

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**DOBLE VENTA Y VENTA A *NON DOMINO*:
DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO
COMUNITARIO EUROPEO**

**DOUBLE SALE AND SALE A *NON DOMINO*:
FROM THE ROMAN LAW TO THE EUROPEAN
LAW**

María José Torres

Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda la compraventa es el negocio jurídico con más ventajas para facilitar el intercambio de bienes y

servicios, convirtiéndose así en piedra angular sobre la que descansa el tráfico jurídico comercial¹. A la habitualidad del negocio le sigue un *corpus* de problemas para el que los ordenamientos jurídicos, ya desde el derecho romano, arbitran soluciones dispares. De esas cuestiones controvertidas dedicaremos estas páginas a la doble venta y a la venta *a non domino*.

El mismo objeto de estudio propuesto precisa una aclaración terminológica. Porque ¿qué se entiende por doble venta? Con criterios numéricos, *stricto sensu* sólo

¹ Prueba esa importancia, la abundante literatura y jurisprudencia sobre ella, hasta el punto de convertir el estudio de la compraventa en un tema “manido”. Pero la afirmación no tiene valor absoluto: hoy, la, en ocasiones, cambiante jurisprudencia civil, sumada a los intentos legislativos –en buena medida, también, políticos- de unificar el derecho europeo de contratos, ofrece una nueva perspectiva para algunas cuestiones concretas de la compraventa. En el tema que proponemos, las mayores dificultades las plantean la armonización de las legislaciones europeas sobre los modos de transmisión de la propiedad. En los últimos años han aparecido numerosos artículos y monografías que analizan esta nueva perspectiva del derecho europeo de obligaciones y contratos, los problemas planteados por ella y las soluciones propuestas para los mismos. Inútil sería reproducir la bibliografía, nos remitimos, por todos, a ZIMMERMANN, R., *Estudios de derecho privado europeo*, trad. De Vázquez Aloy (Madrid 2000); SÁNCHEZ LORENZO, S., *Vías y límites a la unificación del derecho privado europeo: ‘soft law’ versus ‘hard law’ o Comisión contra Parlamento*, en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (Madrid 2008) 377ss.

debería hablarse de ésta cuando el número de compraventas se redujera a dos; no obstante, la expresión “doble venta” también es válida cuando el mismo objeto se vende múltiples veces.

Los juristas romanos no contemplan específicamente la doble venta, tampoco se trata de ella en el derecho intermedio español hasta llegar al CC, aunque en éste, como recuerda RIVAS MARTÍNEZ, el supuesto encaja a la perfección en el artículo 1473². Idéntico discurso sobre la inclusión de la venta múltiple en los supuestos de doble venta, vale para el Derecho romano porque la solución prevista para ésta se aplica, por analogía, a los casos de venta múltiple.

La segunda cuestión relacionada con el número de ventas hechas se refiere a la condición de propietario o no de los vendedores. Así, un mismo objeto puede ser vendido *i)* por quien no es dueño a dos o más sujetos distintos (un vendedor, dos compradores y dos compraventas) *ii)* por dueños distintos a sujetos distintos (dos vendedores, dos compradores, dos compraventas) *iii)* por el dueño a dos sujetos distintos

² Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *La doble venta a la luz de las nuevas sentencias del Tribunal Supremo*, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 176 (2011) 481-504.

(un mismo vendedor, dos compradores, dos compraventas)³.

Los supuestos *i)* y *ii)* son ejemplos claros de venta a *non domino* en tanto el vendedor carece *ab initio* de la condición de propietario. Más dudoso, al menos en Derecho romano, resulta el supuesto *iii)* porque, como es sabido, la transmisión de la propiedad civil de las *res*

³ Proponemos esta enumeración como paradigma en el que las especialidades aparecen por razón de los sujetos contratantes o la naturaleza jurídica del objeto vendido. Así, por mencionar alguna de ellas, venta de un fundo en parte ajeno (Ulpiano 3 *Reg.*- D.41,2,43; Javoleno 2 *ad Plaut.* - D.41,4,4), [sobre esta cuestión, *vid.* MURILLO, A., “*El communium rerum alienatione: a propósito de la enajenación de las cosas comunes efectuadas por uno solo de los condóminos*”, en *AFDUCD.* 12 (2008) 661ss.]; venta de cosas pertenecientes al peculio (Paulo 53 *ad ed.* - D.41,4,2,10). Las soluciones previstas en las fuentes romanas para estos supuestos, aunque su origen sea un contrato de compraventa, se reconducen al cumplimiento de los requisitos exigidos para usucapir. Desde la perspectiva del derecho romano, el cumplimiento de dichos requisitos es el anverso de la protección reconocida al poseedor *ad usucapionem*.

Por su parte, la jurisprudencia del TS también se ha ocupado de alguno de los ejemplos mencionados. La STTS 22 abril 2010 (RJ. 2010,2380) declara la nulidad de la venta sin autorización judicial, hecha por el padre, de bienes, que habiendo pertenecido a la madre, eran heredados por los hijos. A diferencia de los textos romanos, la doctrina jurisprudencial del TS centra el examen de la cuestión litigiosa en la validez o no del negocio dispositivo y no en los requisitos de la usucapión.

mancipi estaba ligada a la realización de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, mientras que la simple *traditio* hecha con la intención de desprenderse de la titularidad sobre la cosa, transmitía la propiedad pretoria o *in bonis habere*. En consecuencia, el *dominus ex iure quiritium* que entregaba la *res Mancipi* podía después manciparla; en ambos supuestos, al menos, formalmente, como quien entrega –con la intención de desprenderse de la titularidad- es el dueño de la cosa, debería considerarse como una venta *a domino*⁴. Esta interpretación formal no se acomoda a la paulatina relajación de los modos de transmisión de la propiedad, y pierde totalmente su sentido con el reconocimiento de la acción publiciana⁵; por eso, aunque el *mancipio*

