

# MISCELANEA

## I

### UNA NOTA SOBRE LA CONTRACTUALIZACION DE LAS ENTREGAS A PRUEBA EN DERECHO ROMANO

La romanística crítica descubrió que la teoría del “contrato innominado” era post-clásica, y rechazó como sospechosas todas las menciones de acciones *in factum* y *praescriptis verbis* que aparecen en los supuestos de los negocios que luego se integraron en aquella categoría contractual. Como en tantos otros puntos, la crítica ha sido superada hoy, no por aceptar sin más el “contrato innominado”, sino por haber descubierto que aquellas acciones pueden ser clásicas en algunos casos, y pudieron servir de precedente clásico de teoría posterior. En otras palabras: por la convicción de que ya en el derecho clásico se observa una clara tendencia a la contractualización de algunos negocios atípicos causantes de obligación. Las dudas todavía abundan. Una referencia al estado actual de la cuestión da Kaser, I<sup>2</sup> § 135, pero la investigación está en gran parte por hacer. En la presente nota, deseo someter un ejemplo que quizá pudiera servir de guía para otros casos. Dado el carácter del actual propósito, prescindiré de discutir la bibliografía pertinente, y procederé partiendo del resultado de algunas reflexiones sobre una de estas figuras contractuales, para irlo justificando en los textos, pues esta forma me permitirá ser mucho más breve que si expusiera todo el camino inductivo recorrido para llegar a tal resultado.

\* \* \*

1. Una entrega a prueba puede entenderse, en primer lugar, como venta consensual perfecta con pacto de resolución a voluntad del comprador, pero dentro de un cierto plazo: una venta con *pactum displicentiae* propiamente dicho.

Ya se sabe que el derecho romano no favorece las condiciones resolutorias (vid. AHDE, 1947, pág. 663), y por eso considera los pactos de este tipo como pactos resolutorios suspensivamente condicionados. Así lo dice claramente Sab.-Ulp. D.18,1,3: *Si res ita distracta sit ut, si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione*. Tan ajeno es el pensamiento de estos juristas a la condición resolutoria,

que de lo que ellos distinguen el *pactum displicentiae* no es de la resolutoria, sino de una simple condición suspensiva (*condicio* sin más) que pudiera afectar a la venta misma y no al pacto de resolución. Se insiste así en que la compra es *pura* y no *sub condicione* (Ulp. D.41, 4,2,5); también Diocleciano (CJ.4,58,4). La construcción es constante para todos los otros pactos resolutorios que puedan insertarse en una venta, todos ellos con un plazo para la resolución.

En este supuesto del *pactum displicentiae*, valen las acciones del contrato: la del comprador, para exigir la devolución del precio al ofrecer la devolución de la cosa dentro del plazo señalado; la del vendedor, para exigir el pago del precio, aunque la cosa se haya perdido, pues el riesgo es del comprador, que hemos de suponer ya propietario.

2. Deja de haber verdadera venta cuando el *pactum displicentiae* que se inserta en ella no tiene plazo. Es explicable: una venta resoluble sin plazo no es una venta, pues no hay seguridad de que pueda llegar a ser definitiva. Esta diferencia entre la venta con un plazo para la resolución y sin él se nos prueba con la mayor claridad en el edicto de los ediles curules, gracias a D.21,1,31,22 y 23 (Ulpiano 1 *ed. aedil. cur.*):

(22) Si quid ita venerit ut, nisi placuerit intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur. Si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emptori ad redhibendum, ultra non. Si vero convenerit ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere. (23) Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeterit; causa cognita iudicium dabitur, etc.

3. Esta acción *in factum* edilicia vuelve a aparecer en un texto de Papiniano (3 *resp.*) recogido en FV.14:

Lege venditionis inempto praedio facto fructus interea perceptos iudicio venditi restitui placuit, quoniam eo iure contractum in exordio videtur, sicuti in pecunia quanto minoris vinierit ad diem pretio non soluto. Cui non est contrarium <quod> iudicium ab aedilibus in factum de recipiendo pretio mancipi <i> redditur, quia displicuisse proponitur: quod non erit necessarium, si eadem lege contractum ostendatur.

Como ya han sospechado otros autores (por el mismo tenor literal), el texto parece presentar un resumen del auténtico de Papiniano. Me inclino a pensar que la *lex venditionis*, a la que se vuelve a aludir al final (*eadem lege*), tenía que ser la de un *pactum displicentiae* con plazo, y que lo que decía Papiniano es que la *actio in factum* de los ediles sólo era necesaria cuando no se había pactado así, es decir, cuando faltaba el plazo, pues cuando había plazo, el comprador disponía de la *actio empti*.

