



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN1989-1970

Octubre-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fulltextarticle

Fecha de recepción: 19/06/2022	Fecha de aceptación: 05/09/2022
Palabrasclave: <i>Pactum de retrovendendo, compraventa, pacta adiecta, negocio condicional, efectos ex tunc o ex nunc, fiducia.</i>	Keywords: <i>Pactum de retrovendendo, contract of sale, pacta adiecta, conditional contract, ex tunc or ex nunc effects, fiducia.</i>



PACTUM DE RETROVENDENDO Y SU ESCASO TRATAMIENTO EN LAS FUENTES¹

PACTUM DE RETROVENDENDO AND ITS RARE TREATMENT AT THE SOURCES.

Carlos Varela Gil

Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano

Universidad de Cádiz

carlos.varela@uca.es

ORCID 0000-0001-8618-9112

(VARELA GIL, Carlos. *pactum de retrovendendo y su escaso tratamiento en las fuentes*. RIDROM [on line]. 29-2022. ISSN 1989-1970.p.406-456.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

Resulta paradójico que el *pactum de retrovendendo* (utilizado a lo largo de los siglos como garantía crediticia) haya tenido un escaso tratamiento en las fuentes, a pesar de que Roma careció de un crédito territorial y de un sistema hipotecario tan sólidos como los modernos. Partiendo de esta aparente contradicción, el presente trabajo pretende abordar el alcance y efectos del *pactum de retrovendendo* con el objetivo de poder explicar las causas de su limitada utilización en Roma.

Abstract:

It is paradoxical that the *pactum de retrovendendo* (used over the centuries as a credit guarantee) has not been widely discussed in the Roman sources, despite the fact that a mortgage system as solid as the modern one did not exist in Rome. Starting from this apparent contradiction, this paper aims to address the scope and effects of the *pactum de retrovendendo* with the target of explaining the causes of its limited use in Rome.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Los derechos de adquisición y de preferencia* (PGC2018-094243-B-C22) dirigido por la Profesora M^a Amalia Blandino Garrido.

Sumario: I. Introducción. II. El *pactum de retrovendendo* como condición. III. Las consecuencias del *pactum de retrovendendo*. A) Efectos *ex nunc* o *ex tunc* del cumplimiento de la condición. B) La revocación real u obligacional. IV. La escasa regulación del *pactum de retrovendendo*. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Señala LASARTE que el retracto convencional o compraventa con pacto de retro ha ido progresivamente languideciendo a causa del fortalecimiento del crédito territorial y de la creación del sistema hipotecario moderno. Y tanto lo ha hecho que, según este autor, hoy día el retracto convencional es una figura puramente residual². Si seguimos este razonamiento, *a contrario sensu* en Roma -donde el sistema crediticio no tenía la compleja regulación actual- las compraventas con pacto de retro habrían tenido que ser muy abundantes. Sin embargo, parece ser que no fue del todo así. Sobre todo si tenemos en cuenta que este tipo de pacto apenas aparece contemplado en las fuentes (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el pacto *in diem addictio* o el pacto *de lex commissoria*, a los que el Digesto concede su respectivo título dentro del libro XVIII)³.

² LASARTE, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, 18 ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 202.

³ En relación con la escasa regulación de este pacto en Roma, ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in Diritto romano*, vol.II, 2ª ed., Jovene, Napoli, 1980, pp. 403; RASI, P., *Il patto di riscatto nella compravendita*, Jovene, Napoli, 1959, p. 9.

La escasa presencia del pacto de retroventa en las fuentes romanas no deja de causar cierta extrañeza, especialmente cuando comprobamos que era comúnmente utilizado entre los prestamistas en etapas intermedias⁴. ¿Cuál fue entonces la razón por la que el ordenamiento jurídico romano no le prestó especial atención? ¿Por qué con un sistema de garantías crediticias menos evolucionado que el nuestro, el acreedor, que siempre buscaría mecanismos eficaces con los que asegurar el cobro del crédito en caso de impago por parte del deudor, renunció al pacto de retroventa; un pacto que le permitiría a él, prestamista-comprador, quedarse con la cosa dada en garantía en el caso en el que el prestatario-vendedor no cumpliera con la obligación asumida?

Para poder dar una respuesta mínimamente consistente a estas preguntas, en primer lugar resulta necesario abordar el alcance que tuvo este pacto, su calificación como condición y los efectos derivados del mismo; y en segundo, se precisa conocer los medios existentes en Roma para garantizar la devolución de los préstamos y si el pacto de retroventa con función de garantía pudo ocupar un vacío no cubierto por otras medidas asegurativas.