⁴ Ulpiano 76 *ad ed.* en D.44,4,4,32 y D. 6,1,72, y Pomponio 2 *ad Plaut.*- D.21,3,2 tratan de un caso parecido a éste. La protección del adquirente *a non domino* por *traditio* frente al adquirente *a domino* por *mancipatio* hace prevalecer la *possessio ad usucapionem* sobre la propiedad civil. La solución prevista por Ulpiano y Pomponio se justifica –según algunos autores, KOSACHAKER, P., “Fr.4.32 D.44.4 Contributo alla storia della convalida nel diritto romano” en *IURA*. 4 (1953) 1ss.- porque la primera entrega *a non domino* queda convalidada cuando el *dominus ex iure quiritium* adquiere esta condición. *Vid. infra* § III.

⁵ Aunque un sector minoritario de la doctrina lo niega, parece que el contenido originario del Edicto Publiciano se limitó a proteger a los adquirentes *a domino* de una *res Mancipi* simplemente entregada cuya justa causa fuera una compraventa. Con posterioridad, el edicto publiciano experimentó dos ampliaciones –cuestión distintas es si éstas fueron sucesivas o simultáneas-

dans sea titular de un derecho formal de propiedad, en la práctica, realiza un negocio *a non domino*⁶, con lo que, en este punto, se supera la tensión entre derecho civil y derecho honorario.

Con la primera, se permitió el ejercicio de la acción real cuando la *traditio* tuviera otras justas *causae* distintas de la compra venta. La segunda ampliación supuso la protección del adquirente *a non domino* privado de la disponibilidad física de la cosa. A ésta última se reconduce la doble venta *a non domino*. Su interés práctico está en las consecuencias que para los compradores tiene la protección de uno de ellos en perjuicio del otro que adquirió en idénticas condiciones y, por tanto, con el mismo derecho a servirse de los mecanismos jurídicos previstos para la tutela de sus legítimos intereses. Pero la “no protección” no implica “desprotección”, de ahí que se arbitren soluciones para resarcir o, al menos, paliar los perjuicios derivados de la falta de protección en “primera instancia”.

⁶ En el derecho civil español el problema de fondo se plantea en los casos de venta de bienes inmuebles cuando el vendedor, titular registral y, por tanto, verdadero dueño, realiza dos compraventas. Los fallos de la jurisprudencia “aprovechan” la resolución de estos casos para diferenciar los casos de venta de cosa ajena y doble venta. Así la ST 5 de mayo 2008 (RJ 2008, 5502) declara expresamente: “la doble venta se da en el supuesto de que la misma cosa sea vendida a distintos compradores, pero ninguno de ellos ha llegado a adquirir la propiedad; si alguno de ellos la adquiere, se planteará el caso de venta de cosa ajena. Así, el artículo 1473 del Código civil soluciona quien deberá ser el adquirente, si se ha vendido la

En las fuentes romanas encontramos numerosos textos que tratan de una venta *a non domino* pero con poder de disposición sobre la cosa por parte del vendedor; un número menor de fragmentos referidos a la venta *a non domino* sin poder de disposición; muy pocos que tratan de la doble venta hecha por el propietario, y sólo dos que tratan específicamente de la doble venta *a non domino*. En cuanto a la *sedes materiae* del grueso de los textos, el examen se centra en su mayoría en cuestiones derivadas o, con la responsabilidad por evicción o, con la concurrencia de todos los requisitos necesarios para usucapir. Los casos de doble venta ajena aparecen tratados, uno, en el título dedicado a la acción Publiciana, por tanto, en el ejercicio de una de las acciones reales que protegen el derecho de propiedad. El otro, en las acciones de la compraventa, aunque, con después veremos, trata también del ejercicio de la acción Publiciana⁷.

cosa a varias personas y todavía ninguna de ellas la ha adquirido". En todo caso, la doble venta y la venta de cosa ajena no necesariamente se excluyen sino que, como afirma CUENA CASAS "*Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del TS*", en *RCDI*. 2010, 2911, operan como círculos concéntricos. Vid. también SANSÓN RODRIGUEZ, M.V., *La transmisión de la propiedad* (Barcelona 1998) 23 ss.

⁷ En España, hoy en día, las cuestiones procesales más importantes se centran en la protección real del adquirente. Pero la protección civil no excluye la responsabilidad penal de la venta de cosa ajena (art. 251.1 Código Penal tipifica como estafa la

II. LA VALIDEZ DE LA VENTA A *NON DOMINO*

En derecho romano la validez de la venta de cosa ajena es una consecuencia de la naturaleza consensual y obligacional del contrato de compraventa, de ahí que el vendedor no esté obligado a transferir la propiedad de lo vendido, pero sí a entregar la posesión libre (*vacuam possessionem tradere*)⁸.

Las palabras de Ulpiano 61 *ad Sab.* - D.18,1,28 no deja dudas sobre la validez de la venta hecha por quien no es propietario:

*Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest*⁹.

El argumento principal del pasaje es la venta de una cosa ajena. Como se deduce de las palabras *nulla dubitatio est*, la validez de la misma no debió plantear

enajenación de cosa ajena).

⁸ Cfr. Ulpiano 34 *ad Sab.*- D. 18,1,25,1: *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit.*

⁹ BESELER, “*Romanistische studiem*”, en *ZSS.* 8 (1928) 288 propone la cancelación de *nam – fin*, y la sustitución de *distrahere quem posse* por *distrahi posse*.

controversia alguna¹⁰, pero esa validez tampoco evitó que el comprador se viera privado de la cosa bien, cuando el propietario, tras el ejercicio de la acción reivindicatoria, consiguiera recuperar aquélla, bien cuando, por ejemplo, para poder hacer efectivo el crédito sobre el objeto hipotecado, el acreedor hipotecario legitimado con la correspondiente acción reipersecutoria, obtuviera su restitución.

