

**BREVE ESTUDIO SOBRE LA TRANSMISIÓN EN LA COMPRA-  
VENTA ROMANA Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL**

**José Luis Zamora Manzano**

*Profesor de Derecho Romano.*

*Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

**SUMARIO:**

- I. CARÁCTER CONSENSUAL DE LA *EMPTIO VENDITIO*
- II. GÉNESIS DE LA COMPRAVENTA ROMANA
- III. LA TRANSMISIÓN EN LA COMPRAVENTA ROMANA
- IV. DERECHO ROMANO Y DERECHO ESPAÑOL

**I. EL CARÁCTER CONSENSUAL DE LA *EMPTIO VENDITIO***

La *emptio venditio*<sup>1</sup> aparece en el derecho romano como una forma contractual consensual por la cual uno de los contratantes (*venditor*) se obliga a entregar a otro la pacífica posesión y definitiva de la cosa, y la otra parte (*emptor*) se compromete a pagar un *pretium*<sup>2</sup>. Este contrato consensual aparece en las fuentes jurídicas romanas, frente a otras modalidades *verbis, litteris* y *re*, debido fundamentalmente a causas sociales y económicas que reclaman contratos que se perfeccionen por la voluntad de las partes, para así flexibilizar el tráfico comercial.

La consensualidad<sup>3</sup> de esta figura contractual se refleja principalmente en Gayo 3.135 y 136:

*" Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque uerborum, neque scripturae ulla propretas desinderatur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse..."*

El fragmento además de reflejar las modalidades de contratos consensuales en roma (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) hace referencia a que la

1 SCHULZ.F, *Derecho Romano clásico*, trad. por José Santacruz Teigeiro, Barcelona 1960 pag. 503 y ss.; en su edición original *Class. Rom. Law.* señala que las obligaciones de este contrato tienen un carácter potencial. así nos señala " But in many thousands of cases both the thing and the price are exchanged immediately upon de conclusion of the contract. Then only the potential obligations are in question..." vid también IGLESIAS J., *Derecho Romano Historia e Instituciones*, Ariel S.A., Barcelona 1994, pag.369. ; según éste autor lo contratos consensuales aparecen libres de embarazos formales, nacidos de la corriente del *ius gentium*, respondiendo a las nuevas necesidades del tráfico comercial.

2 Las definiciones que dan los distintos autores coinciden en el contenido obligacional; en este sentido ARANGIO RUIZ., *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1956 pag.88, nos da una referencia de los elementos del contrato "*un contratto consensuale bilaterale in virtùd del quale una delle parti si obbliga a trasmettere all'altra il pacifico godimento di qualcosa, detta merce, mentre l'altra parte si obbliga a trasferire alla prima la proprietà di una somma di danaro, detta prezzo.*"

3 PRINGSHEIM, *L'origine de contrats concensuels*, *Revue historique de droits francais et etranger* RH n 32,1954, pag 475 y ss.La manifestación del consentimiento podía realizarse de cualquier modo como ya señala Gayo 3.136, pero era corriente que el contrato se confirmara con arras. Vid ORESTANO R. *Sinossi di Diritto Romano*, 2 ed, trad. por Campos M, 1edª Madrid 1964 pag.181.

*obligatio*; la cual no requiere forma<sup>4</sup> ni *datio*, sino que se perfecciona con el consentimiento de las partes. También en igual sentido Gayo 3,139 "*Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit quamvis nondum pretum numeratum sit*" estableciendo que existe compraventa desde que las partes se ponen de acuerdo en el precio aunque este no haya sido pagado todavía<sup>5</sup>.

Esta figura consensual paso del *ius gentium* al *ius civile* con los mismos efectos según ha señalado Arangio Ruiz<sup>6</sup>. En todo caso hay que decir que las dos obligaciones principales son la entrega de la cosa por el vendedor y el pago del precio por el comprador; y es en la primera de ellas donde se plantean los problemas de transmisión ya que el vendedor se obliga a transmitir no la propiedad o el dominio, sino la pacífica posesión; no era un *modus acquirendi*, sino un título *ad acquirendum*, pues la transmisión del dominio se efectuaba con posterioridad a la venta por medio de las formas solemnes *mancipatio* e *in iure cessio*, o también por la simple entrega o *traditio*. Por tanto el contrato no era en sí, traslativo del dominio ya que el mismo solo obliga a garantizar la *vacua possessionem tradere* que permite la *usucapio pro la iusta causa pro emptore*<sup>7</sup>. Por lo tanto no nacen efectos reales en este contrato sino meramente obligacionales de procurar el *habere licere*<sup>8</sup> pero nunca el de transmitir la propiedad. Nuestro Código civil sigue esa línea romanística, ya que en el art. 609 se recoge los modos de adquirir la propiedad señalando entre otras cosas " la propiedad se adquiere... y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición" vemos por tanto dos elementos necesarios para la transmisión de la propiedad por un lado el título representado en el negocio jurídico en el cual se obliga a la transmisión del dominio y no a la pacífica posesión (*vacua possessionem*), como en el derecho romano; y por otro, el modo (*traditio*) que verifique el desplazamiento del dominio en base a ese contrato antecedente.