No recuerda nuestro texto actual el término de sesenta días que los ediles daban para la resolución; término, salvable de todos modos, por la *causae cognitio* del magistrado.

4. La duda que puede presentarse es si este régimen de los ediles tenía correspondencia en el derecho pretorio. Papiniano (FV.14) dice expresamente que la *actio in factum* fue “propuesta” por los ediles, y Ulpiano, en el texto anteriormente citado, está comentando el edicto edilicio. De ahí que Lenel (EP. § 293,7) piense en una peculiaridad de ese edicto.

Una acción *in factum* edilicia aparece también (Ulp. D.21,1,31,17) como un complemento de la *actio redhibitoria*, y diferenciada de ella en que no requería la justificación del vicio redhibitorio, sino que procedía por el simple hecho de que el vendedor hubiera aceptado la devolución de lo vendido, pero se negara a devolver el precio que había cobrado (EP. § 293,4). Esta acción, quizá sin el plazo de los dos meses. Podemos pensar, pues, que había una variedad de acciones *in factum* complementarias de la *actio redhibitoria*.

Sin embargo, nada excluye que acciones similares fueran posibles en la jurisdicción pretoria, incluso por recepción del régimen de los ediles, quizá como acciones decretales. En todo caso, también el pretor daba acciones *in factum* cuando no era admisible la *actio empti*. A ello se refiere un texto que a muchos nos pudo parecer sospechoso, pero que quizá sea salvable (Paul. 2 ed.: D.18,5,6):

Si convenit ut res quae venit, si intra certum tempus displicisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.

Esta frase final (*aut-datur*) causa perplejidad, una vez que admitimos la procedencia de la *actio empti* para el comprador con *pactum displicentiae* con plazo. Podría pensarse, sí —por la mención de Sabino—, en una contraposición de opiniones entre las escuelas, pero también cabe pensar que esta acción *in factum* se daba cuando el pacto carecía de limitación temporal, y que la referencia a esta razón diferencial ha caído en la actual versión del texto de Paulo. Sea como sea, allí donde hay dificultad para ver una venta perfecta, allí se recurre a la *actio in factum* para que el comprador pueda exigir la devolución del precio a cambio de la cosa que no le gusta.

5. Si dejamos a un lado la venta perfecta, cabe todavía pensar en una venta *sub condicione* (suspensiva). Este otro negocio era muy posible, y las Instituciones de Justiniano 3,23,4 nos lo presentan como tal:

Emptio taam sub condicione quam pure contrahi potest: sub condicione veluti “si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot”.

Se ha pensado que Justiniano ofrecía aquí otra configuración distinta del *pactum displicentiae*, quizá la más antigua, recibida a través de una fuente desconocida (quizá el Gayo “seguidor de antiguas opiniones”). Pero lo que aquí tenemos es un tipo distinto de venta no con *pactum displicentiae* (pacto resolutorio), sino *sub con-*

*dicione*, de modo que la venta no se perfecciona hasta que el comprador declara su aceptación.

Otra venta condicional tenemos en un caso algo similar: cuando la perfección de la venta depende de que se cumpla un hecho sin el cual no tendría interés la compra; por ejemplo, la compra de una *bibliotheca* (quizá mejor los armarios de *volumina* que el conjunto de los mismos libros) a condición de obtener el permiso administrativo para abrir al público una sala de lectura. Este es el caso propuesto por Labeón y referido por Ulpiano 11 *ed.*: D.18,1,50. Si la condición no se cumple porque el futuro comprador no hace la gestión necesaria para obtener el permiso, Labeón concede al vendedor la *actio praescriptis verbis* para exigir el precio; Ulpiano, considerando que la condición no se ha cumplido por falta de actividad del comprador, da la venta por perfecta como si la condición se hubiese cumplido (el mal llamado “cumplimiento ficticio” de la condición), y, en consecuencia, concede la *actio venditi* para exigir el precio. De esta *actio praescriptis verbis* se ha dudado, pero no creo que deba ser eliminada. Menos segura me parecería la acción de venta, pero tampoco creo que deba ser ésta censurada.

