosas *Mancipi* y en los que, sin embargo, se repite el requisito del pago del precio (Paulo): Sent., 2, 17, 1; D., 18, 1, 53; D., 19, 1, 11, 2; D., 18, 1, 19; D., 14, 4, 5, 18; D., 49, 14, 5, 1; D., 21, 1, 43, 10, y C., 4, 54, 4.

Cuando en el Bajo Imperio, dice Albertario, la tradición se hace el modo general de adquirir, desaparecieron las reglas clásicas concernientes a la mancipación y la transmisión de propiedad de una cosa cualquiera fué en lo sucesivo independiente del pago del precio. La voluntad de los compiladores de poner en claro este nuevo principio aparece en dos textos importantes, uno de Pomponio, D., 18, 1, 19, y otro contenido en las Instituciones de Justiniano, 2, 1, 40, 41 (1). Estos dos pasajes asimilando el pago o la garantía del precio al hecho de que para el vendedor *fidem habere emtori* o *de fidem emtoris sequi*, hacen que la antigua regla, válida en otro tiempo para la mancipación únicamente, se encuentre refundida con la moderna relativa a la tradición y que rige generalmente. El primer fragmento está interpolado en este sentido; el segundo está formado de la yuxtaposición de dos textos, tomados sin duda de Gayo y relativos en realidad a la venta, uno de cosas *mancipi* y el otro de cosas *nec mancipi*.

(1) D., 18, 1, 19 (Pomponio): «Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.»

Inst., 2, 1, 40 y 41: «Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: et ideo, cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, at a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienatur: vocantur autem stipendiaria...» (*).

41. «Sed si quidem ex causa donationis aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur, et jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem, emtoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emtoris fieri.»

(*) D., 18, 1, 19: «Lo que vendí no se adquiere de otro modo por el que lo recibe, que si me entregase el precio o me diese caución de entregarlo o le vendiese al fiado sin caución alguna.»

Inst., 2, 1, 40: «Según el derecho natural, adquirimos también el dominio de las cosas por medio de la tradición; porque nada es tan conforme a la equidad natural como que sea valedera la voluntad del propietario que quiere transferir a otro una cosa suya. Por esto la cosa corporal, de cualquier género que sea, puede ser entregada, y, hecha la entrega por el dueño, queda enajenada. Así también se enajenan las heredades estipendiarias y tributarias. Llámense estipendiarias. ...»

No podemos asentir a la interesante tesis de Albertario, porque no nos convencen las razones aducidas y porque alguna de ellas tendría graves consecuencias.

Dice Albertario que el pasaje de Gayo, II, 18 (1) no significa otra cosa que la no aplicación de la regla del pago del precio a las cosas *nec Mancipi*. Si admitiéramos esto resultaría que las cosas *Mancipi*, en tiempo de Gayo podrían ser tradidas y la tradición si se hubiera pagado el precio produciría plenos efectos. Compágnese ahora esto si se puede con Gayo, II, 41.

«Nam si tibi rem Mancipi necque Mancipavero, necque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis et res efficitur ex jure quiritium, vero mea penmanebit, donec tu eam possidendo usucapias» (2).

No creemos que Albertario quiera cargar con la responsabilidad de sostener lo contrario—siquiera parcialmente—del texto citado de Gayo.

Ya indicamos entre los textos citados por Albertario los que haciendo mención de la regla del pago del precio no se refieren a cosas *Mancipi*. Con ello se quiebra también la base de sustentación de la doctrina impugnada.

Por lo que se refiere a los argumentos tomados de supuestas interpolaciones en textos de Pomponio y Justiniano, me remito a lo que diré acerca de la evolución histórica de la norma.

Veamos la doctrina que mantiene Pringsheim (3).

Su tesis es la siguiente: el principio jurídico colocado en *Inst.*, 2, 1, 41 y de allí retrotraído a las XII tablas, en el que la propiedad

(1) «Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi» (*).

(2) «Pues si no te hubiere Mancipado ni cedido *in jure* una cosa *Mancipi*, sino solamente entregado, se hace tuya aquella cosa *in bonis*; pero por derecho quiritario permanecerá mía hasta que tú, poseyéndola, la adquieras por usucapión.»