4 Su perfección requerirá en el derecho bizantino la redacción del instrumentum en las ventas *cum scriptura*, en las cuales el documento no va a ser un medio de prueba sino más bien un elemento constitutivo del contrato. Por ello la perfección del negocio se va a retrasar hasta el momento de la redacción del documento, confirmándose con la *subscriptio* de las partes y , si ha intervenido *tabellio*, con la completio de éste; así en C.4,21,17 "*Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium dationis, etiam arrharum vel alterius eiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit transactionum etiam quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subcriptionibusque partium confirmata, et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo...*"

En igual sentido en I.3,23, pr. "...*In is autem, que scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emtionem constituimus, nisi et instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta, et, si per tabelliones fiunt...*"

5 Hoy en igual medida art.1450 Cc.

6 Op. cit supra.

7 VOLTERRA,E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Daza Martínez, Civitas, Madrid 1986, pag. 502.TORRENT.R. *Manual de Derecho Privado Romano*, Neo S.A. Madrid 1993,pag.273 y 274; donde justifica la *usucapio pro emptore* por la relación de compra antecedente y cuando no se ha transmitido con la forma civil idónea.

8 D.19.1.30.1 "*Si scians alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam, priusquam evincatur, utiliter me ex emto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam; quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rememtori habere liceat, nom etiam ut eius faciat, quia tamen...*" en igual sentido existen amplias referencias LEVY ,I.V.R.A 14 (1963) pag 7 y ss. SARGENTI, B.I.D.R. 65 (1962), pag. 151 y ss.

Antes de entrar en el problema de la transmisión del dominio en la compraventa, veo a mi juicio necesario hacer una breve síntesis de algunas de las teorías del origen de esta modalidad de contrato consensual, a fin de dilucidar ciertos aspectos obligacionales que afectan a esta institución jurídica.

## II. GÉNESIS DE LA COMPRAVENTA ROMANA

Los propios romanos vieron el origen del contrato de compraventa, en la permuta<sup>9</sup> así Gayo 3,141:

*"Vnde illud est quod uulgo putant per permutationem rerum emptionem eu uenditionem cotrahi, eamque speciem emptionis uenditionem contrahi, eamque speciem emptionis uenditionisque uestustissiman esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero qui aliqua parte sic ait...";* en esta fuente Gayo cita el posible antecedente de esta figura contractual, haciendo mención al texto del poeta griego Homero. Desde mi punto de vista, da una mayor certeza del precedente, el texto de Ulpiano 33 ed.D.18,1,1,pr:

*"Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat numus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit."*

En el mismo alude a la permuta, en esa etapa arcaica caracterizada en sus relaciones comerciales por el trueque, y la inexistencia de monedas.

En la cultura griega la compraventa no tiene carácter consensual, sino real con efectos traslativos; por tanto el pago del precio se hacía como subrogación en el dominio transmitido<sup>10</sup>.

Una de las primeras teorías formuladas con respecto al origen de la compraventa fue la de Mommsen<sup>11</sup>; el cual sitúa la génesis de esta modalidad contractual (y también de la *locatio*) en el Derecho público, en particular en los contratos adminis-

<sup>9</sup> Vid. D.19.4.1 *".. at in permutatione discerni non potest, uter emtor, vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes.."*

<sup>10</sup> ARANGIO RUIZ, op cit. supra pag. 17; da algunas matizaciones al respecto de la compraventa griega *"Il principio che qui vige è quello che si usa chiamare della surrogazione: che cioè si abbia compravendita solamente quando nel patrimonio del venditore il prezzo prenda il posto della merce, ed inversamente nel patrimonio del compratore. Per stabilire con assoluta certezza questo momento, il modo grecodà preferenza a quello fra i due trapassi che è il più rapido ed evidente, cioè al pagamento del prezzo disponendo per conseguenza che, quand'anche la cosa da vendera sia in qualunque modo caduta nelle mani del futuro compratore il venditore possa sempre vittoriosamente rivendicarla finché il prezzo non gli sia stato pagato";* y también en IURA 2, 1951 pag.287 y ss. OLIVIERI, *Inscriptiones Graecae Siciliae eu infimae italiae ad ius pertinentes*, Milan 1925, pag. 240 y ss. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, pag. 92; 134 y ss.

<sup>11</sup> MOMMSEN, en Z.Z.S, (6), 1884, pag. 260 y ss; reproducido en la obra de *Juristische Schriften*, III, Berlín 1907 pag 132 y ss.

trativos. Esta tesis fue retomada con mayor tratamiento por Cancelli<sup>12</sup> que ve como existe un clausulado contractual en la compraventa privada que es reproducción en muchos de sus aspectos de las leyes censorias que establecen las condiciones de venta en subastas públicas, dentro del sistema contractual administrativo. Otras posiciones doctrinales como la de Bechmann<sup>13</sup> apuntan a distinguir la compraventa al contado o real que era la practicada en la etapa arcaica; y la compra a crédito, fruto de una evolución comercial hacia formas más elásticas dentro del tráfico jurídico; que permitían el aplazamiento del pago.

