

QUI ALIENAM REM VENDIDERIT: INCIDENCIA DEL DOLO EN LAS TRANSMISIONES A NON DOMINUS EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

EVA MARÍA POLO ARÉVALO
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad Miguel Hernández de Elche
eva.polo@umh.es
Revista General de Derecho Romano 14 (2010)

RESUMEN: El presente trabajo analiza los efectos que produce la conducta dolosa de comprador y vendedor en la regulación clásica de la venditio rei alienae, sobre todo en lo que se refiere al cumplimiento del habere licere del vendedor y las posibilidades de defensa concedidas al comprador.

PALABRAS CLAVE: Venditio rei alienae; evicción, bona fidei, traditio a non dominus; habere licere.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. VENDITIO REI ALIENAE: PROBLEMÁTICA SUSCITADA EN LAS FUENTES EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO POR EL VENDEDOR DE LA OBLIGACIÓN DE HABERE LICERE. III. INCIDENCIA DEL DOLUS EN LAS TRANSMISIONES A NON DOMINUS. IV. CONCLUSIONES.

QUI ALIENAM REM VENDIDERIT: INCIDENT OF THE DECEIT IN THE TRANSMISSIONS A NON DOMINUS IN THE ROMAN CLASSIC LAW

ABSTRACT: The present work studies the effects that there produces the fraudulent conduct of buyer and seller in the classic regulation of the venditio rei alienae. The investigation is centred specially on the fulfillment of the habere licere of the seller and the possibilities of defense granted to the emptor.

KEYWORDS: Venditio rei alienae; eviction, bona fidei, traditio a non dominus; habere licere.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. VENDITIO REI ALIENAE: PROBLEMATIC IN THE FULFILLMENT OF THE OBLIGATION OF THE HABERE LICERE FOR THE SELLER. III. INCIDENT OF THE DOLUS IN THE TRANSMISSIONS A NON DOMINUS. IV. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCION

Las vicisitudes económicas desarrolladas en Roma durante los siglos III y II a.C. ocasionadas fundamentalmente por el aumento de la exportación de bienes y servicios, condujeron a la búsqueda de nuevas formas contractuales que posibilitaran la conclusión de operaciones mercantiles incluso entre personas que estuvieran alejadas entre sí (1). La respuesta a las exigencias de esta sociedad comercial con una economía próspera se produjo con el acogimiento de figuras contractuales iure gentium carentes de formalidades, que venían siendo utilizadas habitualmente por extranjeros y cuya

generalización entre ciudadanos romanos no tardaría en llegar (2). El reconocimiento de los contratos consensuales, como afirma Voci, aparecerá en la etapa en la que Roma, dominadora del Mediterráneo, entrará en relaciones económicas con los pueblos aliados o sujetos a su dominio por efecto de guerras victoriosas (3).

La falta de un concepto abstracto y genérico de contrato seguramente hizo posible la adopción de figuras y tipos contractuales desconocidos por el *ius civile* (4), ya que su sencilla estructura vendría a satisfacer las crecientes necesidades de expansión comercial romana (5). En este ámbito, será el contrato de compraventa *-emptio-venditio-* el que cobrará mayor relevancia en el tráfico comercial, representando desde entonces el paradigma de la actividad mercantil (6). Ahora bien, la adopción de los contratos consensuales en un ordenamiento jurídico como el romano, donde regía el principio de *nuda pactio obligationem non parit* (7), supuso el advenimiento de numerosos problemas jurídicos que ocasionaron una intensa labor jurisprudencial para su resolución. No se puede olvidar que la compraventa es un contrato *iure gentium*, ámbito éste en el que se desarrollaba sin ninguna dificultad, pero que en su proceso de incorporación al derecho romano generaría no pocas dificultades de adaptación con los institutos vigentes en el *ius civile* y que el *ius honorarium* se vería obligado a solventar.

La compraventa, que entre los extranjeros operaba como base legal para la circulación de los bienes, se empleará por los ciudadanos romanos para conseguir finalidades más ambiciosas y buscando un alcance impensable para los peregrinos; a nuestro juicio, el planteamiento de la compraventa sería muy distinto en caso de que los contratantes fueran extranjeros que si eran ciudadanos romanos, ya que parece claro que una *emptio-venditio* concluida entre *cives* tendría, para el comprador, el objetivo primordial de adquirir del dominio de la *res*: si se trataba de una *res nec Mancipi*, una vez realizada la *traditio*, adquiriría la propiedad de forma inmediata y, si su objeto era una *res Mancipi*, también se convertiría en *dominus* transcurrido el tiempo necesario para la *usucapio*, ya que el contrato constituía *iustae causae usucapionis* (8). Como pone claramente de manifiesto Gayo, en *Institutiones* II, 41-42, una *res Mancipi* adquirida mediante *traditio* no produce transmisión de derecho real, porque hubiera sido necesaria la *mancipatio* o *in iure cessio*, pero ello no impide que constituya *iusta causa* para su adquisición por *usucapio*, protegiendo el pretor a la persona que recibió la cosa en virtud de un contrato previo de compraventa.

Por lo tanto, entendemos que la compraventa celebrada entre ciudadanos romanos tendría una finalidad más ambiciosa que su función originaria de intercambio de cosa por precio, estando encaminada a la adquisición de la propiedad del objeto comprado. Quizás por ello Gayo, en *Institutiones* IV, 131 a) establece que la celebración de la *mancipatio* era una obligación comprendida en el *oportere ex fide bona* y, aunque no hubiera estado pactada expresamente, era exigible entre las partes (9) y también ese puede ser el motivo de que en D. 18, 1, 80, 3 se rechace la conceptualización como compraventa en caso de que se excluya el acceso a la propiedad de la cosa por parte del comprador (10) o de que en D. 19, 1, 11, 2, se haga referencia a que la entrega de la cosa por el vendedor hará dueño al comprador si éste era dueño de ella (11).

No es este el momento para analizar la cuestión acerca de la transmisión de la propiedad en virtud del contrato de compraventa, que por su complejidad ha sido un tema ampliamente debatido por la doctrina y que no se ha podido reconducir a posiciones unánimes (12). El estudio de esta materia excedería el marco del presente trabajo y

requeriría una investigación independiente, pero si debemos dejar constancia que, a nuestro juicio, el desarrollo de compraventas entre extranjeros, concluidas todas *a non dominus*, debería ser muy distinto al que se llevara a cabo entre *cives*, donde este contrato se configuraría como el instrumento legalmente válido para la adquisición del *dominium* del objeto comprado.