(3) *Der Kauf mit fremder Geld*, 1916, recensión de Mitteis en *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, tomo XXXVII, 1916. La referencia a la abundante literatura que esta cuestión ha suscitado, nos llevaría muy lejos. Me limitaré a citar únicamente dos trabajos recientes. Schöubauer: *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf* (*Z. G. St.*, 52, págs. 195 y sigs.), y la réplica de Pringsheim (*Randbemerkungen zu Schönbauer* (*Z. G. St.*, 53, págs. 491 y sigs.).

(*) «Hay una gran diferencia entre las cosas *Mancipi* y las *nec Mancipi*.»

de la cosa vendida permanece en el vendedor hasta el pago del precio o garantía del mismo, no pertenece ni al derecho clásico ni al de las XII tablas, sino que procede de una interpolación bizantina.

Hace una revisión del derecho griego y sostiene que en él la propiedad de la cosa pasa a aquel de quien es el dinero pagado como precio. Griego es el principio *res succedit in locum pretii*, y esta idea, siempre viva en las provincias griegas, lucha contra los jueces romanos hasta en los tiempos bizantinos contra los diferentes empleos de la *revindicatio utilis*.

El autor busca la prueba de lo dicho en los discursos de Demóstenes, en los que se trata de préstamo a la gruesa. Aquí el género comprado por el naviero en el extranjero es para el prestamista con cuyo dinero se compraron.

Añade, en su apoyo, el caso conocido de Theophrasto sobre la compra, así como numerosos papiros, en los que el pago del precio tenía una importancia decisiva en las compras griegas.

Desde el punto de vista negativo, aduce los fragmentos de Gayo, II, 19, 20, en los que no se habla para nada de la necesidad de pago del precio para transmitir la propiedad por tradición, exactamente igual, en caso de compra, que *ex donationis sive quavis alia ex causa*.

Pretende que Justiniano ha dado el primer paso en la introducción de la regla en el pasaje *Inst.*, II, 1, 40-43, ya insertos, demostrándolo una comparación con D., 41, 1, 9, 3 y 4 (1), siquiera

(1) D., 41, 1, 9, § 3: «Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.»

D., 41, 1, 9, § 4: «Nihil autem interest utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis. Qua ratione si cui libera negotiorum administratio habeo, qui peregre proficiscitur, permissa fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis» (*).

(*) D., 41, 1, 9, 3: «Las cosas cuyo dominio adquirimos por la entrega se hacen nuestras por derecho de gentes, porque ninguna cosa es tan conforme a la equidad natural como la voluntad del dueño que quiere transferir a otro lo que es suyo.»

D., 41, 1, 9, 4: «No es del caso que la cosa la entregue por sí mismo el señor u otro en su nombre. Por lo cual, si a alguno se permitió la libre admi-

llame la atención que en aquél la regla se retrotraiga a las XII tablas, pero quizá en este Cuerpo legal la norma se referiría sólo a la mancipación.

Sospecha la interpolación de D., 18, 1, 19 y 53.

La exc. *rei venditae et traditae* muestra, con su nombre, que no depende del pago del precio. Lo mismo ocurre con la Publiciana; no ha habido necesidad de introducir ningún cambio en D., 6, 2, 7, 16.

Alude el autor, con acierto, según Mitteis, a que el derecho de retención del vendedor en sus géneros y su comparación con el derecho de prenda (D., 19, 1, 13, 8, y D., 21, 1, 31, 8) (1), así como la *lex commissoria venditionis*, mal se dejarían conciliar con una suspensión legal de la transmisión de propiedad.

Pringsheim cita a Ennecerus diciendo que había probado que la equiparación del *fidem emtoris sequi* al pago del precio, era obra de Justiniano.

El propio Mitteis se manifiesta en favor de la doctrina que critica diciendo que la mancipación posterior a las XII tablas, al emplear la frase *eaque mihi emta, esto hoc aere aeneaque libra*, trajo consigo el pago, siempre ficticio, del precio, y, por tanto, al menos

(1) D., 19, 1, 13, 8 (Ulpiano): «Offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio: venditor enim quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit» (*).