Meylan<sup>14</sup> plantea otra tesis con respecto al origen de este contrato y realiza un estudio de la *mancipatio* de los textos de Gayo 1.118.119.120.121, pretendiendo derivar de la misma una forma consensual, que origina no la transmisión de la propiedad sino una posesión que es *causa usucapionis*<sup>15</sup>.

Por otra parte la tesis de Pernice<sup>16</sup> conjetura una novedad importante ya que sostiene que el origen de la compraventa viene precedido por la existencia de un contrato obligatorio de tipo real que parte de la *datio*, o que se origina a partir de la *re contracta*; y a raíz de esa entrega surge la necesidad de cumplir la contraprestación.

Ferrini<sup>17</sup> además de realizar una crítica a Mommsen en lo referente a la génesis de este contrato en el derecho administrativo, parte de un origen autónomo de los contratos públicos en la *bona fides* necesaria en los contratos consensuales.

Arangio Ruiz<sup>18</sup>, Bekker<sup>19</sup> y Ihering señalan que este contrato consensual tiene su origen en la *stipulatio*, de tal forma que se realizan dos estipulaciones yuxtapuestas, una dirigida a la entrega de la cosa y otra a el pago del precio<sup>20</sup>.

12 CANCELLI, F. *L'origine del contratto consensuale di compraventa nel diritto romano*, Milan 1963, pag. 28 y ss., "il primo e più elemento, che induce a ricondurre alla pratica amministrativa l'origine del contratto consensuale di compravendita, è la lex privata venditionis, che è coesistente alla venditio e che ha tutti i caratteri della lex censoria..."

También al respecto GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Turín 1964.

13 BECHMANN *Der Kauf nach gemeinen Recht*, I al III 1867, 1884, 1905 1908 última de 1965, I, pag. 269 "So beschränkt sich also auch hier wieder das Gebiet des Sprachgebrauchs im wesentlichen auf Kauf und Miethen"

14 MEYLAN, *La genèse de la vente consensuelle romaine*, T.R. 21, (1953) pag. 129 y ss.

15 ARANGIO RUIZ, op. cit. supra vol I, pag.53 en lo referente a Meylan "La *mancipatio* escogida por Meylan para la época anterior a la nuestra más clara documentación podía servir a ben porco: , era en sustancia una *causa usucapionis*..."

16 PERNICE, LABEO, I, (1873) pag. 454 y ss; Y en Ztschr. 9(1888), pag. 222.

17 FERRINI, *Le origini del contratto di compravendita in Roma*, en Opere, III, Milan 1929, pag. 49 y ss. citado por Cancelli op. cit supra. "Ferrini pretendeva eliminare la dottrina mommseniana, argomentando, tra l'altro, dal fatto che lo Stato se vende, non compera mai dai privati (altimenti che per rapporti di fornitura), non pare tenesse nel debito conto la presoché inesistenza in Roma repubblicana, dell'istituto dell'espropriazione forzata."

18 Op. cit. supra.

19 BEKKER, Ztschr.f (1864), pag.442

20 ARANGIO RUIZ, *La compravendita...*, pag.63 del vol.I.; realiza una exégesis de textos viendo la naturaleza de estas verborum obligationes, entre otros el contrato de sociedad realizado bajo estipulación Paulo, 3 epitom. Alfeno.D.17,2,1 pr.; aunque a mi juicio destacó la mayor importancia de otro texto

Una última teoría es la que sostienen Longo<sup>21</sup>, seguida también por Scialoja y Luzzatto, que trata de ver el origen consensual del contrato de compraventa en el *ius gentium*, cuya estructura va a ser recogida posteriormente por la jurisdicción del pretor peregrino<sup>22</sup> ( creado en el 242 a.C. ). Las formas comerciales basadas en la *bona fides* que reclaman la aparición de este tipo de contrato, junto a mecanismos de protección procesal menos formales y más elásticos que van cobrando carta de naturaleza, a partir de la *lex Aebutia*, fueron configurando la cuarta categoría de la clasificación de Gayo.

A mi juicio quizás la teoría de las estipulaciones yuxtapuestas de Arangio y la última citada sean las que más claridad ofrecen dentro del estudio de la génesis de este contrato. En todo caso, la posible aparición de este contrato en el seno del *ius gentium*, reclamó la protección de esa consensualidad en la jurisdicción especial peregrina, hasta que fue acogido en el *ius civile*, junto con el resto de contratos consensuales .

### III.LA TRANSMISIÓN EN LA COMPRAVENTA ROMANA

Las obligaciones nacidas de este contrato son de carácter bilateral , derivadas de la buena fe contractual; y básicamente supone el cambio de una cosa por un precio. Ambas obligaciones estaban protegidas por la *actio empti y venditi*, mecanismos procesales que podían utilizar respectivamente el comprador<sup>23</sup> y el vendedor. Es necesario hacer un análisis de la obligación de la entrega de la cosa, que junto con la de saneamiento por evicción y garantía por los vicios ocultos, constituye el contenido normal de la *obligatio* del vendedor.