6. En la medida en que no hay venta, el problema está en determinar la relación que existe entre las partes durante ese intervalo precontractual, que en el texto citado de las “Instituciones” parece temporalmente limitado, pero que nada impide imaginar sin plazo, pues, no habiendo venta todavía, no hay dificultad para admitir la prolongación del estadio precontractual.

Una posible configuración del momento de pre-compraventa era la de una especie de arrendamiento, de suerte que, si el comprador no quería comprar, quedara en una posición similar a la de un arrendatario de lo no-comprado. Este es el caso que presentaba Mela y que Ulpiano refiere (30 *ad ed.*) en D.19,5,20,1.

Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerit ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. Et ait Mela interesse utrum emptio iam erat contracta an futura, ut si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur; sed non exprimit de actionibus. Puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari (cfr. § pr.: *et puto verius esse praescriptis verbis agendum*).

7. La alternativa entre compraventa (*pretium*) y arrendamiento (*merces*) recuerda la de Gai.3,146, a propósito del negocio mixto de venta de los gladiadores muertos o inutilizados y arrendamiento de los que se puedan devolver sanos. Sólo que en el ejemplo de Gayo la alternativa, bajo condición contraria, es entre acciones de compraventa y acciones de arrendamiento, en tanto aquí la alternativa se

presenta de otro modo, y no creo debamos pensar que la solución de Mela-Ulpiano era la misma de Gayo y haya sido borrada por interpolación. Aunque el texto no sea del todo puro, parece que la solución era distinta.

Se explica la diferencia con el caso de Gayo, pues, en el caso de los gladiadores, la alternativa tenía un plazo de decisión previsible (por el mismo espectáculo al que aquellos se destinaban) y la condición era objetiva (la muerte o inutilización de los gladiadores), en tanto en el caso de la prueba de las mulas presentado por Mela, el tiempo no estaba claramente delimitado y la condición (*si placuissent*) era muy subjetiva. Únicamente podía concebirse que el negocio fuera de venta con una posible resolución por devolución de las mulas más el alquiler de los días que duró la experiencia, que se suponía de breve tiempo, y en tal caso, procedía la *actio venditi* para reclamar el precio, puesto que la desaparición de las mulas hacía imposible su devolución. Pero si no hay venta perfecta (con pacto resolutorio), se da una acción que, por el reenvío al caso del párrafo anterior (del *desultor*), resulta ser una *actio praescriptis verbis*.

8. La alternativa de Mela-Ulpiano era, por tanto: *actio venditi* (si la venta fue perfecta) y *actio praescriptis verbis* si no hubo venta; nunca *actio locati*, y la exclusión de esta acción tenía razón de ser por la implicación del riesgo, y de un riesgo distinto del de los gladiadores. En el caso de los gladiadores destinados a un juego mortal, el perecimiento era previsible desde el primer momento; en el de las mulas, en cambio, su desaparición era inesperada. De ahí que el tratamiento de ambos riesgos aparezca diferenciado.

En efecto, el caso presenta ante todo el problema del riesgo imprevisto, pues las mulas han sido robadas. Y sorprende un poco, en un primer momento, que Mela dude a este propósito, entre pago de "precio más alquiler" (*pretium et merces*) y pago de sólo alquiler (*merces tantum*); luego se vuelve a hablar del sólo *pretium*: *pretium petatur*. Mommsen proponía eliminar [*et merces*] y dejar una alternativa simple entre precio y alquiler. De todos modos, nos quedaría la falsa impresión de que Mela no resolvía el problema del riesgo contractual.

En mi opinión, la cosa se aclara si no entendemos por *pretium*, la primera vez, el de la compraventa (en cuyo caso sería absurdo acumular el alquiler), sino el "valor" de las mulas desaparecidas. En efecto, un arrendatario de mulas responde por *custodia* y debe abonar, además del alquiler por días que haya tenido aquellas mulas, el valor de las mismas, pues no puede devolverlas; en compensación a cuyo riesgo tendría la *actio furti* contra los ladrones. El planteamiento de Mela debe, en mi opinión, entenderse así: es claro que, si no hubo venta inicial, ya no puede haberla, pero tampoco hay un simple arrendamiento. Si hubiera habido verdadera venta, una vez frustrada la posibilidad de resolución de la misma, procedería la