⁴ Sobre su utilización en la Asturias del s. XVII, GARCÍA SÁNCHEZ, J., "El Derecho Romano en un decreto sinodal ovetense de 1657. Del mutuo seguido de empeño a la compraventa con pacto de retro", *RGDR*, nº 21, 2013, pp. 1, 17 y ss.

En este trabajo nos ocuparemos de abordar todas estas cuestiones con un claro objetivo: explicar la causa por la que las fuentes romanas le prestaron tan escasa atención⁵.

II. El *pactum de retrovendendo* como condición.

Podríamos definir el *pactum de retrovendendo* como el pacto mediante el que el vendedor se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida en un futuro⁶. En este sentido, C., 4,54,2 recoge una

⁵ El tema objeto de análisis ya ha sido parcialmente abordado por el autor en un trabajo anterior: «Huellas romanas del retracto convencional». Sin embargo, en este estudio se introducen importantes aportaciones a lo previamente tratado, que se utiliza como punto de partida para explicar las consecuencias del *pactum de retrovendendo* y las razones de su limitada utilización en Roma.

⁶ En las fuentes romanas no encontramos un nombre para este tipo de pacto, lo que ha provocado que la romanística no termine de ponerse de acuerdo en cuanto a su denominación. En este sentido, algunos -entendiendo que lo que se deshacía era la compra- lo han llamado pacto de *retroemendo* (D'ORS, ARANGIO-RUIZ, FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO, etc.); otros -considerando que lo que se resolvía era la venta- lo han denominado pacto de *retrovendendo* (BIONDI, SERAFINI, IGLESIAS, FUENTESECA, PANERO, ÁLVAREZ, etc.). En relación con todo ello, BLANCH intenta buscar el origen de la palabra explicando que en derecho común es difícil encontrar un autor que se refiera a este pacto con la denominación de pacto de *retroemendo* o de redimento. Así -señala- TIRAQUELLUS, uno de los juristas del s.XVI que mayor interés mostró por este pacto, indicaba que la denominación más común de este pacto era la de pacto *retrovendendo* o de *revendendo*, a pesar de que él optara por utilizar el término que finalmente ha terminado llegando a nuestros días, el de retracto convencional.

En mi opinión, posiblemente el nombre que más claramente indique el contenido del pacto es el de *retrovendendo*, pues es el pacto que faculta al vendedor a retrotraer la venta si en un futuro así lo desea. Por esta razón será la denominación que utilizaremos en este trabajo para referirnos a él. Sobre todo ello, vid. BLANCH, J. M., "Pactos de vendendo y de retrovendendo entre historia y dogmática", *RIDA*, N° 45, 1998, pp. 394-395; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 10 ed., Eunsa, Pamplona, 2004, p. 581; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Jovene, Napoli, 2006, p. 345; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho*

constitución de Alejandro Severo del año 222 referida a la venta de un fundo con la condición de que fuera restituido si los vendedores o sus herederos devolvían el precio al comprador dentro de un cierto plazo.

*Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere condicioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.*⁷

patrimonial romano, Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 414-415; TORRENT, A., s. v. “*pactum de retro emendo y pactum de retro vendendo*”, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, pp. 844-845; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ed, Giuffrè, Milano, 1972, p. 496; SERAFINI, F., *Instituciones de Derecho Romano*, t. II, trad. y comparación con el Derecho Civil español, J. Trías, Espasa, Barcelona, 1927, p. 186; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 1972, p. 425; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 269; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 598; NAVARRO, R., et al., *Derecho Romano*, t. III, Madrid, 1842, p. 331; ÁLVAREZ, M. B., “*Pactum de retrovendendo y lex commissoria en el contrato de compraventa. Desde Roma al nuevo Código civil y comercial de la Nación Argentina*”, *Derecho de obligaciones. La importancia del derecho romano en la época contemporánea (Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano. Bolonia-Ravena)*, coord. G. Luchetti, Bologna, 2016, pp. 616 y ss.

⁷ “*Si tus ascendientes vendieron un fundo con la condición de que fuere restituido, ya si ellos o ya si sus herederos le hubieran ofrecido en algún tiempo o dentro de ciertos plazos el precio al comprador, y estando tú dispuesto a cumplir la condición expresada no se atuviere a ella el heredero del comprador, para que se observe la fe del contrato se te dará la actio praescripti verbis o la actio venditi, habida cuenta de lo que después de ofrecida la cantidad en virtud del pacto fue a poder de tu adversario por razón de este fundo.*”

Siguiendo la consideración que hace DE RUGGIERO en relación con el pacto de retroventa, del que el de *retrovendendo* es en buena parte causante, el pacto de *retrovendendo* somete la venta a una condición resolutoria potestativa⁸. Resolutoria, porque el cumplimiento de la condición resuelve la compraventa; y potestativa, porque la facultad de resolver el contrato ha de quedar exclusivamente al arbitrio del vendedor, sin que se requiera el cumplimiento de ninguna otra circunstancia adicional⁹.