II. VENDITIO REI ALIENAE: PROBLEMÁTICA SUSCITADA EN LAS FUENTES EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO POR EL VENDEDOR DE LA OBLIGACIÓN DE HABERE LICERE

La premisa desde la que partimos en este trabajo resulta trascendental en el análisis de las ventas de cosa ajena, admitidas por el derecho romano clásico, pero que chocaba directamente con la utilidad jurídica que se había dado a la *emptio-venditio* concluida por los *cives*. En efecto, si la cosa comprada era propiedad de un tercero, resultaría cuando menos antijurídica la conducta de la persona que vende ese objeto a sabiendas de que está lesionando el derecho de ese tercero, máxime si tenemos en cuenta que la compraventa es un contrato *bona fidei*. Sin embargo, por otro lado, la configuración de la *emptio-venditio* como instrumento meramente obligacional, donde el poder de disposición de la cosa en ningún caso resultaba esencial (13), llevó inevitablemente a que se admitiera la posibilidad de realizar ventas de bienes propiedad de terceros ajenos al contrato, ya que al no ser este contrato un acto traslativo de dominio nada impedía que su objeto fueran cosas que no fueran propiedad del vendedor (14). Esta confrontación entre lo que debía ser admitido en el plano formal -la venta de un objeto propiedad de un tercero- y lo que debía ser rechazado en la práctica -porque se estaría transgrediendo la buena fe contractual al lesionar conscientemente un derecho ajeno- desencadenó una copiosa producción jurídica que vino a solventar en un momento posterior a la celebración del contrato lo que *a priori* no tenía remedio: no se pudo prohibir la venta de cosa ajena -porque ello hubiera desvirtuado la esencia del contrato- pero si se pudieron solucionar los gravísimos problemas que la conclusión de este tipo de ventas llevaban aparejados.

La *venditio rei alienae* ajena es una figura que la doctrina romanística ha sido unánime en reconocer al estar admitida en diversos textos, entre los que cabe destacar D. 19, 4, 1, pr. y D. 19, 1, 11, 2:

D. 19, 4, 1, pr.- (*PAULUS libro XXXII ad Edictum*).- *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.*

D. 19, 1, 11, 2.- (*ULPIANUS libro 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.*

El primer fragmento ha sido tradicionalmente citado por la doctrina para avalar la validez de la venta de cosa ajena, ya que en él, a propósito de la comparación entre compraventa y permuta, deja constancia de que el vendedor está obligado a entregar la posesión de la cosa y no tendría responsabilidad alguna si ésta no hubiera sido reivindicada por su legítimo propietario (15). Igualmente, en D. 19, 1, 11, 2, se acepta la validez de la venta y posterior entrega de la cosa que no era propiedad del vendedor, sin perjuicio de la responsabilidad que le incumbe en caso de evicción, siempre que el comprador hubiera pagado el precio o hubiera dado fianza (16).

Partiendo por tanto de que la venta de una cosa ajena no sólo era posible en la práctica, sino que las fuentes sancionan en general su validez jurídica, su admisión podía ocasionar problemas, sin embargo, en su cumplimiento, sobre todo en relación con la obligación adquirida por el *venditor* de *tradere* y de garantizar la *vacua possessio* al *emptor* (17). Incluso en el caso de que el compromiso del vendedor de entregar la cosa se cumpliera finalmente, resulta cuando menos dudoso que pudiera garantizar al comprador el *habere uti frui licere*, esto es, la pacífica y definitiva posesión de la cosa, responsabilidad a la que si aluden las fuentes como ineludible del vendedor una vez que se hubiere llevado a cabo la *traditio* (18):

D. 18, 1, 25, 1.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Sabinum*).- *Qui venditit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulandi spopondit.*

D. 21, 2, 62, pr.- (*CELSUS libro XXVII Digestorum*).- *Si rem quae apud te esset vendidissem tibi: quia pro tradita habetur, evictionis nomine me obligari placet.*

La responsabilidad por evicción, por tanto, constituía una obligación del vendedor, tanto si los contratantes eran *cives* como si eran *peregrini*; la *vacua possessio* garantizaba al comprador romano la adquisición de la propiedad a través de la *usucapio* y, al peregrino, la reparación por daños y perjuicios en caso de que se produjera la pérdida de la cosa. De ahí, que la Ley de las XII Tablas ya disponía que la garantía por evicción cesaba frente al comprador romano en uno o dos años -dependiendo del objeto- pero no cesaba nunca frente al extranjero (19).

III. INCIDENCIA DEL DOLUS EN LAS TRANSMISIONES A NON DOMINUS

La problemática de las compraventas concluidas por un *non dominus* se centra, de acuerdo con lo que se ha podido constatar en las fuentes, no en su admisión -que jurídicamente parecía indiscutible- sino en la incidencia que tenía la ocultación al comprador de tal circunstancia porque ello suponía la transgresión de la buena fe contractual en un contrato, como la compraventa, en el que las partes se comprometían no sólo a lo expresamente pactado, sino a todo aquello que derivara de la *bona fidei* (20). De ahí que, cuando ambas partes hubieran actuado de buena fe, las fuentes no dudan en considerar válido el contrato, si bien dejando claramente establecido que la conclusión de aquél en ningún caso perjudicaba al legítimo propietario que conservaba sus derechos intactos, esto es, podía reivindicar y despojar al comprador del objeto vendido:

D. 18, 1, 54.- (*PAULUS libro I ad Edictum Aedilium currulium*).- *Res bona fide vendita propter minimam causam inempta fieri non debet.*

D. 18, 1, 28.- (*ULPIANUS libro XLI ad Sabinum*).- *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.*

Por el contrario, en caso de concurrencia de mala fe en comprador y vendedor, la decisión adoptada en las fuentes es la sanción de nulidad del contrato (21). Por tanto, la afirmación genérica respecto de la validez de la *venditio rei alienae* decae en el supuesto de que el contrato se concluya lesionando a sabiendas los derechos de terceros ajenos al contrato (22):

D. 18, 1, 34, 3.- (*PAULUS libro XXXIII ad Edictum*).- *Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet: quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita pomponius quoque scribit.*

La buena o mala fe en las partes contratantes será pues decisiva para considerar la compraventa de cosa ajena válida o nula, pero en ambos casos quedarán salvaguardados los derechos del legítimo propietario; ahora bien, en la compraventa concluida de buena fe, éste sólo podría despojar al comprador de la cosa antes de que hubiera completado la usucapión mientras que en caso de mala fe, la posibilidad de reivindicarla no prescribiría nunca, porque el comprador nunca podrá adquirir el dominio por usucapión.

La casuística de las fuentes permite analizar los supuestos en que concurre mala fe tan sólo en uno de los contratantes y, a este respecto, se salvaguarda la validez de la compraventa en caso de actuación dolosa por parte del *emptor*, pero su conducta no queda exenta de castigo al impedir que el contrato le pueda servir de *iusta causa usucapionis* (23):

D. 18, 1, 26.- (*POMPONIUS libro XVII ad Sabinum*).- *Si sciens emam ab eo cui bonis interdictum sit vel cui tempus ad deliberandum de hereditate ita datum sit, ut ei deminuendi potestas non sit, dominus non ero: dissimiliter atque si a debitore sciens creditorem fraudari emero.*

La compraventa y posterior entrega a *non dominus* de la cosa se entienden válidamente realizadas, aún en el caso de que el comprador la reciba a sabiendas de que pertenece a un tercero ajeno al contrato, pero éste no podrá convertirse en propietario por usucapión, pudiendo el legítimo propietario despojarle de la cosa en cualquier momento. *Sensu contrario*, son varios los textos en los que se constata que la usucapión subsanaría la carencia de titularidad del transmitente, siempre y cuando el accipiente esté convencido de que aquel era dueño de la cosa, aunque quizás el más significativo sea *Gai II, 43* (24):

Gai II, 43.- Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue mancipi sint eae res siue nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse.