Por las razones ya dichas acerca de la naturaleza del contrato, la validez de la compraventa de cosa ajena, incluso sin poder de disposición, es incuestionable. Pero, centrándonos en el pasaje de Ulpiano, el hecho de que, al menos hipotéticamente, en algunas situaciones al comprador se le prive de la cosa adquirida, suscitaría la duda de si Ulpiano trataría de un vendedor no propietario, pero con poder de disposición, o si se referiría al supuesto marco de venta *a non domino*. El pasaje aparece en la *Palingenesia* en el título dedicado a la *actio furti*, concretamente en el nº 2874. A D.18,1,28 sigue D.13,7,4 también de Ulpiano, aunque su colocación en la *Palingenesia* sea bajo otra rúbrica¹¹, donde se declara la validez de la venta del objeto

¹⁰ Aunque DAUBE, D., "*Generalisations in D.18,1, de contrahenda emptiene*", en *Studi Arangio Ruiz I* (Milano 1953)186ss., considera el texto interpolado, atribuye la generalización de la regla a Justiniano.

¹¹ En el *ius civile*, preferentemente los textos proceden de los comentarios a Sabino.

pignorado hecha por el acreedor pignoraticio, aunque deudor y acreedor no hubieran convenido su enajenación.

D.13,7,4 Ulpiano 41 *ad Sab.*: *Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.*

En este contexto, podría decirse que el inciso inicial de D.18,1,28 es la consecuencia del régimen previsto por Ulpiano para la venta de cosa pignorada. Aunque este régimen, y sus consecuencias pueden aplicarse al resto de supuestos de venta *a non domino*. De esta manera, aunque D.18,1,28 tratara exclusivamente del *pignus*, la validez de la venta de cosa ajena se extendió al resto de ventas, tomando dicha validez la naturaleza de principio general¹².

¹² El inciso final de D.13,7,4 donde aparece tipificada como hurto la venta de la cosa pignorada hecha contra el acuerdo de las partes, no resta validez a dicha venta. Por no incidir en la cuestión de fondo de nuestro estudio, prescindiremos de un estudio detallado. Sin embargo conviene recordar que la

Hasta aquí el tratamiento previsto en las fuentes romanas sobre la venta de cosa ajena. A partir del S. VI d. C., en el derecho español, encontramos una cambiante regulación sobre la misma, aunque en la misma hay una combinación de los regímenes de la venta *a non domino* en derecho clásico y postclásico. Citaremos sólo los preceptos más significativos¹³.

El *Codex Euricianus* no admite la venta *a non domino*:

289: “*Cuando se mueve pleito sobre una cosa que fue vendida, si costare que era ajena no tenga el dueño perjuicio alguno. 2. Y el que se atrevió a vender lo ajeno pague el doble al dueño, devolviendo además al comprador el precio que recibió*”.

Por su parte, el Fuero Juzgo 5,8-9 no sanciona expresamente la validez o prohibición del negocio, sino

calificación como *furtum* no debió ser la propia del derecho clásico, en cambio, en algunos rescriptos encontramos ya esa tipificación (cfr. C.6,2,16; C.7,26,1; C.7.26.7; C.6,26,6); este régimen es el que se recoge en la legislación posterior.

¹³ Un estudio detallado de la legislación hasta llegar al CC., en MÉNDEZ APENELA, E., *La venta de cosa ajena*, en *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, Vol.5 (Madrid 1987) 511ss.

que se limita a recordar las consecuencias de vender una cosa ajena:

"Si alguno vende o da cosas ajenas, el comprador no debe sufrir ningún perjuicio, pero aquel que lo vende o da deberá pagar el duplo de lo que recibió por parte del comprador al señor o dueño de la cosa, además de devolver el precio al comprador".

Estos textos encajan mejor en la regulación propia del derecho postclásico donde la tipificación como hurto prevalece sobre la declaración de validez de la venta de cosa ajena¹⁴.

A pesar de que estos fragmentos no recojan una declaración expresa sobre la ineficacia de la venta a *non domino, sensu contrario* debemos pronunciarnos sobre su consideración como tal.

En el mismo sentido se pronuncian las Partidas, aunque aquí si encontramos una declaración expresa sobre la validez de la venta de cosa ajena. En P.5,5,19, a esta declaración siguen las consecuencias de su realización para comprador y vendedor:

"Cosa agena vendiendo vn ome a otro, valdra la vendida. Pero aquel que tal compra faze, o sabe

¹⁴ También la *Lex Visigothorum* 8,5,8, tipifica como hurto la venta de un animal ajeno errante.

que aquella cisa, que assi compra, que no es de aquel que gela vende, o creya que es suya. E si sabe que es agena, maguer que la torne después por juicio a aquel cuya es, non es tenuto el vendedor de tornarle el precio; fieras, si quando gela vendio, se obligo que lo tornasse, si aquel cuya era aquella cosa la demandasse, e la cobrasse. Mas si non supiesse el comprador que era la cosa agena quando la compro, entonce non sería el vendedor tenuti tan solamente de pechar el precio, mas todos los daños, e los menoscabos que le viniesen por razon de aquella vendida que le fizo”¹⁵.

En el derecho positivo español la validez de la venta de cosa ajena se reconoce implícitamente en el artículo 1473 del CC: *“Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. 2 Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. 3. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre*

¹⁵ Un estudio detallado de la compraventa en las Partidas en ARIAS RAMOS, J. –ARIAS BONET, J.A., *“La compraventa en las Partidas”*, en *Centenario de la Ley del Notariado I-II* (Madrid 1965) 341ss.

que haya buena fe". También en el artículo 34.1 LH: *"El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro"* ¹⁶.