En relación con ello, la primitiva concepción romana de la propiedad como derecho perpetuo¹⁰ dificultó concebir que las

⁸ DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil, vol. II*, trad. Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Reus, Madrid, 1931, p. 330. En el mismo sentido se ha manifestado nuestra jurisprudencia (STS nº 961/2002, de 23 de octubre -RJ 2002/9305-; STS de 28 de diciembre de 1984 -RJ 1984/6298). Cfr. también CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral, tomo IV.*, 15ª ed., Reus, Madrid, 1993, p. 168.

⁹ En sintonía con ello, VIARD rechaza considerar como pacto de *retrovendendo* aquel pasaje descrito por Próculo en D., 19,5,12 y donde se indicaba que si el marido había vendido unos fundos a su mujer con la condición de que si la mujer hubiera dejado de estar casada con él los devolviera, el marido podría recuperarlos a su voluntad pagando el precio que su cónyuge abonó por ellos.

Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum.

“Si el marido vendió unos fundos a su mujer y en la venta se convino que si la mujer hubiera dejado de estar casada con él los debería devolver, si él quisiera aquellos fundos por el mismo precio, opino que se le ha de dar la actio in factum, y que esto se ha de observar también con respecto a otras personas.”

En este supuesto, el marido no tenía plena libertad para solicitar la devolución de las fincas a su antojo, sino que únicamente las podría reclamar en caso de que la mujer hubiera dejado de estar casada con él. Sobre ello, VIARD, P. E., *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, L'Erma, Roma, 1972, pp. 81 y 82, n. 2.

¹⁰ En este sentido, Fr. Vat. 283, donde Diocleciano señala la imposibilidad de

transmisiones pudieran ser temporalmente limitadas y, en consecuencia, considerar estos pactos como verdaderas condiciones resolutorias. Hasta bien entrada la época clásica, estos pactos debieron ser contemplados como condiciones suspensivas, lo que suponía dejaren suspenso los efectos de la compraventa hasta verificar el cumplimiento o no del acontecimiento futuro e incierto del que dependía el contrato. Así lo podemos ver con otros pactos también añadidos al contrato de compraventa¹¹, como el pacto *in diem addictio*¹² o el pacto de *lex commissoria*¹³.

que la propiedad se transfiera temporalmente:

Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietatis transferri nequiverit.

“Si diste predios estipendiarios como regalo de modo que regresaran a ti después de la muerte de quien aceptó la donación, ésta es nula, porque la propiedad no podría transferirse a tiempo.”

Sobre ello, BONFANTE, P., *Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 200; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 197; MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1989, p. 226.

No obstante, parece que la concepción de la propiedad como derecho perpetuo ya no existía en tiempos de Justiniano, que cambia la solución dada en la constitución de Diocleciano [C., 8, 54 (55), 2]:

Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda.

“Si donaste la propiedad de predios, señalando que volvieran a ti tras la muerte del donatario, es válida la donación, pues también puede hacerse ésta por tiempo cierto o incierto, debiéndose conservar la condición que se impuso”.

Atendiendo a este cambio, BONFANTE señala que el carácter perpetuo de la propiedad primitiva terminaría cediendo con Justiniano, donde ya existe el instituto de la revocación real y la libre constitución de la propiedad *ad tempus* (BONFANTE, P., *Diritto romano*, cit., p. 203).

¹¹ D’ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 580, n. 3 y 4.

¹² Este pacto se utilizaba en las ventas con precio aplazado y permitían al vendedor recuperar la cosa vendida si en un determinado plazo de tiempo aparecía otro comprador que ofrecía mejores condiciones. Sobre él, SENN, F., “L’in diem addictio”, *Nouvellerevuehistorique de droitfrançais et étranger*, n° 37, 1913, pp. 275 y ss.; ROMANO, S., *Note sulla in diem addictio*, Pavia, 1938;

En cuanto al primero, Sabino (s. I d.C.) indicaba que un fundo dado al comprador bajo el pacto *in diem addictio* se hacía suyo en el momento en el que se considera que no se había producido una mejor oferta de un segundo comprador:

Quod autem sabinus scribit fundum in diem addici non posse rursus, qui semel fuerat in diem addictus, ratione eiusmodi defendit, quia prioris, inquit, emptoris statim fit, scilicet quasi non videatur melior condicio allata, si non secure secundo

D'ORS, A., "In diem addictio", AHDE, n° 16, 1945, pp. 193 y ss.; NICOSIA, E., "Utilitas contrahentium e in diem addictio", *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, vol. II, Padova, 2007, pp. 257 y ss.; LAMBRINI, P., "In diem addictio e seconda compravendita tra le stesse parti: patto modificativo o nova emptio?", *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. 3, Milano, 2010, pp. 383 y ss.