En efecto, la usucapión, como pone de manifiesto Salomón, es la institución necesaria para que la venta de cosa ajena sea válida desde el punto de vista obligacional, cerrando con la adquisición de la propiedad el proceso iniciado con la venta, porque en ese momento la evicción ya no sería posible (25). Con la *iusta causa* y la *bona fides* del comprador, añadiendo la posesión continuada de la cosa, el adquirente se convertiría en

propietario y la acción reivindicatoria ya no resultaría posible por parte del antiguo *dominus* (26). En el supuesto de que, antes de adquirir la propiedad por usucapión, el propietario de la cosa finalmente le despojara de ésta -y con independencia de las responsabilidades del vendedor por la evicción- D. 19, 1, 45 (46), 1 concede al comprador de buena fe la posibilidad de reclamar al *dominus* todos los gastos ocasionados en la cosa durante el tiempo que tuvo la posesión:

D. 19, 1, 45 (46), 1.- (*PAULUS libro V Quaestionum*).- *Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. quod et in servo dicendum est, si in servitute, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.*

La casuística más interesante se plantea en caso del vendedor no propietario que celebra la compraventa sin comunicarle al comprador su carencia de titularidad y que, incluso, posteriormente y sin haber adquirido la cosa vendida, lleva a cabo la *traditio* (27). La conclusión de una venta por alguien que no ostenta el dominio sobre la cosa no deja de resultar de dudosa juridicidad, porque el riesgo de no poder cumplir con la obligación de *tradere* será muy elevado; y, aún más, aunque pudiera llegar a cumplir con la entregar la cosa, si no adquirió la propiedad todavía, lo que no podrá garantizar al comprador en ningún caso es la *vacua possessio* (28), obligación que está comprendida en el *oportere ex bona fidei*. A nuestro entender, como opina Cecchini, las obligaciones del vendedor no podían limitarse en un contrato de buena fe como la compraventa a la transmisión de la *vacua possessio*, sino a realizar todo lo que pudiera para que el comprador se convirtiera en propietario del bien o, en caso de que no pudiera, a prestar la garantía para el caso de evicción (29). Sin negar, por tanto, que la obligación del vendedor se limitaba a la *vacuam possessio tradere*, sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad de adquisición del dominio que para los *cives* tenía la celebración de la compraventa, lo cierto es que resultaría extraño que no se castigara la mala fe en la actuación del vendedor de cosa ajena (30). A este respecto, hay que dejar constancia de que las fuentes exigen en el vendedor un comportamiento acorde con las exigencias de la buena fe, pudiendo citar, entre otros, D. 18, 1, 43, 2, que incluye como obligación del vendedor la de responder por dolo malo; D. 18, 1, 68, 1, que afirma que, aunque no se pacte expresamente, considera un elemento esencial que el vendedor no actúe de forma dolosa; y D. 18, 1, 68, 2 también añade que, con independencia de la entrega de la *vacua possessio* que atañe al comprador, éste responderá también por su comportamiento doloso en el cumplimiento de la citada obligación:

D. 18, 1, 43, 2.- (*FLORENTINUS libro VIII Institutionum*).- *Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiosae obscure dissimulat.*

D. 18, 1, 68, 1.- (*PROCLUS libro VI Epistolarum*).- *Fere aliqui solent haec verba adicere: "dolosus malus a venditore aberit", qui etiam si adiectum non est, abesse debet. 2.- Nec videtur abesse, si per eum factum est aut fiet, quo minus fundum emptor possideat. erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuam possessionem tradat, cum*

multis modis accidere poterit, ne tradere possit, sed ut, si quid dolo malo fecit aut facit, dolus malus eius aestimaretur.

No obstante, a nuestro juicio, quizás sea D. 19, 4, 1, pr., citado anteriormente, el texto que constata más claramente la obligación del vendedor de actuar conforme a la buena fe contractual, porque en él se afirma no sólo que *venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere*, sino que, además, junto a esas obligaciones, también se cita la de *purgari dolo malo* (31). Ahora bien, constatado que las fuentes requieren de forma reiterada la concurrencia de buena fe en el vendedor, cabe preguntarse a continuación qué consecuencias tendrá la inobservancia de estas reglas en relación con el contrato y su posterior ejecución y, más importante aún, si se permitirá al comprador resolver el contrato con base sólo en la actuación dolosa del vendedor, aunque todavía no hubiera incumplido ninguna obligación que le incumbiera. En definitiva, la cuestión que se plantea es si puede el comprador anular la compraventa en el momento en que tenga conocimiento de que el vendedor no es propietario, con base en el dolo sufrido y en la previsión del incumplimiento de la obligación de garantizar la *vacua possessio*, o deberá esperar a que se produzca la evicción, no pudiendo rescindir el contrato (32).

La cuestión planteada se solventa en las fuentes de forma clara al conceder al comprador la *actio empti* para que pudiera anular la compraventa que tuviera por objeto un bien ajeno, incluso con anterioridad a que el verdadero *dominus* actuara contra él. Así se pone de manifiesto en un texto de Africano contenido D. 19, 1, 30, 1 en el que se hace referencia al *dolum malum abesse praestare*, y en el que se afirma que es doloso el comportamiento del vendedor, que a sabiendas vende una cosa que no le pertenece sin advertir de ello al comprador por lo que el vendedor responde frente al comprador independientemente de la evicción (33):

D. 19, 1, 30, 1.- (*AFRICANUS libro VIII Quaestionum*).- *Si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignorantem vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturum vendiderit.*

D. 19, 1, 11 15.- (*ULPIANUS libro XXXII ad Edictum*).- *Denique libro decimo apud minucium ait, si quis servum ea condicione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emptor hoc fieri intra diem non desideraverit, ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit: tunc enim in hoc fieri, ut per ipsum et per heredem eius emptorem habere liceret: qui autem alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret et ideo empti iudicio tenebitur.*

A este respecto, resulta igualmente interesante D. 18, 6, 18, 1, donde se afirma que instada cuestión sobre el dominio del objeto con anterioridad a que el comprador hubiera pagado el precio, éste no estará obligado a cumplir con su prestación si el vendedor no le ofreciera fiadores idóneos que garanticen su responsabilidad en caso de evicción. Por ello, el vendedor no queda liberado con la entrega de la cosa, sino que en su obligación de responder por la pacífica y definitiva posesión de la misma, debe asumir la carga de ofrecer al comprador las garantías suficientes que aquieten siquiera la duda de que se pueda producir la evicción. Bastará, pues, la sospecha del comprador, como se pone de manifiesto en D. 19, 1, 30 (31), 1, para poder actuar contra el vendedor (34):