D., 21, 1, 31, 8 (Ulpiano): «Idem Marcellus ait, non posse alterum ex dominis consequi actione ex emto, ut sibi pro parte venditor tradat, si proportionem pretium dabit; et hoc in emtoribus servari oportere ait, nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciatur» (**).

nistración de sus negocios por el que se había de ausentar muy lejos y éste vendiese y entregase la cosa perteneciente a la administración de sus negocios, la hace del que la recibe.»

(*) D., 19, 1, 13, 8: «El comprador debe ofrecer el precio al vendedor cuando se pide por la acción de compra; y por esto, aunque ofrezca parte del precio, aún permanece esta acción y el vendedor puede retener como en prenda lo que vendió.»

(**) D., 21, 1, 13, 8 (Ulpiano): «El mismo Marcelo dice que uno de los condóminos no puede conseguir por la acción de compra que el vendedor le entregue su parte de propiedad, dando la parte de precio que le corresponde, y dice que esto se debe observar en los compradores, porque el vendedor retiene lo que vendió, a título de prenda, hasta que el vendedor le satisfaga.»

para su campo, excluyó la aplicación del principio de *Inst.*, II, 1, 41.

Aunque para nuestra tesis sería cómodo adoptar la postura de Pringsheim, sin embargo no nos han convencido sus razones.

Nada tenemos que decir contra la primera fase de su argumentación, que él llama positiva, de que el principio *res succedit in locum pretii* sea un principio genuinamente griego; tampoco nos pronunciamos acerca de la cuestión de si es o no bizantino el principio de que la cosa se hace de aquel cuyo es el dinero pagado. Pero la parte de argumentación positiva tenemos que refutarla.

Efectivamente, Gayo, II, 19-20, no habla para nada del requisito del pago del precio, pero no hay que olvidar que habla en ese sitio de la teoría general de la tradición, y que lo mismo que se pone de relieve esa ausencia de referencia a la regla transmitida por la *Instituta* de Justiniano, se podría uno referir a la falta de consideración de las llamadas *injustae causae*.

Pero, además, prueba lo contrario un fragmento de Gayo transmitido a nosotros por el Digesto, L. 53, *De contr. emt.*, 18, 1, donde encontramos esta frase: *Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fideiussor datus sit*. Por eso sostendrá Pringsheim que el párrafo está interpolado.

Pero se debe observar que, si bien en L. 53, D., 18, 1, hay en ella incorrecciones, éstas no prueban lo que quiere Pringsheim. En primer término, el vocablo *expromissor* ya habla en favor de la antigüedad del texto, y, además, la interpolación del giro *satisfacere de aliqua re*, no está probada, y más bien puede adoptarse la opinión contraria pensando que se usa de ese giro en la *Lex Rubria*, tab. II, cap. 22, líneas 38 y 39, y en la *Lex Acilia repetundarum*, línea 75 (82).

Aparte de que no vemos por qué ese párrafo pueda estar interpolado, resulta que habría que considerar la obra reformadora de los compiladores por medio de interpolaciones como perfecta, es decir, que no se les escapó ningún texto referente a la cuestión sin retocar, lo cual, dado el número de los que a esta cuestión se refieren, hace que sea imposible. Todos los cambios introducidos a sabiendas y de manera sistemática han dejado suelto algún cabo por el cual se ha venido a descubrir toda la maniobra.

Estos cabos sueltos son, para Pringsheim, los párrafos 3 y 4 de la L. 9, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1, ya insertos. El párrafo 3 es

el famoso texto de Gayo, que por cierto ha pasado a las compilaciones de Justiniano, y, por tanto, no puede oponérsele a éste como criterio para descubrir interpolaciones. El párrafo 4 se refiere a la tradición por tercera persona, y una lectura del mismo prueba que no puede dársele el alcance que se pretende.

«Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis. Qua ratione si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur, permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit facit eam accipientis.»

Con la misma razón podrían citarse los párrafos 5 y 6 de la misma Ley 9, en que se tratan asuntos de *traditio brevi manu*. Si no se citan éstos, tampoco deben alegarse los otros dos anteriores.

Si se comparan con Pringsheim los párrafos 40-42, *Inst.*, II, 1, con fr. 9, párrafo 3, D., 41, 1, en vez de deducir la consecuencia que él saca, debe concluirse más bien que por ellos sabemos el modelo de Justiniano al hacer las Instituciones. Se puede pensar lógicamente que el Digesto transmite parcialmente el pensamiento de Gayo.