Uno de los aspectos más delicados dentro de esta materia, consiste en dilucidar que tipo de transmisión o entrega realiza el vendedor; para ello es necesario acudir a las fuentes y realizar un estudio pormenorizado de las mismas; según Ulpiano XXXIV Sab., *D.18.1.25.1*<sup>24</sup> "Qui venditit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spondit"., del fragmento<sup>25</sup> se observa que no es necesaria la transmisión de la propiedad. Más claro lo deja el

---

que cita , el de Paulo, ed. coment a Sab. D.45,1,35,2 "Si in locando, conducendo, vendendo, emendo ad interrogantionem quis non responderit, si tamen consentitur in quid, quod responsum est, valet quod actum est, qui hi contractus non tam verbis, quam consensu confirmantur". Texto que junto con el otro sirve de apoyo a esta tesis que permite aplicar los esquemas de la *stipulatio*, a los contratos consensuales.

21 LONGO, *Studia et documenta Historia et iuris*, S.H.D.I., 45 (1919) pag. 121 y ss.

22 Con respecto al pretor peregrino , vid. amplio estudio de este magistrado en SERRAO, F. La iurisdicchio del praetore peregrino, Milan 1954.

23 En todo caso también el comprador estaba protegido por la cláusula *ex fide bona*, implícita en este tipo de contratos, en aquellos casos en los que el vendedor accionaba injustamente . Esta protección es conocida hoy como la *actio non adimpleti contractus*

24 Vid. sobre la posible interpolación debería entenderse (*eum, qui fundum, quem vendidit, emptori stipulanti dare spondit, fundum non solum mancipare, sed etiam emptoris facere oportet*) BESELER, *Tijdschrift* 8 (1928), p. 288.

25 LENEL, *Palingenesia II*, n 2788, p.1149

texto de Africano, VIII quaest. D.19.1.30.1<sup>26</sup> "...venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, nom etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, nom suam ignoranti vendidit. Idem est maxime, si manumissuro vel pignori daturō vendiderit" vemos como acertadamente el texto que aparece interpolado<sup>27</sup> <hactenus-ut>, establece la necesidad de transmitir no la propiedad (*dare*), sino una posesión<sup>28</sup> no viciosa *habere liceat*. Esta entrega supone la pacífica posesión o la llamada *vacuam possessionem tradere*, por tanto se confirma el carácter obligacional y consensual del contrato.

¿Porque se transmite la pacífica posesión y no la propiedad?. En este sentido se han elaborado numerosas teorías<sup>29</sup>, la explicación más lógica parte de la consideración de que la compraventa va a ser un instituto muy practicado por los romanos y los *peregrinii*; pero con notables diferencias, ya que los modos de transmisión eran la *mancipatio* y la *in iure cessio*, accesibles solo a los ciudadanos romanos o también por los latinos y peregrinos que gozaban del *ius commercium*. De ahí que fuese necesario articular nuevas formas contractuales como la compraventa, derivada del *ius gentium*, en la que no se da una transferencia de la propiedad por el mismo, aunque surge la obligación de transmitir la pacífica posesión y garantizarla por evicción. Junto a esas formas de transmisión, surge para las *res nec mancipi*, la *traditio* o simple entrega, como forma más elástica alejada del formalismo de las anteriores. Por tanto, dentro de estas formas de transmisión, que constituyen en el derecho romano las distintas formas de adquirir el dominio de forma derivativa, hay que realizar distintas matizaciones:

- Con respecto a la *mancipatio*, hay que señalar que se utiliza en la época arcaica y en la clásica para la transmisión de las *res mancipi*. En ella se vislumbra el precedente del contrato de compraventa, porque esta *mancipatio* es considerada originariamente como una venta al contado y real, con entrega de la cosa y el pago del precio con el *aes rude*; la compra se hace depender de que el *mancipiens dans* sea propietario quirritario de la cosa; si no lo era o realizaba la transmisión sin la forma adecuada solo adquiriría la *possessio*, siendo necesaria para poder llegar a ser dueño la *usucapio*, justificada con la *iusta causa pro emptore*. Kaser<sup>30</sup> ha señalado que el adquirente no goza de un derecho absoluto sobre la cosa transmitida aunque si esta protegido por la *auctoritas* del vendedor. La *mancipatio* se va a convertir en su evolución en un negocio abstracto de trans-

26 LENEL, *Palingenesia I*, n95, p.27.

27 SECKEL-LEVY, SZ (*Zeitschriif der Savigny-Stiftung*) 47 (1927),p.220, nota 4.

28 Respecto a la entrega de la cosa Paulo 32.ed. D.19.4.1.pr. "...venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere...", y Ulpiano 32.ed.D.19.1.11.2 "et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem rem dominum si non fuit tantum evictionis nomine venditorem obligat..."

29 KOSCHAKER, <<Dtsche. Rechtswiss>>, 5 (1940), pag. 144 y ss. MONIER, *Melanges Cornil II*, 1926, pag.139 y ss.ARANGIO RUIZ, op. cit supra pag 176.