reclamación del precio de venta (*pretium petatur*), y, como aclara Ulpiano, mediante la *actio venditi*; si no hubo venta, sino tan sólo ese negocio preparatorio, el riesgo sería del vendedor frustrado y sólo podría cobrar el alquiler, y, como aclara Ulpiano, por una *actio praescriptis verbis* (no por la *actio locati*, pues ésta supondría responsabilidad por *custodia*). Como veremos luego, esta liberación de la responsabilidad del que recibió las mulas sólo se explica por entender Mela (y Ulpiano) que el precontrato se hizo en interés del que quería vender las mulas, pues si no fuera así, se habría contratado la venta desde el primer momento, y el riesgo sería del comprador. En otros términos: de no haber venta desde el primer momento, había una cesión temporal especial no asimilable al arrendamiento, pese a la obligación de pagar la merced, precisamente por evitar la responsabilidad por *custodia*. El mismo hecho de que se exigiera un alquiler en caso de no haber venta quería decir para Mela que el negocio se hacía en interés del que quería vender, porque un arrendamiento sin más es en interés de las dos partes, pero un arrendamiento preparatorio de una venta es en interés del vendedor. En esto se ve la diferencia entre el arrendamiento de los gladiadores y la especie de arrendamiento de las mulas que no llegan a ser compradas: en el primer caso el riesgo es total, pues el negocio pasa a ser de venta, y en el segundo no, pues ha sido una venta frustrada.

Ya la misma expresión *tibi dedero* con que se introduce el caso podría insinuar que la iniciativa del contrato partía del que entregó y no del que recibió las mulas.

9. Un accipiente que responde por *custodia* aparece en Ulpiano 28 *ed.*: D.19,5,17,4:

Si, cum mihi vestimenta venderes, rogavero ut ea apud me relinquantur ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime praestaturum: ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.

Es claro que la iniciativa es aquí del accipiente (*rogavero*), y de ahí que responda por *custodia* y no del dolo solamente, ni tampoco de todo riesgo (*periculum*) como ocurre en el caso del que ya ha comprado.

No se dice la acción de que dispone el que entregó, pero creemos que es la misma *actio praescriptis verbis* que se da, a favor del que deja la cosa, en los otros casos ya vistos, o que vamos a ver.

10. En otros textos, esta distinción de la iniciativa contractual como determinante del riesgo se nos presenta sin relación con una compraventa. Así, en las entregas *ad inspiciendum* con un fin que no es directamente de venta, sino, por ejemplo, de tasación, como vemos en Ulp. 29 *Sab.*: D.13,6,10,1:

Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium

exquirere, dolum mihi tantum praestabit, si sui, et custodiam, et ideo furti habebit actionem...

La continuación del texto se refiere al riesgo en el acto de la restitución, que depende de quien haya elegido al portador de la cosa.

Aquí la aproximación del precontrato puede ser al comodato (con responsabilidad por *custodia*), pero esto sólo ocurre cuando la iniciativa contractual es del que recibe y no del que da, pues en este último caso, el accipiente (en cierto modo comparable a un depositario) no responde, es decir, sólo responde por dolo.

El texto no habla de las acciones posibles en uno u otro caso, pero podemos pensar que también es la misma *actio praescriptis verbis*.

11. Que se trata en estos casos de una *actio praescriptis verbis* y no *in factum* parece deducirse de un caso de Papiniano (8 *quaest.*) citado por Ulp. (28 *ed.*) D.19,5,17,2:

. si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit si ignorem ubi sit .

Sigue en el texto una explicación (en la que no vamos a entrar) de cómo, cuando la cosa está en poder del que la recibió y la niega, procede la *actio furti*, a la que se acumuló la *condictio* y la *actio ad exhibendum* (no, extrañamente, la *reivindicatio*).

Luego sigue el texto de Ulpiano con la distinción ya vista:

Secundum haec, si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa sive utriusque, [et dolum et culpam] <custodiam> mihi praestandam esse dico [propter utilitatem, periculum non]; si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum [quia prope depositum hoc accedit].

Del mismo libro 8 de las *quaestiones* de Papiniano tenemos un dato complementario al caso de responsabilidad por *custodia*, en D.47,2,79:

Rem inspiciendam quis dedit: si [periculum] <custodia> spectet eum qui accepit, ipse furti agere potest.

Como en otros textos, la *custodia* ha sido sustituida por la *culpa*. Las otras interpolaciones señaladas en el fragmento 17,2 no son, por lo demás, de excesivo interés. La equiparación al depósito, después de todo, es natural, aunque aparece algo incorrectamente expresada y tampoco muy ajustada la analogía con un caso en el que algún uso de la cosa sí parece haberse cedido. Luego, la referencia a la *utilitas (contrahentium)* evoca la obsesión post-clásica de graduar la responsabilidad "contractual" por ese criterio, lo que, en cierto modo, viene a ser una generalización simplificadora de la distinción del interés o iniciativa propiamente contractual, que sí tenían en cuenta los clásicos.