De la comparación de D., 41, 1, 9, 3 y 4, con *Inst.*, II, 1, 40-43, le choca la remisión a la Ley de las XII tablas, y para salir del paso de esta dificultad dice que quizá se refiriera sólo a la mancipación. Mitteis se pone en contradicción consigo mismo al admitir esto y más adelante sostener que la frase *eaqui mihi emta esto hoc aere aeneaque libra* excluía la aplicación de la norma en la mancipación.

El párrafo del Digesto, 21, 1, 13, 8, citado por Pringsheim en su favor, dice :

«Offerri pretium ab emptore debet quum ex emto agitur et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.»

No es obstáculo, porque supone que la tradición no se ha verificado, ya que el comprador pide la cosa por la *actio emti*, y no habiéndose verificado, es claro que no puede aludirse a la regla de las XII tablas. El vendedor, pues, con pleno derecho, retiene la cosa, pero no la propiedad, que, si se ha pagado parcialmente el

precio, perfecciona la venta y transmite la propiedad al comprador. El vendedor la conservará *quasi pignus*.

Las mismas consideraciones valen para el párrafo D., 21, 1, 31, 8, donde se dan las mismas circunstancias que en el anterior, si bien mezcladas con un caso de copropiedad.

Por lo que se refiere a la consideración, realmente de fuerza, de que mal se compagina la existencia de medios protectorios de carácter obligatorio, como son la *lex commissoria*, el *pactum reservati dominii* y el derecho de prenda reservado hasta el pago del precio, con el precepto de las XII tablas, diremos, en primer lugar, que hay eventualidades frente a las que los derechos personales no garantizan una seguridad suficiente, donde sólo un derecho real permite preservar de la pérdida a aquel que prestó el *corpus*. Además de que, y volviendo en cierto modo a la doctrina de Albertario, esos medios protectores del vendedor sólo serían posibles en la tradición, pero no en la mancipación. Para estos casos de mancipaciones se hizo preciso otro medio más seguro, y fué el de la reserva legal de propiedad. Quizá el precepto enunciado en forma general se hizo aplicable a todos los casos de venta, o quizá, y esto es menos seguro, posteriormente; pero de todos modos en tiempo de Gayo ya se había extendido el precepto primitivamente sólo referente a la mancipación, también a la tradición.

Para apartar la dificultad de D., 6, 2, 7, 16, nos remitimos, por el momento, al párrafo siguiente, también de Gayo, D., 6, 2, 8 (1),

(1) D., 6, 2, 7, 16 (Ulpiano): «Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita. Ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emtor sit, experiri Publiciana non poterit» (*).

D., 6, 2, 8 (Gayo): «De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest conjectura capi, quasi nec sententia pretoris ea sit ut requiratur, an solum sit pretium» (**).

(*) D., 6, 2, 7, 16: «Por lo tanto, para que competa la Publiciana deben concurrir las circunstancias siguientes: que se haya comprado con buena fe y que la cosa comprada por él le haya sido entregada bajo este concepto; por lo demás, antes de la entrega no se podrá interponer la Publiciana, aunque se fuere comprador de buena fe.»

(**) D., 6, 2, 8: «Nada se expresa, sin embargo, acerca del pago del precio, por lo cual se puede conjeturar que no estuvo en la mente del Pretor la intención de que se examinara si se había efectuado el pago del precio.»

que permite conjeturar, por la manera como se plantea el problema, en favor de la existencia de la norma de *Inst.*, 2, 1, 41, ya en tiempo de aquel autor.

Igualmente puede aducirse Fr. 43, párrafo 2, D., 41, 1 (Gayo, libro VII *ad Edictum provinciale*), donde se trata de transmisión de propiedad por compra, y, sin embargo, se habla del pago del precio.

Partimos, pues, de que el precepto de la *Inst.* oriundo de las XII tablas, pasa a través del tiempo por sucesivas trasmutaciones. Pero ¿cómo ha de entenderse este caso en conexión con la doctrina de la justa causa?