D. 18, 6, 18, 1.- (*PAPINIANUS libro III Responsorum*).- *Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur.*

D. 19, 1, 30 (31), 1.- (*AFRICANUS libro VIII Quaestionum*).- *Si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debet, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignorantem vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturus vendiderit.*

Las fuentes citadas anteriormente, pese a reflejar expresamente que *venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat*, a continuación imponen al vendedor la obligación de llevar a cabo una conducta exenta de dolo, citando como conducta maliciosa, por la que indudablemente debe responder, *qui sciens alienam, non suam ignorantem vendidit* (35); en este supuesto, el comprador no tendrá que esperar a que se produzca la evicción, al concederse la posibilidad de ejercitar la *actio empti* para exigir al vendedor el cumplimiento de todas aquellas obligaciones derivadas de la buena fe contractual (36). Cabe añadir a este respecto que no servía de nada que las partes hubieran pactado la exoneración de responsabilidad del vendedor, tal y como se pone de manifiesto en D. 19, 1, 6, 9 y en D. 19, 1, 11, 18 (37):

D. 19, 1, 6, 9.- (*POMPONIUS libro 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, 18.- (*ULPIANUS libro XXXII ad Edictum*).- *...neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit.*

Las fuentes dejan constancia de que la responsabilidad del vendedor en caso de dolo se mantiene incluso en el supuesto de que la cosa comprada hubiere pasado a ser propiedad del comprador con posterioridad a la compraventa por otro título -herencia, copropiedad o cualquier título lucrativo- subsanándose así el defecto acaecido inicialmente, pero aún en estos casos se permite el ejercicio de la *actio empti*, ya que no resultaría lógico que el comprador no pueda reclamar al vendedor una vez que ha adquirido la propiedad del objeto, puesto que éste tiene responsabilidad por su actuación dolosa (38).

Especialmente significativo resulta a nuestro juicio el motivo por el que las fuentes incluyen como conducta dolosa del vendedor por la que debe responder el hecho de vender una cosa que no es de su propiedad. En D. 18, 1, 35, 4 distingue de forma nítida el supuesto en que la cosa vendida se hubiera perdido por hurto y el vendedor hubiera actuado como un buen padre de familia del caso en que hubiera vendido una cosa ajena y el verdadero propietario hubiera despojado de la cosa al comprador:

D. 18, 1, 35, 4.- (*Gaius libro X ad edictum provinciale*).- *Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictioem exhibeat emptori. unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut condictioem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.*

En caso de que la cosa se hubiera perdido sin culpa del vendedor, éste queda exento de toda responsabilidad puesto que puede ceder sus acciones al comprador; sin embargo, no sucede lo mismo en caso de venta de cosa ajena, porque el vendedor no puede ejercitar la *reivindicatio* ni la *condictio* y, por tanto, no puede transferir sus acciones al comprador. Por lo tanto, y puesto que el *habere licere* comprende la asunción de la defensa por parte del vendedor en caso de desposesión por un tercero, puesto que en el caso de que aquél hubiera vendido un objeto perteneciente a un tercero no puede asumir esa obligación, por lo que no puede quedar exento de responsabilidad frente al comprador (39).

IV. CONCLUSIONES

Tras el examen de las fuentes relacionadas con la *venditio rei alienae* y la posterior transmisión y adquisición *a non dominus* de la cosa vendida, se puede concluir que la admisión de contratos consensuales en el ordenamiento jurídico romano, en el que regía el principio *nuda pactio obligationem non parit* generó el enfrentamiento entre los principios vigentes en el *ius civile* con las nuevas situaciones surgidas en este proceso de adaptación (40). El caso de las ventas celebradas por un *non dominus* resulta una clara muestra de lo anterior, ya que venían desarrollándose con normalidad en las relaciones entre extranjeros, pero en su aplicación a los ciudadanos romanos, generaron dificultades evidenciadas por el tratamiento casuístico que le otorgan las fuentes.

No constituyó un problema la admisión de la *venditio rei alienae*, no sólo porque, como observa Talamanca (41) eran un fenómeno común en la práctica comercial romana, sino también por el carácter puramente obligacional de este contrato, en el que el vendedor no tenía obligación de *dare* sino de *facere* y, además, no se le exigía que fuera propietario de la cosa que debía entregar. Ahora bien, el reconocimiento formal de la validez de las ventas de cosa ajena no significó que su aplicación práctica estuviera exenta de conflictos, sobre todo, en nuestra opinión, porque los ciudadanos romanos buscaban con la compraventa un alcance superior al que pretendían los extranjeros y que era convertirse en *dominus* del bien, a través de la *traditio* o de la *usucapio* (42). En efecto, el contrato no tenía efectos traslativos de la posesión, pero sí servía de base para que el *accipiens* se convirtiera en propietario en un breve periodo de tiempo, durante el cual, además, el comprador-poseedor contaba con la protección interdictal y con la *actio publiciana* para proteger su posesión.

A nuestro entender, el examen de las fuentes avala esta conclusión, toda vez que califican de doloso el comportamiento del vendedor que oculta al comprador que el bien objeto del contrato es propiedad de un tercero, permitiendo al comprador ejercitar la *actio empti* o exonerándole de su obligación de pagar el precio, aún en el supuesto de que todavía no se hubiera producido un daño efectivo sino tan sólo con la simple

sospecha de que se podía producir la evicción en un futuro más o menos lejano (43). Por otro lado, la genérica afirmación del principio de validez de la venta de cosa ajena decae cuando ambas partes, comprador y vendedor, son concedores de la lesión al derecho de propiedad del tercero, sancionando las fuentes la transgresión de la buena fe con la nulidad del contrato. Igualmente, se observa en las fuentes una exigencia permanente de buena fe en el comprador, cuya inobservancia le acarrearía numerosos problemas: imposibilidad de acceder a la propiedad por usucapión, por no servir el contrato de *iusta causa usucapionis*, pudiendo ser despojado de la cosa, por tanto, en cualquier momento por el legítimo propietario.

Quizás en este ámbito más que en ningún otro cobra relevancia la afirmación de Bonfante (44) referida a que la *traditio* aplicada a las *res mancipi* representó un triunfo del *ius gentium* pero “*non fu un trionfo benefico, non fu un progresso del diritto*”, porque, en la práctica, la ausencia de forma en el acto de adquisición generó una confusión en la propiedad, constituyendo en realidad una regresión jurídica (45). En definitiva, las fuentes constatan que la genérica admisión de la venta de cosa ajena -jurídicamente impecable- no impidió sancionar su ineficacia posterior cuando se asistía a una transgresión del principio de la *bona fides* y teniendo en cuenta la copiosa producción jurídica que se encuentra en esta materia, podríamos afirmar que se solventó lo que formalmente era válido -venta de un bien perteneciente a un tercero- pero que no dejaba de ser extraño cuando la compra se llevaba a cabo por un *civis* que pretendía convertirse en última instancia en *dominus* de la cosa comprada.