Por último haremos una referencia al régimen previsto en alguno de los ordenamientos europeos.

Mientras el derecho francés (art. 1599 Code: *"la vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui"*) se pronuncia

¹⁶ Doctrina y jurisprudencia han mantenido opiniones contrarias acerca de la validez o invalidez de la venta de cosa ajena. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *"La venta de cosa ajena: distinción de supuestos"*, en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft*. (Madrid 2012) 46ss., hace un resumen de los argumentos esgrimidos por unos y otros. A pesar de la opinión minoritaria de quienes defienden la nulidad del contrato de venta de cosa ajena, lo cierto es que el origen romano de la venta cosa ajena influye decisivamente en la validez de la misma en nuestro derecho positivo. No obstante, como ya hemos apuntado, la relación entre el art. 1473 CC y los art. 434 CC y 34 LH continúan siendo objeto de polémica.

claramente por la nulidad de la venta, en el italiano (art. 1478): “*Si al momento del contrato la cosa venduta non era proprietà del venditore, questo è obbligato a procurare l’acquisto al comprador*”). El §435 del BGB equipara la venta *a non domino* a un vicio jurídico cuando en el registro aparece inscrito un derecho inexistente.

Se explica la dispar regulación en la distinta evolución de los sistemas de transmisión de la propiedad en derecho europeo.

En cuanto al futuro derecho europeo de contratos, el *Anteproyecto de ley de armonización del derecho de obligaciones y contratos* el artículo 1303: “*No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de la celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo*”. Quiere ello decir que la pretensión es la de considerar como válida la compraventa de cosa ajena. Validez que, *de momento*, no obstaculiza la obligación de saneamiento por evicción¹⁷.

¹⁷ Acerca del intento de suprimir esta obligación en el futuro derecho europeo de contratos, *vid.* DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., “*Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento*”, en *Cuestiones sobre la compraventa cit.*, 195 ss.

III. LOS SUPUESTOS EN LAS FUENTES ROMANAS

Como hemos mencionado *supra* sólo dos textos se ocupan de la doble venta *a non domino*. Se trata de D.19,1,31,2 Neracio 3 *Membr.* y D.6,2,9,4 Ulpiano 16 *ad ed.* Ambos juristas coinciden en proteger al mismo sujeto cuando los compradores adquieran por separado de la misma persona, sin embargo, discrepan en el régimen aplicable cuando la compra se hace a sujetos distintos.

Además de exponer los argumentos de por qué estos juristas mantuvieron el criterio de la prioridad en la entrega (primer supuesto), el problema central de los dos fragmentos es averiguar la razón –pues los textos nada dicen al respecto- del distinto criterio para el segundo supuesto y, por añadidura, si éste obedece a una simple discrepancia doctrinal, a un *ius controversum* entendido en sentido amplio, o, si la distinta solución encuentra su justificación en que el supuesto de hecho tratado en ellos también lo era.

Comenzaremos con una referencia a la enajenación de *res nec Mancipi*; ésta no plantea ninguna dificultad porque como recuerda Gayo 2,20, el adquirente se hará inmediatamente propietario de lo recibido:

Itaque si tibi uestem uel aurum uel argentum tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

La inmediata adquisición de la propiedad de las *res nec mancipi* supone reconocer a la compraventa, donación o *alia causa* “efectos reales”, por eso, en nuestro caso, una segunda venta tendría la consideración de venta *a non domino*, válida conforme a la declaración general de D.18,1,28, pero en la que al vendedor, al no poder cumplir con su obligación de entrega, se le exigiría responsabilidad con la correspondiente acción negocial.

En los dos textos donde se trata de doble venta *a non domino* no se menciona la naturaleza de la cosa vendida, pero sí el régimen aplicable:

D.19,1,31,2 Neracio 3 *Membr.:* *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*¹⁸. *si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.*

D.6,2,9,4 Ulpiano 16 ad ed: *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit*¹⁹. *et iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si adiversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.*

Salvo el inciso final de D.19,1,31,2 donde Neracio se ocupa de la doble venta por separado hecha, una, a *non domino* y, la otra, a *domino* -en cuyo caso, se

¹⁸ *Cui primum tradita <res> est*, es válido cuando sólo uno de los compradores reciba la posesión. A juicio de d'ORS, A., *Derecho privado romano* (Pamplona 2008) §178 n.2, la inserción innecesaria *traditaque <utriusque> est*, de Mommsen crea dificultades de interpretación para el supuesto de compra de dos vendedores no propietarios distintos; más probable –añade– *traditaue <res> est... qui prior <rem> adprehendit*.

¹⁹ MOMMSEN sustituye *tantum emit* por *eam tantum tenet*. Propone la sustitución de *tantum emit* por *prior emit*, BURDESE, A., *Editto Publiciano e funzioni della compraventa romana*, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990 (Milano 1991) 123.

protege al propietario *is omnimodo tuendus est*²⁰, la *quaestio iuris* de ambos pasajes es a quién se protege en una doble venta *a non domino*. Neracio y Ulpiano coinciden en proteger a quien primero hubiera recibido: *qui prior ius eius adprehendit* (D.19,1,31,2); *potior sit cui priori res tradita est* (D.6, 2,9,4). Criterio de protección al primer adquirente mantenido también por Neracio cuando la compra se hace a sujetos distintos; en cambio, Ulpiano, a quién la opinión de Juliano *vera est*, se pronuncia en favor de proteger al poseedor actual.

Para explicar el distinto criterio quizá resulte útil examinar las similitudes y diferencias de los dos pasajes por si aquéllas y éstas aportan algún argumento capaz de justificar la disparidad de opiniones.