Ya conocemos la postura de Strempele respecto al concepto de la justa causa; aplicado ahora aquí, dirá consecuentemente que este precepto es una consecuencia jurídica natural de la venta, en lo cual marcha de acuerdo con Glück (VIII, 114), quien considera inherente a la venta la condición *si emptor pretium solverit*. Pero, a partir de aquí, y yendo de acuerdo con Puchta (*Vorles.*, I, pág. 326), sostiene que el pago o concesión de crédito sólo es necesario en caso de venta como indicio de la voluntad de transmitir; donde falte la prestación del precio y hay dudas acerca de la tradición, debe resolverse en el sentido de que no se produce la voluntad concurrente de transmitir y adquirir, que para Strempele es la justa causa *traditionis*. El principio jurídico de *Inst.*, 2, 1, 41, contiene sencillamente una regla de interpretación de la voluntad de las partes.

Recordemos, en contestación de esta doctrina, lo que dice Exner. Si el vendedor ha creído erróneamente que el precio estaba pagado y en tal creencia ejecuta su prestación, o sea la transmisión de propiedad, su *animus domini transferendi* está expresamente declarado, no necesita de ninguna regla de interpretación, ni de ningún indicio, y, sin embargo, el *accipiens* no se hace propietario. La eficacia jurídica de la tradición se ve impedida por nuestro principio jurídico, no porque las partes no quieran la realización de la venta, sino a pesar de haberla querido.

Leist, en su obra *Manzipation und Eigentumstradition*, sostiene que este principio no tiene nada que ver con la voluntad de las partes, pero que no es, ni mucho menos, una construcción anómala; por el contrario, realiza un severo principio de la *naturalis ratio*, pues la adquisición de una cosa por compra es, por su natura-

leza, una adquisición *ex re* y encierra en sí, *a priori*, la idea de que la transmisión de propiedad respecto de los géneros sólo puede producirse en virtud de la prestación real del precio.

Añade Leist que la derogación de los efectos que produce la tradición como contrato real en la compra se justifica por tratarse de un caso especial y único. Lo especial descansa en que la adquisición se basa en fundamentos propios internos (causa material), es decir, que es una adquisición *ex re*, que es una propiedad merecida materialmente lo que se adquiere. Esto, a juicio de Leist, no ocurre en las demás causas de la tradición; por ello en éstas se trata de un *animus dominii transferendi et accipiendi*, se reconoce la voluntad formal por el derecho positivo allí donde nadie pueda resultar perjudicado.

Sin embargo, no satisface este primer pensamiento de Leist, de ser la norma de que nos ocupamos un desarrollo impuesto por la *ratio naturalis*, pues en seguida surge la cuestión de cuál fundamento puede haber para tratar así a la compraventa y de modo distinto a las otras causas onerosas de adquirir.

Se podría pensar en un derecho que no reconociera la fuerza del contrato real que legitima la transmisión de propiedad, en un derecho que partiera del concepto de que la tradición no proporciona la propiedad, sino la donación, la compra, la permuta, etc., y que dijera aún que la mera existencia de tal negocio obligatorio no basta a transmitir la propiedad, sino que requiere, además, el mutuo cumplimiento de las obligaciones, es decir, que en caso de títulos onerosos no sólo es necesaria la tradición, sino también la previa o simultánea prestación de la obligación (*des Entgelts*). Con esto se negaría la naturaleza contractual de la tradición, pero sería un criterio, a su modo, lógico.

El segundo pensamiento de Leist tampoco me parece aceptable, pues funda el valor de la regla en que se trata de una adquisición *ex re*, de una adquisición merecida materialmente. Resulta que tan adquisiciones *ex re* son las permutas o contratos innominados, y, sin embargo, no hay para ellos un precepto análogo.

Expondremos ahora la opinión aceptada por nosotros, que se compone de dos partes: explicación histórica (1) del precepto y calificación jurídica de la situación que deriva de ella.

(1) Egon Weiss (v.º *Ius gentium*: Pauly Wysow) interpreta el pasaje

Viendo Exner que en un caso de derechos reales se ha injertado una regla referente a cumplimiento de la obligación de pago del precio y traspaso de propiedad que con el dominio de los derechos reales no tiene absolutamente nada que ver, ha deducido fundadamente que este caso nos remite a un período en el que no se poseía el medio jurídicamente técnico que permitiera realizar aquel pensamiento en una forma jurídicamente más exacta, pero que poseía medios coercitivos para ello.