NOTAS:

(1). D. 18, 1, 2.- (PAULUS libro XXXIII, ad Edictum).- Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur; et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras. Según VOICI, “Il primo passo è dato dal riconoscimento dei contratti consensuali, che significa netta, se pur implicita e parziale, negazione della tradizione formalista. È per questo che i contratti consensuali sono tutti di buona fede”. Vid. VOICI, “La dottrina del contratto nei giuristi romani dell’età classica”, en Scritti Ferrini, Milano, 1946, pp. 385 y ss.

(2). Como afirma Fernández de Buján, sería a finales de la república cuando se habría generalizado la compraventa consensual, al estar caracterizada por el acuerdo entre cosa y precio, sin necesidad de *traditio*. Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, “La compraventa”, en Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al Prof. Murga Gener, Madrid, 1994, pp. 549 y ss.; y los trabajos del mismo autor, “Pecunia numerata” en función de “Premium” en la “emptio-venditio” romana”, en Estudios-homenaje al Prof. Álvarez Suarez, Madrid, 1978, pp. 133 y ss. y El precio como elemento comercial en la compraventa romana, Madrid-Reus, 1993, del mismo autor.

(3). VOICI, “La dottrina del contratto nei giuristi romani dell’età classica”, op. cit., p. 388.

(4). DE RUGGIERO, Instituciones de Derecho Civil, II, Trad. 4ª ed. Italiana por Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Madrid, 1931, pp. 254 y ss.

(5). Como ya afirmara Voci, “ai giuristi, in definitiva, risale il superamento dell posizioni del ius civile”, añadiendo que “i giuristi classici ci appaiono non già come un

insieme di empirici e di nominalisti, ma uomini, in cui teoria e pratica si fondono mirabilmente, e per cui fenomeno e concetto sono uno in funzione dell'altro. Giurisprudenza pratica, se si vuole, perchè le sono aliene le disquisizioni concettuali: perchè la più sottile chiarificazione dei concetti ha di mira un problema pratico da risolvere, l'applicazione del diritto; perchè, insomma, non fa la teoria per la teoria". VOICI, "La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica", op. cit., p. 399.

(6). La compraventa, como manifiesta Fernández de Buján, constituye uno de los logros más representativos del genio jurídico romano, porque sancionaría las relaciones comerciales entre romanos y extranjeros en el ámbito internacional durante el siglo III a.C., extendiéndose en el siglo II a.C. a las relaciones inter cives. Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, "La compraventa", op. cit., pp. 549 y ss.

(7). D. 2, 14, 7, 4.- (ULPIANUS, libro IV ad Edictum).- Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

(8). Gai, II, 20.- Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentums tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim. C. 2, 3 20.- (Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CONSTANTIVS et MAXIMIANUS CAESS. MARTIALI).- Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis trasferuntur. (PP. Kal. Ian. Ipsi V et IV AA. Conss.). Para un análisis de la causa traditionis y causa usucapionis, vid. MIQUEL, "Compraventa y transmisión de la propiedad", en Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al Prof. Murga Gener, Madrid, 1994, pp. 590 y ss.

(9). Gai, IV, 131 a).- Item si uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuum possessionem nobis tradi, contra debitores eadem actione uti possimus. Alioquin si minus diligentes in ea re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QUIDQVID OB EAM REM NUMERIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere uolentibus de uacua possessione tradenda nulla supersit actio. Vid. también Paul. Sent., I, 13, a), 4.

(10). D. 18, 1, 80, 3.- (LABEO libro V. posteriorum a Iavoleno epitomarum).- Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus. Para Volterra, en este texto se observa claramente la función económica y la causa del negocio jurídico de la compraventa, esto es, realizar el cambio de cosa por precio, otorgando al comprador y al vendedor el derecho absoluto y exclusivo sobre la cosa y sobre el precio y sólo la imposibilidad técnica de transferir la propiedad de la cosa a todos los compradores, por ser peregrinos, es lo que limita la obligación del vendedor a entregar sólo la posesión pacífica garantizando, eso sí, que el poseedor pueda alcanzar su derecho de propiedad sobre la cosa. VOLTERRA, Istituzioni di diritto privato romano, Roma, 1988, p. 502.

(11). D. 19, 1, 11, 2.- (ULPIANUS libro XLVI 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, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem numos

venditoris facere cogitur. También en Pauli Sent. 1, 13 a), 4 se afirma que si lo que se ha comprado no ha sido entregado ni mancipado puede obligarse al vendedor para que lo entregue o mancipe. Como afirma Fernández de Buján, la obligación de transferir la propiedad de las cosas permutadas, se contrapone con la obligación, en principio, de transmitir la cosa y garantizar su pacífica posesión por parte del vendedor en la época clásica, que, sin embargo, en la legislación justiniana, constituye obligación de éste transmitir la propiedad de la cosa. Vid. FERNANDEZ DE BUJAN, “Los contratos de permuta y estimatorio”, en revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, número 9, 2003, pp. 209 a 234, en especial p. 220.

(12). Según la opinión doctrinal mayoritaria al ser la compraventa un contrato proveniente del *ius gentium*, no podía utilizarse como medio traslativo de la propiedad, siendo conceptualizado como un instrumento generador de obligaciones mediante el acuerdo de las partes. Entre los autores que niegan que en la compraventa que tenía por objeto una *res mancipi* hacia que naciera una obligación del vendedor de transmitir la cosa a través de la *mancipatio*, vid. ARANGIO-RUIZ, “Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano”, en *Festschrift Koschaker*, II, pp. 141 y ss., VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, op. Cit., p. 503, n. 122; SCIALOJA, “La L. 16, Dig. De cond. Causa data, 12, 4 e l’obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana”, en *BIDR*, XIX, 1907, pp. 161 y ss. (=en *Scritti*, II, pp. 247 y ss.); BUCKLAND, “D. 12, 4, 16”, en *TI*, XVI, 1939, pp. 359 y ss.; KRETSCHMAR, “Die L. 16 D. de conditione causa data causa non secuta 12, 4 im Lichte des Schulenstreits”, en *ZSS*, LXI, 1941, pp. 123 y ss.; MEYLAN, “La conception classique de la vente et le fragment D. 12, 4, 16”, en *RIDA*, I, 1948, pp. 133 y ss.; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, “Evolución del principio romano de la validez de la venta de cosa ajena en el derecho medieval español”, en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia, 1998, pp. 119 y ss. En contra, vid., entre otros autores, RICCA, “L’evizione obbligo-limite del venditore romano”, en *Studi Bonfante*, II, pp. 129 y ss.; IDEM, “L’obbligo naturale nascente dell’evizione e quello di trasferire la proprietà”, en *Studi Arangio-Ruiz*, III, pp. 261 y ss.; IDEM., “Trasferimento della proprietà (non solo del pacifico possesso) nella compravendita romana”, en *Scritti Scialoja*, IV, pp. 389 y ss.; MONIER, “Le caractère de bonne foi du contrat de vente et l’obligation de manciper”, en *Mélanges Cornil*, II, pp. 137 y ss.; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, *Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981, p. 616; FERNANDEZ DE BUJAN, “La compraventa”, op. cit., pp. 549 y ss.; IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1999, p. 436; MIQUEL, “Compraventa y transmisión de la propiedad”, op. cit., pp. 590 y ss.; FERNANDEZ DE BUJAN, *Sistema contractual romano*, Madrid, 2004, pp. 211 y ss.