30 KASER, *Eigentum und Besitzt*, Weimar( 1943), pag. 107 y ss.

misión<sup>31</sup>, debido a las necesidades del tráfico jurídico, que hace surgir del *ius gentium* el contrato de compraventa. En todo caso este contrato consensual<sup>32</sup> obliga no a transmitir la propiedad por el acto de la mancipación sino el *habere licere*, según se desprende de algunas de las fuentes del Digesto ya citadas D.18.1.25.1 y D.19.1.30.1. En todo caso el vendedor no estaba obligado por el contrato en sí, a realizar una *mancipatio*<sup>33</sup> sino más bien, dicha obligación esta incluida en la *oportere ex fide bona*, siendo exigible la *mancipatio* aunque la misma no hubiese sido pactada; esto se deduce de las fuentes Paul. Sent, 1, 13 a, 4. "*Si id, quod emptum est, neque tradatur neque mancipetur venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet*" aunque de forma más clara en Gayo 4, 131 a) "*Item sui uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus manipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATUR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuum possessionem nobis tradi, contra debitorem eadem actione uti possimus. Alioquin si minus diligentes in ea re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione...*" el fragmento describe la necesidad de entablar acción para realizar la *mancipatio* cuando esta no se ha realizado pero la misma no deriva del contrato en si mismo por el cual se pretende la *vacua possessionem tradere* o la libre posesión, pero no se señala nada de la *mancipatio*, lo cual hace pensar desde mi punto de vista que tal obligación subyace de la buena fe del contrato.

- Con respecto a la *in iure cessio*<sup>34</sup> aparece también como un modo de transmisión que se usaba tanto para las *res mancipi* y *nec mancipi*; aunque en todo caso es discutida la aplicación práctica con respecto al contrato consensual de compraventa. Hay que decir que se trata de un simulacro de juicio de reivindicación con allanamiento en la demanda, celebrado ante el magistrado y que por tanto a este respecto aparecen dificultades al tener que acudir siempre ante el mismo, para realizar el acto transmisivo. En segundo lugar en Gayo 2.25 "*Plerumque tamen et fere semper manipulationibus utimur; quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere posumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem prouinciae agere*"; ya se hace mención a que se acude más en la praxis a la *mancipatio* en el caso de las *res mancipi*. Ello puede ser debido a que también la *mancipatio* atribuye la protección del comprador con la *auctoritas* del vendedor. Desde mi punto de vista esta

31 Vid. Gayo 1.119 a 121

ROMANO SILVIO, *Nuovi Studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova (1937), pag. 63; el citado autor trata el tema de la *mancipatio* como compraventa al contado con transmisión real, que evoluciona hacia una forma de negocio abstracto en el que la transmisión porque se deja de realizar el pago en el acto y porque se permite no se limita a la causa por venta de la *res mancipi* "*de la struttura della mancipatio implicava necessariamente l'immediato trasferimento della cosa venduta, anche se il prezzo pagato fosse stato soltanto quello fittizio, si può da ciò facilmente desumere che tale trasferimento, che non poteva essere condizionato al pagamento del prezzo effettivo non poteva neppure, anzi a fortiori, farsi dipendere da una satisfactio del mancipante.*"

32 Vid. BECHMANN, op. cit. supra.

33 ARANGIO RUIZ, op. cit. supra, y bibliografía allí citada vol.I pag 171 y ss.

34 Gayo 2.24



forma fue introducida a fin de dar participación a la autoridad pública<sup>35</sup>. Posteriormente va a decaer en desuso debido a las mayores garantías que ofrece la *mancipatio* y a la menor complejidad de la *traditio*.

- La *traditio* constituye otro de los medios de transferencia de la cosa vendida para las *res nec mancipi*, pero en su evolución en el derecho postclásico va a ser el modo general utilizado para toda transmisión, debido a que desaparece la distinción entre *res mancipi* y *nec mancipi*, siendo por ello abolida la *mancipatio* en el siglo IV, por Justiniano. La entrega de la posesión de la cosa vendida mediante esta forma necesitaba de ciertos requisitos, la voluntad del *tradens* y *accipiens*, unida a la justificación de la eficacia traslativa que subyace en la (compraventa) *iusta causa traditionis*; así se deduce de la fuente Paulo, comentario al Edicto XXXI, D.41.1.31 "*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam, traditio sequeretur*" del texto se deduce claramente el carácter causal de la *traditio* que ha de ser justificada por el negocio causal antecedente (*nudis pacti*). ¿Pero cuando se hace propietario el comprador?, a mi juicio quizás uno de las fuentes que más claro puede dejar el tema son las Instituciones de Justiniano 2.1.41 "*Sed si quidem ex causa donationes aut dotis 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 expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur, et iure gentium, id est iure naturali, id effeci*"; del fragmento se infiere que es necesario el pago del precio o la constitución de una garantía bien personal o real (*pignore dato*) ; aunque deja bastantes lagunas ya que existen otros textos divergentes como el de Gayo 2.20, en el cual la propiedad, se entiende transmitida desde la *traditio*, así "*Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditiones causa siue ex donationis iue quaius alia ex causa statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim*". Por ello opino que goza de más solidez argumental el texto de las Instituciones de Justiniano, sobre todo el último párrafo, en el que se señala que en última instancia se encomienda el vendedor a la buena fe del comprador "*Sed si is, qui vendidit fidem emtoris seutus fuerit, dicendum est, satim rem emtoris fieri*"

Es hora de realizar un análisis de la influencia del derecho romano en el tema de la transmisión tanto en el derecho histórico español.