12. Estas entregas que no se pueden configurar como ventas ni como otro contrato típico, aparecen como "*dationes*". De hecho, aunque pudieran ser verdaderas *dationes (ob rem)*, es decir, con efecto translativo de dominio, no se habla a su propósito de la *condictio* que procede a favor del *dans* (cuando el *accipiens* no tiene una *iusta causa retinendi*), sino de una acción distinta. Dada la provisionalidad mayor o menor que caracterizan estas entregas a prueba o inspección de una cosa, generalmente con vistas a una posible venta, es natural que la hipótesis de verdadera *datio* no sea la que los juristas tienen presente, sino la de simple entrega de tenencia.

Sabemos que en algunos casos de verdaderas *dationes ob rem*, cuyo ejemplo clásico es la permuta, la *condictio* fue sustituida por una *actio in factum* a favor del *dans*, para exigir, no el valor de lo dado, sino el interés de la contraprestación no cumplida. Con esta, acción *in factum*, la *datio ob rem* vino a quedar contractualizada, pues la nueva acción se refería, no ya a una obligación de restituir lo recibido, como en la *condictio*, sino a la contraprestación.

En los casos de verdaderas *dationes*, como decimos, una *actio in factum* vino a suplantar a la antigua *condictio*. Pero la misma contractualización se llevó más allá del ámbito de la *condictio*, es decir, también en casos en los que, a pesar de hablarse de "*dationes*", no había propiamente transmisión de propiedad, sino de simple tenencia. En estos casos, la nueva acción no fue una *actio in factum*, sino una *actio praescriptis verbis*. Sin embargo, hemos visto que también en estos nuevos contratos se habla para algo de acciones *in factum*.

Quizá sea erróneo ver cierta confusión en la nomenclatura post-clásica de las acciones para desprestigiar a la vez toda acción *in factum* y toda acción *praescriptis verbis* que aparezca en este tipo de nuevos contratos, que los post-clásicos van a llamar "innominados". Hace ya tiempo que la actitud hipercrítica ha sido superada en este campo.

Si nos atenemos al tipo de negocio que nos ocupa, podemos observar que la *actio praescriptis verbis* viene a hacer las funciones de una *actio venditi*, en tanto la *actio in factum* viene a hacer las funciones de una *actio empti*: la primera sirve para exigir el precio no cobrado o la devolución de lo entregado; la segunda para exigir la devolución del precio pagado, cuando se había convenido la eventual resolución. Si no me equivoco, esta diferencia puede tener una explicación.

Si llamamos cuasi-vendedor al que ha dado una cosa con vistas a una venta futura o para otro fin similar, y cuasi-comprador al que la recibe con tal convenio, podemos decir lo siguiente: el cuasi-vendedor no ha hecho ninguna *datio* propiamente dicha, en tanto el cuasi-comprador sí ha "dado" el precio que debe recuperar. Sólo en este segundo caso era concebible una *condictio* (como en el supuesto, en cierto modo análogo, de la *solutio indebiti*, en que se conserva), en tanto no podía darse en modo alguno al que había entre-

gado la simple tenencia de una cosa y ahora quería cobrar su precio o recobrar la cosa entregada, según los casos.

13. Así, pues, el resultado que aquí sometemos a consideración puede resumirse así: La contractualización de los negocios atípicos se vale de una *actio in factum*, en lugar de la *condictio*, cuando hubo verdadera *datio*, y de una *actio praescriptis verbis* cuando no hubo verdadera *datio*, sino una entrega de tenencia u otro *facere*.

Esta distinción puede justificar quizá la misma rúbrica de D.19,5: *de praescriptis verbis et in factum actionibus*, que sería temerario entender como simple redundancia.

No se trataba en esta nota de esclarecer todo el problema de los precedentes clásicos de los contratos innominados; tampoco de explicar el nombre de la *actio praescriptis verbis* (posiblemente una *actio venditi* con *demonstratio* especialmente acomodada al caso), sino tan sólo de exponer la posible explicación de un ejemplo de contractualización de negocio atípico, por si puede servir de hipótesis de trabajo para ir esclareciendo aquel complejo problema que tiene planteado la romanística actual.

ALVARO D'ORS