- ¹³ Dicho pacto se utilizaba en las ventas con pago aplazado y permitía al vendedor reservarse el derecho a recuperar la cosa si el comprador no abonaba el precio establecido en el plazo fijado. Sobre él, WIEACKER, F., *Lex commissoria*, Berlín, 1932; SACCHI, A., *Sul patto commissorio in diritto romano*, Bologna, 1895; DAUBE, "Si... tunc in D., 19, 2, 22, pr. Tenancy of purchaser and lex commissoria", *RIDA*, n° 5, 1958, pp. 427 y ss.; ZAMORA MANZANO, J. L., "Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus", *RIDA*, n° 54, 2007, pp. 519 y ss.; GÓMEZ GARZÁS, J., "La lex commissoria in causa obligationis en los formularios catonianos", *RGDR*, n° 13, 2009, p. 1 y ss.; PENNACCHIO, C., "Note in tema di lex commissoria: a proposito di D. 18.3.8 (Scaev. 7 dig.)", *Teoria e storia del diritto privato*, n° 10, 2017, pp. 1 y ss.

Sobre este pacto y el pacto *in diem addictio*, LONGO, C., "Sulla in diem addictio e sulla lex commissorianella vendita", *BIDR*, n° 31, 1921, pp. 40 y ss.; ZILLOTTO, P., "Vendita con lex commissoria o in diem addictio: la portata dell'espressione *res inempta*", *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, pp. 475 y ss.; ARCHI, G. G., "La restituzione dei frutti nelle vendite con in diem addictio e con lex commissoria", *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934, pp. 325 y ss.; NICOSIA, E., *In diem addictio e lex commissoria*, ed. Torre, Catania, 2013; RASI, P., *Il patto di riscatto nella compravendita*, cit., pp. 24 y ss.

emptori fundus addicitur, sed alia licitatio prospicitur..
(Ulpiano, D., 18,2,11,pr.)¹⁴.

O que si una finca se vendió con pacto *in diem addictio* a un primer comprador y luego apareció un segundo comprador que hizo mejor oferta, quien realmente compra es el segundo y no el primero:

Sed si emptor alium non idoneum subiecit eique fundus addictus est, non video, inquit, quemadmodum priori sit emptus, cum alia venditio et vera postea subsecuta sit. (Paulo, D., 18,2,14, 1)¹⁵

Parece que en estos casos, cuando la fase de *pendente condicione* podía prolongarse en el tiempo, era habitual que el comprador disfrutara de la posesión de la cosa desde el momento del acuerdo, aunque en concepto distinto de dueño. De este modo, si el objeto entregado era *res Mancipi*, el vendedor se lo trasladaría mediante simple *traditio*, conservando la propiedad quiritaria. Si el bien era *res nec Mancipi*, lo que le transmitiría sería la mera posesión en precario, insuficiente para que el comprador adquiriera la propiedad¹⁶.

¹⁴ “Más lo que escribe Sabino, que no puede darse nuevamente un fundo bajo el pacto *in diem addictio* si ya hubiera sido dado en adición previamente, lo que se funda en que se hace inmediatamente del primer comprador en el momento en el que no se considera una mejor oferta del segundo comprador, sino una licitación nueva.”

¹⁵ “Pero si el comprador se substituyó por otro que no era idóneo, y a éste se dio en adición el fundo, no veo, dice [Sabino], de qué modo haya quedado comprado para el primero, habiéndose producido después otra venta válida”.

¹⁶ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 89-90. En el mismo sentido, VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. J. Daza, Civitas, Madrid, 1986, p. 182. Cfr. MARRONE, M., *Istituzioni di diritto*

Es cierto que considerando la venta sometida a condición suspensiva se evitaba enfrentarse al problema de la transmisión temporal de la propiedad. Sin embargo, que el comprador poseyera la cosa durante largo tiempo sin llegar a ser dueño no estaba exento de complicaciones. Y una de ellas era la distorsión de la apariencia y, como consecuencia de ello, el menoscabo a la publicidad. Porque quien a ojos de los demás poseía la cosa como si ya fuera propietario era el comprador, que sin embargo no sería dueño hasta que la condición de la que dependía la venta se hubiera -o no- cumplido.