#### IV. DERECHO ROMANO Y DERECHO ESPAÑOL

En el derecho romano el vendedor no se obliga a transmitir la propiedad al comprador, sino simplemente a entregar la cosa y mantener al comprador en la pacífica posesión de la misma, como se deduce del texto ya citado de Africano, 8 quaest.

35 ROMANO S. op. cit. supra; en este caso el autor cita a Schönbauer a la hora de afirmar la tesis de que la *in iure cessio* permitió la cooperación de la autoridad pública.

Vid. SCHÖNBAUER, *Zum. röm Kaufrechte*, Z.Z.S. (1954), pag.335 y ss.

D.19.1.30.1. Este texto junto con C.2.3.20 y D.41.1.31 referidos a la tradición y la necesidad de justa causa, han influenciado<sup>36</sup> en la doctrina moderna en el tema de la transmisión en la compraventa; y también de forma general en la teoría del título y el modo.

En el *Liber iudiciorum* solo existen referencias directas al tema de la transmisión en la compraventa de cosa ajena<sup>37</sup>; en igual sentido en el *Fuero real* aparecen también menciones al mismo tipo de venta<sup>38</sup>.

En la evolución del derecho castellano nos encontramos quizás con una de las obras más importantes, *las Partidas*: en ellas encontramos abundantes referencias a la transmisión en este tipo de contrato; Partida V, título V, ley XXVIII: "*Pagar deve el comprador al vendedor el precio que prometio; e aquel que fizo la vendida deve al otro entregar en aquella cosa quel vendió, con todas las cosas que pertenezcan a ella*", así mismo en la Partida V, título V, ley XVIII "*Quita e libre de todo embargo deve ser entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si alguno gela quisiera embargar o moverle pleyto sobre ella, que gela debe fazer sana*"

De estos textos se observa como no se exige hacer dueño al comprador; limitándose además la responsabilidad del vendedor a los casos de evicción, como se deduce de la Partida V, título V, Ley XXII "*E si alguno assí non lo fiziesse saber al vendedor, si después fuese vencido el juycio, non podría demandar el precio aquel que se la vendió nin a sus herederos*"<sup>39</sup>.

Por lo tanto en las Partidas queda manifiesta la obligación de transmitir la cosa al comprador y la de responder en los casos de evicción; pero no existe obligación de transmitir el dominio.

Esta modalidad de contrato consensual, al ser una forma de adquisición de un derecho real; esta determinada en un proceso que consta de dos elementos, el título y el modo de transmisión<sup>40</sup>; hoy el art. 609 señala que "la propiedad se adquiere como consecuencia de ciertos contratos ( como el de compraventa) mediante la tradición o entrega( modo)"; luego la tradición no es elemento suficiente para que tenga lugar la transmisión sino que es necesario un contrato antecedente que lo justifique.

36 LACRUZ BERDEJO, J. *Derechos Reales vol.I, Posesión y Propiedad*, 3ed., Bosh 1990, pag.216 y 217.

37 Libro V. tit.IV., ley XIII.

38 Libro III, título X, Ley 15 "*el vendedor después que la vendida fuere cumplida derechamente, sea tenuto de dar la cosa que vendiere aquel que la compró*" y en la Ley IX del mismo título y libro "*Establecemos que ningún ome non venda siervo, ni sierva de otro, ni casa ni tierra, ni otra cosa sin mandado e sin voluntad de su señor: e si alguno lo ficiere non vala e haya la pena que manda la ley también el vendedor como el comprador si lo compró a sabiendas*" en el niega la validez de este tipo de venta.

39 En igual sentido vid. Partida V, título V, Leyes XIX y XXIII.

40 DIEZ-PICAZO, L. *Sistema de Derecho Civil*, vol III, 5ed., Madrid 1992, pag.69 y ss. Respecto a la tradición en particular véanse la obra del mismo autor en La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho Español, Anuario de Derecho Civil 1966, pag. 555. También vid. ESPIN, *La transmisión de los derechos reales en el Código civil español*, Revista de Derecho Privado 1945, pag. 349 y ss.

Los antecedentes históricos de la codificación se remontan en esta materia, en el proyecto del Código Civil de 1851, y en concreto en su art. 548 en el cual se establecía que "la propiedad se adquiere por contrato, no siendo necesaria la entrega material para que el acreedor deba ser considerado propietario, desde el instante en que el deudor queda obligado a entregarla". En el anteproyecto de 1882-88 en su art. 606 señala que la propiedad se adquiere por efecto de los contratos; pero hay que confrontarlo con el art. 1112 que es divergente ya que el acreedor no adquiere el derecho real hasta que no se produce la entrega. La base 20 de la Ley de 11 de Mayo de 1888 ya establece "que los contratos como fuente de obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio".

En nuestro Código civil parece que ha quedado la huella del derecho romano en lo referente a la compraventa ya que del art. 1445 C.Civ. no puede deducirse de forma expresa la obligación de transmitir la propiedad por parte del vendedor<sup>41</sup>, si no que esta obligado a la simple entrega. Pero si analizamos este texto junto con el del art. 1462 ("se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador") la cosa varía, ya que no solo indica que ha de transferirse la posesión, sino también el poder o el dominio; por tanto en nuestro código civil el vendedor se obliga a transmitir la propiedad a diferencia del derecho romano en el que se transmite la *vacua possessio*.