Tanto Neracio como Juliano/Ulpiano tratan de una compraventa hecha, dice el primero, *sine dolo malo*, con *bona fide emnetibus*, según Ulpiano²¹. Y buena fe

²⁰ La protección del adquirente *a domino* es lógica porque sólo éste puede transmitir el dominio. La no disponibilidad física de la cosa no impide que el ejercicio de la acción Publiciana no prospere, porque, como recuerda Neracio 3 *membr* en el comienzo de D. 6, 2,17: *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur (...)*.

²¹ Los artículos 1473 CC y 32 Ley Hipotecaria, explícitamente, no exigen de los adquirentes buena fe en la venta múltiple de

hay, entiende Paulo 8 *ad Sab.* - D.18,1,27, cuando quien compra cree hacerlo de quien es dueño del objeto adquirido:

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.

La buena fe es un requisito –convertido con posterioridad en Principio General del Derecho-, exigido no sólo en ciertos casos de usucapión, sino también, en lo que atañe a nuestro estudio, para ejercitar la acción Publiciana. El anverso de la exigencia de la buena fe en el comprador, supone no atender la reclamación de quien, a sabiendas, compra de un no propietario²².

Pero la buena fe la tienen tanto quienes compran del mismo sujeto, como quienes compran de sujetos distintos. En cuanto a la buena fe del enajenante, no

bienes inmuebles, sin embargo hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia sobre su exigencia en el momento en que el comprador pretenda inscribir en el Registro.

²² Cfr. Ulpiano 16 *ad ed.* - D.6,2,7,16-17: *Praetor ait: " qui bona fide emit. " non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.*

parece defendible la opinión de GIMMERTHAL de negársela a uno de los enajenantes para explicar el distinto criterio²³. A su juicio, la buena fe se les presume a los enajenantes mencionados en el texto de Neracio, pero no a los que se refiere Ulpiano/Juliano en D.6,2,9,4.

A nuestro juicio, este argumento debe rechazarse, no sólo porque el requisito de la buena fe ya no era imprescindible, sino porque GIMMERTHAL, que no habría entendido que el pasaje era materia de *ius controversum*, presupone actitudes en los enajenantes que de ningún modo se dejan entrever en el fragmento. En todo caso, como hemos dicho, la mala fe ni perjudica, ni priva al adquirente del ejercicio de la acción publiciana, pues de otro modo el propósito inicial de la acción publiciana de proteger las adquisiciones no formales en aras de una mayor agilidad del tráfico jurídico, se distorsionaría.

En ninguno de los pasajes se hace alusión al pago del precio como presupuesto del ejercicio de la acción negocial, requisito rescatado por algunos autores para justificar la protección de quien hubiera pagado frente al que no lo hubiera hecho²⁴. Sobre el mismo cabe decir que su exigencia como presupuesto de la adquisición

²³ GIMMERTHAL, cit. por CARUSI, E., *L'azione publiciana* (Roma 1889) 193.

²⁴ *Vid. infra* § III.

de la propiedad, tampoco es propio del derecho clásico donde la adquisición de aquélla aparece ligada a la celebración del correspondiente negocio traslativo de dominio y no, al cumplimiento de la obligación principal del comprador²⁵. Pero es que, además, admitir este argumento avoca a dar por cierto que, comprando a sujetos distintos, quien es protegido por ser el poseedor actual es, además, quien ha pagado el precio. Circunstancia ésta última que no tiene por qué ajustarse a la realidad desde el momento en que la compraventa, como negocio obligacional, no exige una secuencia preestablecida para el cumplimiento de las obligaciones. Incluso si la exigencia del pago del precio fuera el requisito para proteger a un comprador frente al otro, ¿qué razones justificarían la protección a quien primero hubiera recibido cuando la compra se hace al

²⁵ Hay acuerdo entre la doctrina sobre el origen postclásico de la regla contenida en l. 2, 1,14, cuya formulación, como señala ARANGIO RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*² (Napoli 1954) 307, está influida por tradiciones helenísticas. Sin embargo, la cuestión no alcanza la categoría de principio universalizable. Vid. por todos ROMANO, S., *Nuovi studi sul trasferimenro della proprietà e il pagamento del prezzo nel compraventa romana* (Padova 1937).

Aunque el art. 653.1 LEC exige el pago del precio en los casos de ejecución forzosa sobre bienes inmuebles, lo importante es la entrega efectiva y no la consignación de las cantidades (art. 626 y 627 LEC) Sobre el pago del precio en la ejecución forzosa de bienes inmueble, vid. art. 670 LEC.

mismo sujeto? ¿acaso éste también fue el primero en pagar el precio?

Por tanto, a nuestro juicio, también hay que desechar este criterio para explicar la divergencia entre D.19,1,31,2 y D. 6,2,9,4.

La coincidencia más significativa entre los juristas que tratan de la doble venta *a non domino* es el régimen previsto cuando los compradores adquieran del mismo no propietario. Todos se muestran de acuerdo en proteger a quien primero hubiera tomado la cosa, es decir, -aclara Neracio- a quien primeramente le fuera entregada la cosa²⁶.

Coinciden los dos fragmentos en no dar las razones del mismo, ni tampoco en mencionar el remedio procesal concreto para el que estaría legitimado el sujeto a quien se protege.

²⁶ Obviamente, a la entrega efectiva, se equiparan los actos equiparados a dicha entrega. El mismo sentido subyace en el art. 1462 CC: "*Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato si de la misma escritura no resultare o se dedujese claramente lo contrario*". La prioridad en la posesión es el criterio previsto en el art. 1473 CC para la doble venta de cosas muebles.