Siguiendo a Exner diremos que se puede sostener que en la época de nacimiento de nuestra regla jurídica, es decir, antes de las XII tablas, no tenía el vendedor ni una *actio* para reclamar el pago del precio, ni una *condictio* para retraer su género ya entregado al comprador. El que habiéndola vendido entrega su cosa, lo hace fiándose en la lealtad del otro contratante; si éste no hace honor a su palabra, el *jus civile romanorum* no ayudaba al vendedor. Juega aquí un concepto discutidísimo entre los autores respecto a la extensión que hay que dar en los tiempos primitivos al *furtum*.

Cuando aumentó el tráfico, esta situación descrita no podía sostenerse, y, en consecuencia, teniendo que buscar un remedio a ella, se aferraron al más enérgico de todos: suprimieron el traspaso de propiedad en la compraventa si no mediaba el pago del precio.

Con esto, de la situación desventajosa del vendedor se pasa a una situación extremada por parte del comprador. Para atenuar ésta se acude a dos sistemas: de un lado se introducen excepciones cada vez más amplias a la regla, y de otro, se dió una gran virtualidad por medios jurídicos pretorios a la posesión del comprador. (Respecto al primer aspecto, véanse L. 72, D., *De rei vind.*, 6, 1; L. 5, § 18, D., *De tribut. act.*, 14, 6; L. 19 y 53, D., *De contr. eml.*, 18, 1; L. 11, § 2, D., *De act. eml. vend.*, 19, 1; L. 38, § 2, D., *De liber. causa*, 40, 12; L. 14, § 1, comparada con § 17, D., *De furtis*, 47, 2; L. 5, § 1, D., *De jure fisci*, 49, 14.)

Los medios pretorios de que se hizo uso para proteger al comprador *pretio non soluto* fueron varios: otorgación de los interdictos, posibilidad de adquirir por prescripción, acción Publiciana y

(*Inst.*, II, 1, 41) en el sentido de que la prescripción de las XII tablas allí referida se aplicaba a las cosas vendidas por *mancipatio*, y que el *jus gentium* lo trasladó a las que lo eran por medio de la *traditio*, que, según Dig., 41, 1, 9, 3, es también una institución de derecho de gentes.

aun la *exc. rei venditae et traditae*. Apartamos los problemas que lo expuesto plantea para no salirnos del tema del trabajo.

El texto de la *Instituta* cita dos excepciones al principio, que a su vez él sienta excepcionalmente: no pagado el precio, la propiedad de la cosa vendida se transmite: primero, cuando *alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato*, o que, segundo, *is qui vendidit fidem emptoris secutus est*.

Esta segunda excepción, gramaticalmente, muestra que ha sido incluida en el texto, y con bastante generalidad se acepta que es el resultado de una interpretación extensiva que se impuso a todos (*plenius acceptum*).

Leist, en su obra tantas veces citada, cree que Varrón ya conoció esto, y en prueba de ello cita *Re rustica*, I, 15, pero, como bien dice Exner, si se la relaciona con otro texto del mismo autor y obra (*De re rustica*, II, 5), resulta que el objeto de la estipulación en el primer texto no es el dinero, sino el *habere licere* del objeto lo que dice Varrón (1) ahí por cierto con gran imprecisión, es que no adquirimos la propiedad sobre todas las cosas porque nos hayamos hecho asegurar el *habere licere per stipulationem*, ni porque quizá hayamos pagado el precio por eso. Varrón no sabía nada de concesión de créditos, como lo demuestra el segundo texto citado.

Exner señala como fecha probable de la aparición de la idea de crédito en la compraventa la época clásica. Lo demuestra la comparación de dos textos: de Gayo, D., I, 53, *Contr. emt.*, 18, 1, y otro

(1) Varrón, I, 15: «*Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere; neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem dominii.*»

Varrón, II, 5: «*In emptionibus ovium jure utimur eo...; prisca formula stipulator emptor sic: Illasce, oves... habereque recte dicere; haec sic recte fieri spondisti? Cum id idem factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi aes sit adnumeratum*» (*).