(13). A este respecto, Arangio-Ruiz entiende la realización de la *mancipatio* que se pone de manifiesto en Gai, IV, 131 a) se trataba de meras costumbres y no de obligaciones jurídicas del vendedor, porque un contrato que proviene del derecho de gentes nacido para relaciones entre romanos y extranjeros no podía ser solemne y era necesario contentarse con recibir la pacífica posesión y la mejor prueba de ello era el cuidado exquisito que el pretor ponía en defender al propietario *in bonis habere*. Igualmente, respecto de la regla contenida en I, 2, 1, 41, según Arangio-Ruiz resulta demasiado similar a la compraventa griega y en contra con la neta separación entre negocios obligatorios y traslativos que se tenía en derecho romano. Vid. ARANGIO-RUIZ, “Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano”, op.cit., pp. 141 y ss. e *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1949, p. 340.

(14). Una característica distintiva del ordenamiento jurídico romano, según afirma Salomón, es la complejidad forjada por la superposición de estratos que se produce cuando una institución del *abierto ius gentium* se incorpora al rígido *ius civile*. Esta complejidad origina, según la autora que la compraventa de cosa ajena sea, desde el punto de vista contractual, un acto jurídico válido. Salomón, sin embargo, entiende que frente a esta validez jurídica se plantea un problema de orden moral que el derecho romano solucionó a través de la evicción, que vino a solventar el desajuste ocasionado al sancionar la venta de cosa ajena como un acto válido. Vid. SALOMON SANCHO, “La evicción y Furtum”, en <http://www.iustel.com>, Portal Derecho, S.A., nº 6, 2006, pp. 1 y ss., en especial, p. 23.

(15). Como afirma Arangio-Ruiz, “in queste parole lapidarie è messa in vivissima luce la diversa posizione delle due parti nei riguardi dell’obbligazione di trasmettere la proprietà: mentre il compratore è tenuto a trasmettere quella del danaro, il venditore non è tenuto a trasmettere quella della merce. Per conseguenza, mentre il venditore potrà intentar l’*actio venditi* se si sente di dimostrare che il danaro datogli non è divenuto di sua proprietà... il compratore non può, per il fatto che comunque gli risulti non essere stata la cosa in proprietà del venditore intentare l’*actio empti* per inadempimento, ma deve spettare l’eventuale evizione per ricorrere agli appositi rimedi...”. Vid. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, pp. 148 y ss.

(16). Según Monier, la redacción original de D. 19, 1, 11, 2 contenía la obligación del vendedor, en caso de que la compraventa tuviera por objeto una *res mancipi*, a realizar la *mancipatio* y, en caso de que fuera *nec mancipi*, a realizar la *traditio*. Vid. MONIER, “Le caractère de bonne foi du contrat de vente et l’obligation de *manciper*”, op. cit., pp. 137 y ss. En contra, ARANGIO-RUIZ, “Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano”, op.cit., pp. 141 y ss. y MEYLAN, “Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue en droit classique”, en *Studi Bonfante*, I, pp. 443 y ss.

(17). Referente a las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, vid. FERNANDEZ DE BUJAN, “La compraventa”, op. cit., pp. 562 y 563 y *Sistema contractual Romano*, op. cit., p. 211.

(18). Por ello, hasta que el comprador está en posesión del bien y se le ha despojado judicialmente de la cosa, no podrá reclamar nada al vendedor. Así se pone de manifiesto también en un rescripto de Alejandro Severo contenido en C. 8, 44, 3 y en D. 12, 4, 16. Vid. respecto a éste último texto, entre otros autores, SCIALOJA, “La L. 16, Dig. De cond. Causa data, 12, 4 e l’obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana”, op. cit., pp. 161 y ss.; ARANGIO-RUIZ, “Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano”, op.cit., pp. 141 y ss.; BUCKLAND, “D. 12, 4, 16”, op.cit., pp. 359 y ss; KRETSCHMAR, “Die L. 16 D. de conditione causa data causa non secuta 12, 4 im Lichte des Schulenstreits”, op. cit., pp. 123 y ss.; MEYLAN, “La conception classique de la vente et le fragment D. 12, 4, 16”, op. cit., pp. 133 y ss.

(19). XII Tab.,VI, 2.- ...cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quaeque infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. 3.- ...usus actoritas fundi biennium est, ...ceterarum rerum omnium...annus est usus; Cic., Top., IV, 23.- Ex comparatione autem omnia valent quae sunt huius modi: Quod in re maiore valet valeat in minore, ut si in urbe fines

non reguntur, nec aqua in urbe arceatur. Item contra: Quod in minore valet, valeat in maiore. Licet idem exemplum convertere. Item: Quod in re pari valet valeat in hac quae par est; ut: Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat; Cic., De off., III, 16, 65.- Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere; Gai, II, 42.- Vsucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est..

(20). Según Wacke, en el *dolus malus* veían los juristas romanos desde antiguo el concepto opuesto a la *bona fides*, por lo que en el ámbito de los negocios de tráfico consensuales, como compraventa, arrendamiento de cosas, servicios y obra, sociedad y mandato, la actuación dolosa daba lugar a un juicio *bona fidei* en el que el juez tenía un amplio margen de arbitrio. WACKE, “La “exceptio doli” en el Derecho romano clásico y la “Verwirkung” en el Derecho alemán moderno”, en *Derecho Romano de Obligaciones, Libro Homenaje al Prof. Murga Gener*, Madrid, p 978. Vid., respecto al dolo malo, D. 19, 1, 11, 18; D. 19, 1, 30, 1 y D. 19, 1, 45, 1. D. 18, 4, 12; D. 18, 6, 5; D. 19, 1, 13, 4; D. 19, 1, 13, 14; D. 19, 1, 26; D. 19, 1, 37; D. 19, 1, 42; D. 19, 1, 51, 1; D. 21, 2, 17; D. 21, 2, 35; D. 42, 8, 9; D. 6, 2, 7, 11; C. 8, 45, 2; C. 8, 29, 1, pr.; C. 7, 33, 6; C. 4, 44, 5, pr.; C. 3, 32, 14.

(21). La misma solución se ofrece en las fuentes para el caso de ventas en que se pierde la cosa y así en D. 18, 1, 57 y 58 se alude a una casa que se pierde por incendio, distinguiendo entre que el vendedor, el comprador o ambos supieran tal circunstancia; en caso de que ambas partes supieran que la cosa se había perdido, se afirma que el dolo de una y otra parte se compensa, declarando la nulidad de la compraventa por no ausencia de *bona fidei*. D. 18, 1, 57.- (PAULUS libro V ad Plautium).- *Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. nerva sabinus cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt. sed si pars domus maneret, neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet: sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitrato habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur. 1.- Sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest restituere. 2. Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat: et hic enim oportet et venditorem stare et omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi vel si solutum sit, non repeti. 3.- Quod si uterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente; D. 18, 1, 58.- (PAPINIANUS libro X Quaestionum).- Arboribus quoque vento deiectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti*

oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore: sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec optinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt.