Examinemos con más detalle esta última cuestión. Al no celebrarse un negocio apto para la transmisión del *dominiun ex iure quiritium* de una *res Mancipi*, ninguno de los compradores adquiere la condición de propietario civil; sin embargo, quien tuviera la disponibilidad física de la cosa sí estaría en disposición de usucapir. Dándose esta situación, qué acciones o, en su caso, excepciones podrían invocar los sujetos.

Desde la perspectiva de la compraventa, sólo el comprador que no hubiera recibido en el plazo acordado estaría legitimado para el ejercicio de la *actio empti* con la que exigir responsabilidad al vendedor. Acción negocial para la que también estaría legitimado el comprador privado de la cosa: del vendedor exigiría responsabilidad por no cumplir éste con la obligación de proporcionar la *vacua possessio*.

La *sedes materiae* donde los compiladores insertaron las palabras de Neracio, avala esta explicación. La mayor parte de fragmentos que acompañan a D.19,1,31,2 tratan cuestiones relacionadas con la compraventa. El fragmento de Neracio se presenta así como un buen ejemplo de la responsabilidad por evicción exigida al vendedor cuando el comprador no pudiera disponer del objeto comprado. Puede que los compiladores se hubieran fijado exclusivamente en la mención de la compraventa

para incluirlo en el título *de actionibus emti et venditi* “pensando” que el eje central del texto era resolver las controversias entre comprador y vendedor; controversias, en definitiva, reconducibles a la responsabilidad contractual.

Sin embargo, el criterio de Neracio y Ulpiano de proteger a quien primero hubiera recibido, no encaja con la exigencia de responsabilidad al vendedor. Razón de ello es que esas reclamaciones tienen una tramitación independiente, de tal forma que el carácter, llamémosle, personal y subjetivo, de la reclamación hace inviable un conflicto de intereses entre los compradores. En otras palabras, la exigencia de responsabilidad por evicción no exige proteger a uno sobre otro.

Por tanto, si el problema de fondo no es la responsabilidad por evicción, es claro que el remedio procesal no pueden ser las acciones contractuales.

El régimen de protección previsto se entiende mejor si pensamos en el ejercicio de una acción real que, obviamente, al no existir propiedad civil, no puede ser otra que la publiciana²⁷.

²⁷ Aunque tampoco sería extraño pensar en el ejercicio de un interdicto posesorio. Pero la utilización de éste sólo sería posible en el texto de Neracio, porque en el de Ulpiano se menciona

Dos argumentos justificarían que Neracio tratara de la acción real: al primero de ellos, como acabamos de ver, se llega por eliminación. Efectivamente no puede tratarse de la *actio empti* o, en general, del ejercicio de cualesquiera acciones personales, porque a los compradores se les legitima frente al vendedor con independencia de quién y cuándo se hubiera recibido la cosa.

El segundo argumento se deduce tras revisar el contenido de la obra de la que procede D.19,1,31,2. En *Paling.* nº 16 encontramos otro texto del mismo jurista y con idéntica procedencia (3 *Membr.*), recogido por los compiladores en D.6,2,17:

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio "si ea res possessoris non sit": sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

Recuerda Neracio qué finalidad no fue la perseguida cuando se reconoció la acción Publiciana: el propósito no fue privar al propietario de la cosa, sino proteger al que compró de buena fe y, por esta causa,

expresamente la acción Publiciana.

obtuvo la posesión de aquélla. Expresamente no se dice en el texto, pero en las palabras de Neracio, subyace la utilización de la prioridad en la posesión para avalar la protección de quien primero hubiera recibido.

A la acción Publiciana se refiere expresamente Ulpiano y, según lo dicho, resulta coherente su decisión de proteger a quien primero hubiera poseído la cosa cuando se comprara del mismo sujeto.

Cuestión distinta es describir las situaciones que hacen necesarias invocar el criterio de la prioridad en la entrega. Examinemos brevemente las hipotéticas situaciones.

Así, puede que el tercero tenga la disponibilidad física de la cosa, por lo que cualquiera de los compradores puede pretender su recuperación. Según el régimen que adoptan Neracio y Juliano/Ulpiano, la *datio actionis* para quien recibió primero tiene como reverso la *denegatio actionis* para el que la hubiera recibido. Pero la dificultad de esta situación está en justificar la disponibilidad de la cosa por parte del tercero. ¿Se la entregó el primer adquirente en virtud de otro título jurídico? ¿Se la hurtó el tercero? En ambos casos, el conflicto entre los compradores sólo surgiría

cuando ambos compradores ejercitaran la acción Publiciana contra el tercero²⁸.

El conflicto –y ésta sería otra hipótesis- podría surgir sólo entre los dos compradores, en cuyo caso, aplicando el criterio de la prioridad en la entrega, la acción Publiciana no prospera cuando el demandante no haya recibido la posesión; en cambio prosperaría la acción si, en el momento de su ejercicio, la

²⁸ El ejercicio contra el tercero de la correspondiente acción negocial por parte de quien hubiera recibido primero, como es sabido, no implica la recuperación de la cosa. Mayores dificultades plantea el ejercicio de la *actio fruti* .. pernice mantiene la necesidad de optar entre la acción penal y la reipersecutoria en derecho clásico. Más tarde, le siguen otros autores, entre los que destaca levy, e., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II, 1 (Berlín 1922), y también de francisci, p., *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva* (Milán 1912). Pero no es una cuestión pacífica. A esa tesis se opone, entre otros, voci, p., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (Milán 1939) quien afirma la concurrencia de la acción penal con la acción reipersecutoria aunque reconoce que tanto doctrina como fuentes, se pronuncian en contra. Régimen distinto al de la *actio furti*, a estos efectos, sigue la *condictio furtiva* (cfr. D.47,2,9,1). En todo caso, la cuestión no afecta sustancialmente al fondo del asunto, porque tanto si se ejercita la *condictio* o la acción reipersecutoria –sea ésta o no acumulable a la acción penal- el resultado es idéntico: se protege a quien primero hubiera recibido.

disponibilidad física la tuviera quien no había recibido del vendedor²⁹.