Existen numerosas posiciones doctrinales al respecto:

En primer lugar existen posturas que se decantan por la tesis de la transmisión de la propiedad abandonando el sistema romano; así para Moreno Mocholí<sup>42</sup> la obligación de transmitir la propiedad no hay que entenderla de forma absoluta. En posición semejante se sitúa Falcón<sup>43</sup>, Burón<sup>44</sup> y Bonel Sánchez<sup>45</sup>.

Otros, basándose en la venta romana, no creen que la obligación del vendedor sea la de transmitir el dominio, sino la simple posesión: así De Diego<sup>46</sup> ve necesario para el cumplimiento de los fines del contrato, el mantener al comprador en la pacífica posesión de la cosa vendida.

41 " Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada..." art.1445 C.C. art. 1461" el vendedor esta obligado a la entrega y saneamiento de la cosa"

42 MORENO MOCHOLI, *¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?*, en Revista crítica de Derecho Inmobiliario, 1945, pag. 377 y ss.

43 FALCON, *El Derecho Civil Español, común y foral*. 6ed<sup>a</sup>, Barcelona 1902, tomo 4 pag. 212 "... la persona transmite el dominio o derecho real de una cosa suya ...". Así mismo estima nula la venta de cosa ajena, al no poder transmitir el vendedor el dominio que no le pertenece .

44 BURON, *Derecho civil español Valladolid*, 3, 3ed(1900) pag. 803 y ss.

45 BONEL SANCHEZ, *El código civil español*, ( 1891),IV, pag. 445 y ss. no solo se obliga a transmitir la propiedad de la cosa sino que también se obliga a ponerle en posesión legal y pacífica en virtud del art.1474.

46 DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid (1930), II pag. 435;y V pag. 479.

Albadalejo<sup>47</sup> tras analizar los textos del Código Civil y la jurisprudencia considera que la compraventa que vive todavía es la romana, no siendo necesaria la transmisión de la propiedad para el cumplimiento del contrato.

Un punto de vista especial sostiene Roca Sastre<sup>48</sup> el cual observando este contrato, deduce que la transmisión de la propiedad varía según los casos; así si el vendedor es dueño, existirá transferencia del dominio, pero sino, lo que transmite es el poder que ostente sobre la cosa, en ese momento, lo cual permite, si sumamos el tiempo de posesión del vendedor al comprador, la usucapión en favor de este último y por ende el dominio. Pero cualquier reclamación hecha al comprador por quien era el propietario real (*verus domini*), en los casos de evicción, no provoca la desprotección del comprador ya que aunque no existe explícitamente obligación de transferir el dominio, si que existe la de sanear por evicción en virtud del art. 1461.

El Tribunal Supremo ha tratado de reforzar la tesis de que el vendedor se obliga a transferir el dominio, en numerosas sentencias<sup>49</sup>, dando mayor flexibilidad al precepto del art. 1445; así como también destacando la importancia de las obligaciones tangenciales, cuya falta de cumplimiento provocaría el truncamiento de este tipo de contrato.

En nuestro sistema actual por tanto podemos establecer algunas conclusiones que giran en torno al carácter transmisivo de la compraventa:

- La tesis defendida por la jurisprudencia, no es la romanista mantenida en algún sector doctrinal en base a la naturaleza obligacional del contrato; sino que por el contrario se refleja la exigencia de que la compraventa lleve implícita la transmisión del dominio, aunque no se garantiza la perfecta titularidad, según se desprende de la sentencia ST. 27 de Mayo de 1959 en la que se da importancia a la finalidad traslativa de la compraventa, señalando a este respecto: " Del estudio concordado del contenido de los art. 1445, 1461, 1462 y 348 del Código civil , se desprende que el contrato de compraventa se caracteriza por la transmisión que por el se hace del dominio de una cosa, que está integrada

47 ALBADALEJO, *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, Estudios de Derecho Civil, Barcelona 1955, pag. 141 y ss.

48 Para un mayor tratamiento actual, ROCA SASTRE, *La venta de cosa ajena*, en Estudios de Derecho Privado, volumen I, pag. 1948, pag. 377 y ss.

49 En STS 26 de Junio de 1924 " la compraventa es un contrato consensual, bilateral y oneroso, por el que una persona se obliga a otra a transferir el dominio de una cosa..."

La STS 4 de Junio de 1928 comenta el art. 1445 CC. y apunta a este respecto "que el vendedor se obliga a entregar la cosa, y no que se transfiere la propiedad, cuando la naturaleza del contrato es precisamente la transferencia de la propiedad, aunque sea necesaria la entrega de la cosa".