(22). Igualmente, también se declara la nulidad de venta de cosa ajena cuando existe mandato y el mandatario se extralimita en sus facultades y así, en D. 18, 1, 63, se afirma que la venta no sería válida si el mandatario hubiere vendido la cosa a otra persona distinta, contraviniendo el mandato del propietario. La venta en este caso no llega a nacer, porque no puede perfeccionarse con un comprador que el dueño no tenía intención de vender y, por ello, *venditio non valet*, no pudiendo adquirir el dominio el comprador, tal y como consta en D. 18, 1, 15, 1. D. 18, 1, 63 pr.- (IAVOLENUS, libro VII ex Cassio).- *Cum servo dominus rem vendere certae personae iusserit, si alii vendidisset, quam cui iussus erat, venditio non valet: idem iuris in libera persona est: cum perfici venditio non potuit in eius persona, cui dominus venire eam noluit*; D. 18, 1, 15, 1.- (PAULUS, libro V ad Sabinum).- *Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit*; D. 18, 1, 35, 3.- (GAIUS libro V ad edictum provincial).- *Si quis amico peregre eunti mandaverit, ut fugitivum suum quaerat et si invenerit vendat, nec ipse contra senatus consultum committit, quia non vendidit, neque amicus eius, quia praesentem vendit: emptor quoque, qui praesentem emit, recte negotium gerere intellegitur. Vid. también D. 19, 1, 13 (14), 25.- (ULPIANUS, libro XXXII ad Edictum).- Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. et papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere. En definitiva, como se desprende de los textos, y pese a que la venta de cosa ajena con mandato del dueño, como se afirma en D. 18, 1, 35, 3 es válida y el comprador adquiere el dominio en el momento de la entrega, cuando el mandatario se extralimita en sus funciones, vendiendo la cosa a persona distinta de la designada por el dominus, las fuentes declaran nulo el contrato, decayendo por tanto el principio de validez de venta de cosa ajena también en este supuesto.*

(23). Las cosas hurtadas o *res furtivae* son excluidas de la usucapión ya desde las XII Tablas y por eso, afirma Salomón, en la venta de cosa ajena solo se niega la validez y eficacia en caso de que el contrato tenga por objeto una cosa hurtada en el momento de concluir el contrato; según la autora, la validez de la venta no se vería afectada en caso de que la cosa se convierta en furtiva con posterioridad a la conclusión del contrato. Vid. SALOMON SANCHO, “La evicción y Furtum”, op. cit., p. 19. Vid. XII Tab., VIII, 17.- *Furtivam (rem) lex XII Tabularum usu capi prohibet; Gai II, 45.- Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, uelut si quis rem furtivam aut ui possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, ui possessam lex Iulia et Plautia; Gai II, 49.- Quod ergo uulgo dicitur furtivarum rerum et ui possessorum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per uim possidet, usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet), sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat; Gai II, 50.- Vnde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem uendit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam, si ex alia causa tradatur. sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam uel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam, uendiderit aut donauerit, furtum non committit; item si is, ad quem ancillae ususfructus*

pertinet, partum etiam suum esse credens uendiderit aut donauerit, furtum non committit; furtum enim sine affectu furandi non committitur. aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine uitio furci rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur; D. 18, 1, 34, 3.- (PAULUS libro XXXIII ad Edictum).- Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet: quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita pomponius quoque scribit. Vid. además sobre el furtum Gai II, 50 e I. 6, 3.

(24). D. 18, 1, 27.- (PAULUS, libro VIII ad Sabinum).- Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit: at qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et sabinus scripsit. También en D. 19, 1, 31 (32), 2 se distingue perfectamente el comprador de una cosa ajena del que lo compró de su verdadero dueño, porque en este último caso, is omnimodo tuendus est. Vid. D. 19, 1, 31 (32), 2.- (NERATIUS, libro III. Membranarum).- Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

(25). SALOMON SANCHO, “La evicción y Furtum”, op. cit., p. 2.

(26). SALOMON SANCHO, “La evicción y Furtum”, op. cit., p. 2.

(27). Incluso si el vendedor obró de buena fe, debe responder de la evicción: D. 19, 1, 11, 7.- (ULPIANUS, libro XXXII ad Edictum).- Venditorem, etiamsi ignorans vendiderit, fugitivum non esse praestare emptori oportere neratius ait; D. 19, 1, 13 (14), 1.- (ULPIANUS, libro XXXII ad Edictum).- Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur: differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus.

(28). Si el vendedor no es propietario del bien en el momento de la perfección del contrato, pero posteriormente lo adquiere, estaría en condiciones de garantizar al comprador la vacua possessio a la que se había obligado en virtud del contrato. El problema surge si el vendedor no es propietario del bien ni en el momento de la conclusión del contrato ni en la traditio, porque entonces no podrá garantizar la ausencia de evicción.

(29). Entiende el autor que el hecho de que en época clásica el vendedor no estuviera obligado a transmitir la propiedad no puede hacer pensar que su única obligación fuera la transmisión de la vacua possessio, sino que el vendedor quedaba obligado a realizar todo aquello que estuviere en sus manos para procurar que el contrato generase sus efectos típicos, esto es, hacer propietario al comprador. Cecchini constata que la finalidad del contrato de compraventa en el derecho romano era la de transmitir el dominio, si bien dicha transferencia no formaba parte del contenido debitorio del

vendedor. CECCHINI, La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa, Valencia, 2002, pp. 21 y 22.

(30). Así, como afirma Cecchini, las garantías que el derecho clásico establecía como “la obligación de transmitir el dominio cuando los sujetos del contrato fueran ciudadanos romanos, juntamente con la existencia de la *mancipatio*, la facultad del pretor de exigir la constitución de una garantía frente a una posible evicción; la *exceptio rei venditae et traditae*, ante una posible reivindicación del propietario-vendedor; la acción *publiciana* encaminada a hacer adquirir la propiedad por usucapión y la *exceptio doli*, en los supuestos que era admitida”, vislumbran la finalidad traslativa que tenía la compraventa en el derecho romano. Vid. CECCHINI, La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa, op. cit., p. 23.

(31). En base a la naturaleza de las acciones contractuales de los juicios de buena fe, el dolo tiene en la *emptio venditio* relevancia *ipso iure* tanto en la defensa como para hacer valer las pretensiones derivadas de un comportamiento incorrecto, pero sin incidir en la validez del contrato sólo sobre la responsabilidad del autor del dolo: D. 19, 1, 11, 18. Por tanto, según Salomón, a partir de D. 19, 1, 11, 18, se podría afirmar que vender una cosa a sabiendas es actuar de manera dolosa y que por tanto la obligación genérica del texto *dolo malo purgari* debe tener un contenido algo diferente que *ob evitio* se *obligare* ya que es diferente cuando existe conocimiento de que la cosa es ajena a cuando no existe. SALOMON SANCHO, “La evicción y *Furtum*”, op. cit., p. 19.