¿Cuál de esas situaciones habría resuelto Neracio? No es fácil dar una respuesta segura porque los pocos textos que hacen referencia al criterio de la prioridad, sirven para todas las situaciones descritas. Como hemos visto, Neracio, en el inciso final de D.6,1,17, recordaba que el propósito de la acción Publiciana era proteger al que primero hubiera recibido, y éste resulta protegido tanto si los dos compradores ejercitan la acción Publiciana contra el tercero, como si el ejercicio se reduce a los dos compradores.

A nuestro juicio, parece que el pasaje de Neracio tendría más sentido si los compiladores lo hubieran insertado después de D.6,2,17.

Hasta aquí las similitudes entre D.19,1,31,2 y D.6,2,9,4. Un régimen distinto es el previsto por Neracio y Juliano/Ulpiano para la compra hecha a sujetos distintos. Mientras Neracio mantiene el criterio de proteger a quien primero hubiera recibido, Ulpiano recuerda - y acepta- el parecer de Juliano *7 dig.* de proteger al poseedor actual. Tampoco en esta ocasión

²⁹ En esta última situación habría que pensar que el comprador ha obtenido la disponibilidad física de la cosa de manera fraudulenta. Sobre la solución procesal, nos remitimos a lo dicho en la nota anterior.

se justifica la protección al actual poseedor en perjuicio de quien hubiera recibido primero, pero el hecho de que Ulpiano invocara como argumento de autoridad la opinión de Juliano –*quae sententia vera est*- confirmaría la falta de unanimidad sobre el particular.

Llama la atención que la distinta solución la mantengan juristas que no están adscritos a la misma escuela jurisprudencial. Precisamente esta circunstancia la invocan algunos autores como ejemplo de divergencia doctrinal entre proculeyanos (Neracio) y sabanéanos (Juliano/Ulpiano)³⁰.

No puede negarse la utilidad de rescatar un argumento hasta cierto punto recurrente para explicar el distinto criterio, sin embargo, aún admitiéndolo a título de hipótesis, no deja de causar cierta extrañeza la ausencia de una mención a esta disputa de escuela, o a las razones esgrimidas por proculeyanos y sabanéanos para adoptar el distinto criterio en otros fragmentos en los que sí hubiera tenido sentido recordar la distinta opinión -v.g en la consideración de la *possessio bonae fide* como requisito de la usucapión-³¹.

³⁰ En este sentido, CARUSI, E., *L'azione publiciana* cit., 192. También VANGEROW cit. por CARUSI, *L'azione publiciana* cit., 192.

³¹ En consecuencia tampoco los autores se hacen eco de esta divergencia con ocasión del estudio de las diferencias y similitudes entre sabanéanos y proculeyanos.

Puesto que el argumento de la divergencia entre escuelas adolece de cierta debilidad para explicar la aparente contradicción, ¿qué otras razones pudieron llevar a Neracio, Juliano y Ulpiano a pronunciarse como lo hacen?

La colocación de D.6,2,9,4 en una secuencia de textos donde Ulpiano examina actos equiparados a la entrega efectiva, podría hacernos pensar que Juliano/Ulpiano hubieran tratado de una *traditio* no realiza efectivamente, por tanto, ambos compradores habrían adquirido. Sin embargo, aun existiendo entrega ficticia, ésta tuvo que producirse en algún momento. Si las entregas no pueden ser simultáneas, pero sí sucesivas, -otra cosa es la dificultad de prueba-, nos encontraríamos de nuevo ante un criterio distinto. Tampoco explica mucho esta conjetura, por tanto, el argumento debe rechazarse por insuficiente.

BURDESE justifica la solución de Juliano recurriendo al pago del precio como presupuesto del ejercicio de la acción publiciana; para ello trae a colación un texto de Ulpiano 76 *ad ed.*- D.44,4,4,32 donde se menciona este requisito:

Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde

titius sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summovertur et, si ipse eum possideret et publiciana peteres, adversus excipientem " si non suus esset" replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet³².

Se trata de dos negocios de compraventa de un fundo hechas por el mismo sujeto a dos personas distintas. La primera venta es *a non domino* pues la titularidad corresponde a Sempronio. No obstante, al comprador, tras pagar el precio, se le hace entrega de la cosa. Después, Ticio, ahora propietario por haber heredado de Sempronio, decide vender la cosa a un tercero (Mevio). La cuestión es cuál de los dos compradores estará protegido. Y es en este punto donde Ulpiano recuerda la opinión de Juliano: a éste le parece más justo la concesión al primer comprador de

³² Sustancialmente el supuesto es el mismo que el previsto por Pomponio 2 *Plaut.* – D. 21,3,2: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summovertur et si ipse Titius eum possideret, publiciana peteres.*

una excepción de dolo, porque –parece añadir Juliano– también Ticio vería paralizada su reclamación con la *exceptio in factum comparata vel doli mali*. Cuando el primer comprador ejercitara la acción Publiciana, una réplica enervaría la *exceptio si non suus esset*, la razón –añade el inciso final– es que la segunda venta es una venta *a non domino*–.

Al margen de la polémica suscitada sobre la supuesta convalidación o no del primer negocio de enajenación *a non domino*³³, BURDESE entiende que el primer adquirente consigue una situación oponible a todos los adquirentes de las (eventuales) y sucesivas transmisiones del enajenante *non domino*, pero frente a todos los terceros³⁴.