En STS 10 de Febrero de 1936 además de reconocer esa transmisión, añade: " no es lícito derivar de ello la existencia de una amplia obligación legal de garantizar la perfecta titularidad de la cosa que es objeto del contrato, en un país como el nuestro, en que ni los textos vigentes imponen una absoluta y rigurosa garantía de los vicios jurídicos, ni los usos del tráfico permiten que se entienda implícitamente pactada esa responsabilidad."

por el derecho de gozar y disponer de ella sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

- Es importante matizar, que la concepción romanística desde un punto de vista doctrinal, si se analizan los artículos del Código, se encuentra ya superada debido no solo a que han decaído las razones de su supervivencia en nuestro derecho, sino también al hecho de que la transferencia de la propiedad se haya convertido en obligación legal. No por ello el patrón romano evolutivo ha dejado de ser importante en la configuración de este contrato consensual en nuestra propia legislación.
- Por todo ello es deber del vendedor no sólo entregar la cosa vendida y mantener en la posesión legal y pacífica de ella al comprador, sino transmitir el derecho de dominio; no siendo tal obligación de carácter absoluto, sino limitada a la titularidad suficiente para el ejercicio mínimo de la propiedad.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBADALEJO, *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, Revista General de legislación y Jurisprudencia, Abril 1947, y en el volumen Estudios de Derecho Civil, Barcelona 1955, pag. 141 y ss.
- ARANGIO RUIZ V. *La compravendita in diritto romano*, vol I y II, 2 ed. Napoli, 1956.
- ARANGIO RUIZ, *IURA* 2, 1951 pag, 287 y ss.
- BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*, I al III 1867, 1884, 1905 1908 última de 1965, I, pag. 269.
- BEKKER, *Ztschr.f* 1864, pag.442.
- BONEL SANCHEZ, *El código civil español*, 1891, tomo 4, pag. 445 y ss.
- BURON, *Derecho civil español Valladolid* 1900, tomo 3, 3ed. pag. 803 y ss.
- CANCELLI, F. *L'origine del contratto consensuale di compraventa nel diritto romano*, Milan 1963.
- DIEZ-PICAZO.L, *Sistema de Derecho Civil*, vol III, 5ed., Madrid 1992, pag.69 y ss. y en *La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho Español*, Anuario de Derecho Civil 1966, pag. 555.
- DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid 1930.
- ESPIN, *La transmisión de los derechos reales en el Código civil español*, Revista de Derecho Privado 1945, pag. 349 y ss.
- FALCON, *El Derecho Civil Español*, común y foral. 6ed<sup>a</sup>, Barcelona 1902, tomo 4 pag. 212.
- FERRINI, *Le origini del contratto di compravendita in Roma*, en *Opere*, III, Milan 1929.
- GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Turín 1964.
- IGLESIAS J, *Derecho Romano Historia e Instituciones*, Ariel S.A., Barcelona 1994, pag.369.
- KASER, *Eigentum und Besitzt*, Weimar 1943, pag. 107 y ss.
- KOSCHAKER, *Dtsche. Rechtswiss.* 5 ,1940, pag 144 y ss.
- LACRUZ BERDEJO,J. *Derechos Reales vol.I, Posesión y Propiedad*, 3ed., Bosh 1990, pag.216 y 217.
- LENEL, *Palingnesia* 2 vol, Graz, 1960.
- LEVY ,IVRA, 14 (1963) pag 7 y ss.
- LONGO, *Studia et documenta Historia et iuris*, SHDI, 45 1919, pag, 121 y ss.
- MEYLAN, *La genèse de la vente consensuelle romaine*, TR 21, 1953, pag. 129.
- MOMMSEM, en *ZZS.* 6, 1884, pag, 260 y ss, y *Juristische Schriften*,III, Berlín 1907 pag. 132 y ss.
- MONIER, *Melanges Cornil* II, 1926, pag.139 y ss.
- MORENO MOCHOLI, *¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?*, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, pag. 377 y ss.

- ORESTANO R., *Sinossi di Diritto Romano* 2 ed, trad.castellano por Campos M, 1edª Madrid 1964 pag.181 y ss.
- OLIVIERI, *Inscriptiones Graecae Siciliae eu infimae italiae ad ius pertinentes*, Milan 1925, pag. 240 y ss.
- PERNICE, LABEO I , 1873 pag. 454 y ss y en Ztschr. 9 , 1888, pag.222.
- PRINGSHEIM, *L´origine de contrats concensuels*, Revue historique de droits francais et etranger R.H. 32,1954.
- PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950.
- ROBLES POZO, *El código civil y su Jurisprudencia*, Madrid 1896, tomo 2, pag. 597.
- ROCA SASTRE, *La venta de cosa ajena*, en Estudios de Derecho Privado, volumen I, pag. 1948, pag. 377 y ss.
- ROMANO SILVIO, *Nuovi Studi sul trasferimento della propieta e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova 1937.
- SARGENTI, *Bulletino dell´Istituto di Diritto Romano*,(BIDR nº 65 Roma, 1962 pag. 151 y ss.
- SCHÖNBAUER, *Zum. röm Kaufrechte*, ZZS 1954, pag.335 y ss.
- SCHULZ.F, *Derecho Romano clásico*, trad. por José Santacruz , Barcelona 1960 pag. 503 y ss.
- SERRAO,F. *La iurisdictio del praetore peregrino*, Milan 1954.
- TORRENT.R. *Manual de Derecho Privado Romano*, Neo S.A. Madrid 1993,pag.273 y 274.
- VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Daza Martínez, Civitas, Madrid 1986, pag. 502.