(32). Según Wacke, en el caso de que el vendedor venda a sabiendas una cosa ajena responde frente al comprador con la *actio empti* por el interés que tienen éste de haber adquirido la propiedad sin necesidad de un procedimiento previo, y se apoya precisamente en la expresión de Paulo *purgari dolo malo* para hacer esta afirmación. Vid. D. 19, 1, 30, 1 y D. 19, 1, 45, 1. D. 18, 4, 12; D. 18, 6, 5; D. 19, 1, 13, 4; D. 19, 1, 13, 14; D. 19, 1, 26; D. 19, 1, 37; D. 19, 1, 42; D. 19, 1, 51, 1; D. 21, 2, 17; D. 21, 2, 35; D. 42, 8, 9; D. 6, 2, 7, 11; C. 8, 45, 2; C. 8, 29, 1, pr.; C. 7, 33, 6; C. 4, 44, 5, pr.; C. 3, 32, 14. Vid. WACKE, “Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en derecho romano y en derecho comparado”, en SCDR, IV, pp. 157 y ss., en especial, p. 166.

(33). Como afirma Paulo en D. 27, 2, 3, 3, *fides bona contraria est fraudi et dolo*. La configuración de la idea de buena fe, asumida como fundamento de los *iudicia bona fidei*, según García Camiñas, constituye un paso importante en la jurisprudencia romana, ya que implica una referencia a la necesidad de abstenerse de todo dolo en la actuación contractual. Vid. G. CAMIÑAS, “La problemática del dolo en el Derecho romano clásico”, en Derecho Romano de Obligaciones, Libro Homenaje al Prof. Murga Gener, Madrid, p. 950.

(34). Sostiene Salomón que la causa de la evicción es la validez de la venta de cosa ajena, como se pone de manifiesto en D. 18, 1, 28 y C. 8, 44, 3; sin embargo, mantiene la autora, en D. 19, 1, 30, 1 que hace referencia al *dolum malum abesse praestare* se afirma que se considera doloso el comportamiento del vendedor, que a sabiendas vende una cosa que no le pertenece sin advertir de ello al comprador y así el vendedor debe responder frente al comprador con independencia de la evicción. SALOMON SANCHO, “La evicción y *Furtum*”, op. cit., p. 18.

(35). La indemnización que el vendedor debía pagar al comprador por los daños y perjuicios que le hubiera supuesto la pérdida de la plena disponibilidad de la cosa sólo procedía cuando el incumplimiento del vendedor se debía a una conducta dolosa; por el contrario, en los supuestos en que el incumplimiento no era imputable al vendedor, en caso de evicción, éste sólo debería devolver el precio al comprador para compensar la lesión sufrida. Vid. VACCA, “Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica”, en SCDR, VII, 1995, pp. 297 y ss., en especial, p. 301. Le sigue SALOMON SANCHO, “La evicción y Furtum”, op. cit., p. 14.

(36). La posibilidad de ejercicio de la acción de compra en caso de actuación dolosa, se refleja de forma más genérica también en D. 19, 1, 1, 1; D. 19, 1, 6, 8 y D. 12, 4, 16: D. 19, 1, 1, 1.- (ULPIANUS libro XXVIII ad Sabinum).-...omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem; D. 19, 1, 6, 8.- (POMPONIUS libro IX ad Sabinum).- ...nam et dolum malum eo iudicio aestimari oportet, ut id, quod praestaturum se esse pollicitus sit venditor emptori, praestari oporteat; D. 12, 4, 16.- (CELSUS libro III Digestorum).- ...finge alienum esse stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris...

(37). El pactum de non praestanda evictione por el que el comprador renunciaba a la garantía por evicción era lícito, tal y como se pone de manifiesto en D. 19, 1, 6, 9 y D. 19, 1, 11, 8, pero en caso de venta de una cosa ajena, las fuentes dejan sin efecto el pacto, permitiendo al comprador el ejercicio de la actio empti, con base en el quebrantamiento de la buena fe contractual. Vid. A este respecto, ALBURQUERQUE, En torno a la formulación edictal: “Pacta conventa... servato”, Córdoba, 1990.

(38). D. 19, 1, 13 (14), 15.- (ULPIANUS libro XXXII ad Edictum).- Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit; D. 19, 1, 13 (14), 17.- (ULPIANUS libro XXXII ad Edictum).- Idem celsus libro eodem scribit: fundi, quem cum titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes, coactus es communi dividundo iudicium accipere. si socio fundus sit adiudicatus, quantum ob eam rem a titio consecutus es, id tantum emptori praestabis. quod si tibi fundus totus adiudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem titio condemnatus es. sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere: aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. sed si certis regionibus fundum inter te et titium iudex divisit, sine dubio partem, quae adiudicata est, emptori tradere debes; y D. 19, 1, 46 (47).- (Paulus libro XXIV Quaestionum).- Si quis alienam rem vendiderit et medio tempore heres domino rei exstiterit, cogetur implere venditionem.

(39). D. 19, 1, 13 (14), 5.- (ULPIANUS libro XXXII ad Edictum).- Idem iulianus dolum solere a venditore praestari etiam in huiusmodi specie ostendit: si, cum venditor sciret fundum pluribus municipiis legata debere, in tabula quidem conscripserit uni municipio deberi, verum postea legem consignaverit, si qua tributorum aut vectigalis indictionisve quid nomine aut ad viae collationem praestare oportet, id emptorem dare facere praestareque oportere, ex empto eum teneri, quasi decepisset emptorem: quae sententia vera est.

- (40). RUGGIERO, Instituciones de Derecho Civil, II , pp. 254 y ss.
- (41). TALMANCA, “Vendita in generale (Diritto romano)”, en Enc. Dir., XLVIII, pp. 337 y ss.
- (42). Vid. C. 2, 3, 20.- (Iidem AA. et Constantius et Maxinianus Caess. Martiali).- Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. (PP. Kal. Ian. Ipsi V et IV AA. Conss. 293).
- (43). ALBALADEJO, “La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1947, pp. 417 y ss.
- (44). BONFANTE, Scritti giuridici varii, II, Proprietà e servitù, Torino, 1918, pp. 307 y ss. p. 308.
- (45). Afirma BONFANTE que “l’istituzione delle res Mancipi e nec Mancipi era perfettamente adatta e armonica nelle contingenze particolari della vecchia società romana. Ma siffatte condizioni mutarono repentinamente e radicalmente negli anni che succedettero alla guerra Annibalica”, porque según el autor comenzó el tráfico mercantil con extranjeros, inundando Roma de mercaderes y modificando las costumbres de la vieja Roma. Así, disminuye el sentido de la necesidad de realizar trasposos públicos y solemnes de la propiedad, a favor del reconocimiento dominio bonitario. Vid. BONFANTE, Scritti giuridici varii, II, op. cit., p. 321.