³³ Defiende esta teoría KOSACHAKER, P., *D.44,4,4,32* cit., 1ss. Considerar convalidada la primera *traditio* es el mismo criterio invocado en las SSTs 7 abril 1971 (RJ 1971,2272), 30 junio 1986 (RJ 1986,4403); 11 abril 1992 (RJ 1992, 3096), 17 noviembre 1992 (RJ 1992, 9234: desde el momento en que la primera compraventa ha quedado consumada por la entrega del precio y de la cosa, la segunda no existe por la falta de objeto. Claro que esta sentencia, al entender que la doble venta existe cuando la misma cosa es vendida por su dueño a personas distintas, pero ninguno de ellos llega a adquirir; si uno la adquiere, nos encontraríamos con una venta de cosa ajena.

³⁴ BURDESE, A., *Editto publiciano* cit., 124.

En el mismo sentido de BURDESE se pronuncia VACCA³⁵, para quien el pensamiento de Juliano aparece “giustamente correctivo” del expresado por Neracio ya que éste no distinguía los supuestos planteados por Juliano. Es más, el pensamiento de Juliano –añade- se radicaliza hasta el punto de proteger al adquirente a *non domino* frente al tercero que adquiere de quien después se convierte en propietario.

Con estos argumentos no se acaba de entender muy bien la necesidad de recuperar el requisito del pago del precio, máxime cuando dicho requisito se había abandonado hacía tiempo³⁶. Además, hay una diferencia sustancial entre este fragmento y D.6,2,9,4: éste –salvo el inciso final- trata de doble venta a *non domino*, aquél, de una venta a *non domino* y otra a *domino*, de ahí que D.44,4,4,32 debiera reconducirse a ese inciso final de D.19,1,31,2.

¿Pueden ser las situaciones generadoras del conflicto entre los sujetos las que expliquen el distinto régimen? A ellas acude HUSCKE³⁷: mientras Neracio resuelve un proceso de los adquirentes con un tercero,

³⁵ VACCA, L., *Il c.d. duplex dominium e actio publiciana*, en Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990 (Milano 1991) 109.

³⁶ Mucho se ha discutido sobre la exigencia del pago como presupuesto de la adquisición de la propiedad. Nos remitimos a lo dicho en páginas anteriores, *vid.* § II.

Juliano busca una solución a la controversia surgida entre los dos adquirentes.

En páginas anteriores veíamos cómo, *a priori*, los dos adquirentes estaban legitimados para el ejercicio de la acción real contra el tercero que tuviera la disponibilidad física de la cosa vendida. Como el pretor no puede permitir el ejercicio concurrente de las dos acciones, pues no hay litisconsorcio activo, a uno de los demandantes debe negarle la acción, y para ello, al tener el mismo derecho, el pretor para preferir a uno o a otro, habría acudido al criterio de la prioridad en el tiempo tanto si compraron al mismo sujeto, como si lo hicieron a distintos sujetos. Idéntico criterio tendría que haber utilizado Juliano de plantearse la controversia con un tercero, aunque la compra se hubiera hecho de sujetos distintos.

Un cambio de parecer no encontraría justificación, a menos que, por la imposibilidad de probar quien de los adquirentes había recibido primero, fuera necesario utilizar un criterio subsidiario: este nuevo criterio sería el del actual poseedor. Claro que este nuevo criterio, subsidiario del primero, sólo se entendería - también en el supuesto tratado por Neracio- cuando la controversia se plantea entre los dos adquirentes, y no con un tercero.

³⁷ cit. por CARUSI, E. , *L'azione publiciana* cit.,194.

BONFANTE reconoce la lógica del criterio defendido por Neracio, sin embargo –añade- en derecho justinianeo, atendiendo a la sede de D.6,2,9,4 - recordemos, la acción Publiciana-, parece más acertado preferir el criterio de Juliano/Ulpiano. Entiende BONFANTE que el hecho de quedar reducido el ejercicio de la acción Publiciana a la protección de la *possessio bonae fidei*, pudo llevar a los compiladores a mantener una opinión que hiciera hincapié en la situación de hecho, es decir, en la posesión actual, y no en la consideración del derecho de propiedad³⁸. Admitir el argumento de Bonfante, es admitir la reelaboración del fragmento por parte de los compiladores.

Y esta reelaboración de D.6,2,9,4, admitida por algunos autores, se la atribuyen a los compiladores³⁹. Éstos –dicen- habrían recortado el supuesto tratado por Ulpiano. Lo que encuentra difícil demostración es si el autor de la simplificación fue Ulpiano, quien habría rehecho las palabras de Juliano, o es a los compiladores a quienes se les debe imputar la versión definitiva. De haberse llevado a cabo esta reelaboración, el conocer

³⁸ BONFANTE ,P., *Corso di diritto romano Vol. 2 La proprietà* (Milano 1968) 455.

³⁹ En este sentido CARUSI ,E., *L'azione publiciana in diritto romano*, cit., 189 n. 56 entiende que si *duobus quis separatim vendiderit* no hace referencia a la doble venta por sujetos distintos. Sobre qué justifica esta opinión, nada dice.

las circunstancias exactas del supuesto de hecho, sin duda, proporcionaría duda la clave del distinto régimen, pero a falta de argumentos seguros en uno u otro sentido, esta propuesta tampoco parece un argumento, si no, definitivo, al menos, exclusivo.

A nuestro juicio, la divergencia se justifica porque la *quaestio facti* es distinta. En este sentido puede admitirse que Ulpiano recortara el caso tratado por Juliano limitándose a reproducir la solución, pero con el inconveniente de generar entre Neracio y Ulpiano una disparidad de opiniones que, en realidad, pudo no ser tal cuando los supuestos de hecho fueran los mismos.

Cierto que esta explicación exige ir más allá de las palabras recogidas en los fragmentos examinados. Si, por el contrario, nos quedamos en la literalidad de las palabras, tendríamos que admitir que la distinta solución no es sino otro ejemplo de *ius controversum*.