(*) «Para que se haga mío lo que fué de otro es necesario que medie alguna cosa; pues no es bastante en todos los casos la estipulación o el pago de dinero para la mutación del dominio.»

«En las compras de ovejas usamos de este derecho...; en la antigua fórmula, el estipulador-comprador dice así: «Decir rectamente que tiene aquellas ovejas; ¿prometes que esto se hace así justamente?» Aunque se hubiere hecho esto, sin embargo, el rebaño no mudó el dominio, a no ser que se haya aportado el dinero.»

de Ulpiano, D., 14, 4, 5, 18. En el primero se habla de *solutio* y de distintas clases de *satisfactio*, pero no aparece la idea de concesión de crédito, que es la dominante en el texto de Ulpiano, donde dice : *et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit, enimvero si non abiit... vindicare me posse.*

En el espacio de tiempo que media entre Gayo y Ulpiano se introduciría aquella extensión del precepto de las Instituciones, pero seguramente se introdujo en la forma de concesión de crédito por medio de un acto formal de una estipulación. Se comprende fácilmente esto, pues si fuera concesión de crédito no formal (*Kauf auf Treu und Glauben*, de los alemanes), holgarían los otros extremos contenidos y que se refieren a los *expromissores* y los *pignora*.

Tampoco la excepción que hemos marcado con 1.º procede de las XII tablas, como lo demuestra la lectura del texto tan citado de Gayo, 1, 53, D., 18, 1, donde este autor, que indudablemente tuvo a la vista las XII tablas, conoció una época en que se admitía generalmente (*plenius acceptum*) que la equiparación de la constitución de fianza era análoga en sus efectos al pago del precio, en tanto que no dice lo mismo del *expromissore aut pignore datur*.

Ni las Instituciones, ni Teófilo, allí donde hablan de *satisfactio* y enumeran ejemplos, hacen mención, entre ellos, de la constitución de fianza, lo que hubieran hecho de haberse encontrado relacionadas estas dos ideas en las XII tablas.

En resumen : que las XII tablas hacían depender la transmisión de propiedad, en caso de compra, del pago del precio ; después, paso a paso por derecho consuetudinario, se limitó aquel principio de tal manera que, en derecho clásico, el libre albedrío de las partes sustituiría el pago del precio por un contrato formal de crédito y posteriormente por un contrato no formal.

Donde estas tres condiciones alternativas, *solutio*, *satisfactio*, *creditum*, no se dan, entra en juego la protección posesoria del comprador *pretio non soluto* en la forma que ya indicamos, y que es predominantemente pretoria.

Si ahora pretendemos calificar la situación jurídica así creada, diremos que se trata de una seguridad, de una garantía real otorgada al vendedor.

La reserva de un derecho de garantía en caso de transmisión de

propiedad no es otra cosa que un contrato de garantía real en el cual el constituyente de aquél es el adquirente de la propiedad.

La reserva de propiedad contractual hasta la amortización del precio de compra sólo es un procedimiento abreviado según el que, en vez de que el vendedor transmita su cosa al comprador y éste en seguida se la remancipase *fiduciae causa*, se reserva la propiedad el vendedor y transmite solamente la posesión de la cosa. ¿Qué más da que esto pase así aquí, en vez de ser el propietario actual el que transmitiera *fiduciae causa*, si los resultados, en definitiva, son los mismos?

Tenemos, pues, que la compra *pretio non soluto necque credito* es una de las llamadas *injustae causae*. Si recordamos la definición de justa causa dada por nosotros, encontramos al final una idea que flotaba antes en los autores (Exner decía que justa causa era algo negativo; Bonfante, que las causas injustas estaban precisamente fijadas, no así las justas), y es la de no estar incurso la causa en una prohibición legal de transmitir.

En la *venditio* pura y simple pueden reconocerse los caracteres que fijamos como pertinentes al concepto de justa causa, pero en cuanto la *venditio* se califica con la coletilla de *pretio non soluto*, entra de lleno en la prohibición de *Inst.*, 2, 1, 41, y con ello queda convertida en injusta causa *traditionis*.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

ANA E L E R S

Cajera en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad. Gestor administrativo. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 42, segundo derecha.—Teléfono 13906.