En el s. II d. C. parece que Juliano trató de resolver este problema entendiendo tales pactos no como ventas suspensivamente condicionadas, sino como ventas sometidas a pactos de resolución suspensivamente condicionados¹⁷. Un pequeño cambio de concepción que tuvo importantes consecuencias prácticas. VOLTERRA indica que la misma situación jurídica que se configura hoy a través de una venta sometida a condición resolutoria era concebida en Roma como dos negocios jurídicos: el primero de ellos, la compraventa, era un negocio jurídico puro; el segundo, el pacto, estaba sometido a una condición suspensiva con efectos resolutorios. Y trata de explicarlo a través del siguiente ejemplo: “Cayo transmite la propiedad de una finca a Ticio, conviniendo que si un determinado barco llega a Asia se considerará rescindido el negocio de transmisión de propiedad”.

romano, cit., pp. 228-229.

¹⁷ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 580, n. 4.

Este acuerdo entre Cayo y Ticio se configuraría según la concepción romana “como dos negocios diferentes, uno obligatorio de transmisión de la propiedad del fundo, otro sometido a condición suspensiva y encaminado a hacer que cesen los efectos del primero si llega aquel barco a Asia”¹⁸.

De este modo, Ulpiano (D., 18,2,1) mostraba el parecer de Juliano indicando que en la venta con pacto *in diem addictio* el comprador al que se le hizo adicción del bien se comporta como si fuera propietario, pudiendo usucapir el objeto entregado y lucrarse con los frutos y accesiones, debiendo también asumir el riesgo de pérdida de la cosa si ésta hubiera perecido.

*Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.*¹⁹

Y en el mismo sentido, Paulo (D., 41,4,2,4) explicaba que si se hubiera vendido con pacto *in diem addictio*, Juliano opinaba que los frutos se hacían del comprador y que procedía la usucapión, porque

¹⁸ VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 181. Cfr. también, D’ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 369, 553 n.2, 580 n. 4; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 197.

¹⁹ “Así, pues, cuando según la distinción que hemos hecho [la que diferenciaba venta sometida a condición suspensiva y venta pura con pacto de resolución condicionado] la venta es pura, escribe Juliano que a quien se hizo adicción a día de la cosa puede usucapirla y lucrarse con los frutos y accesiones, respondiendo también del riesgo si la cosa hubiera perecido.”

la venta no se contrataba bajo condición, sino que se resolvía bajo condición.

*Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere iulianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.*²⁰

Esta solución, como podemos comprobar en otros pasajes de Ulpiano, no quedó limitada únicamente a los pactos *in diem addictio*, sino que se utilizaría también en los demás pactos que condicionaban la compraventa. Así lo vemos en D., 18,3,1, relativo al pacto de *lex commissoria* y donde se indica que en estos pactos la compra se resuelve bajo condición (en vez de celebrarse bajo condición).

*Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur.*²¹

²⁰ “Si se hubiera vendido con pacto *in diem addictio*, esto es, que la compra quede perfeccionada si otro no hubiere ofrecido mejor condición, opinaba Juliano que los frutos se hacían del comprador, y que procedía la usucapión; otros, que también esta venta fue contratada bajo condición; y él decía que no se contrataba, sino que se resolvía; cuya opinión es verdadera.”

²¹ “Si se hubiere vendido un fundo con el pacto de la ley comisoria, es más cierto que la compra se resuelve bajo condición, que se considere que se celebra bajo condición.”

O en D., 18,1,3, en el que se recoge que si se hubiera vendido una cosa pactando que si fuera del desagrado del comprador no quedara comprada, si finalmente le desagradara, no debemos entender que la cosa fue vendida bajo condición, sino que la compraventa se resuelve bajo condición.

*Si res ita distracta sit, ut si displicisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.*²²

Esta creativa solución dada por Juliano sería más eficaz en las ventas bajo condición cuyo plazo de cumplimiento fuera previsiblemente largo. Porque durante ese tiempo, el comprador, que se comportaba como dueño, realmente lo era. Sin embargo, posiblemente una venta sometida a condición suspensiva fuera mejor cuando el plazo en el que la condición debiera de cumplirse fuera relativamente corto (ej. Te vendo mi casa por 100 si en el plazo de 2 meses no aparece mejor postor). En estos casos, no sólo parece difícil que el comprador fuera propietario en la fase de *pendente condicione*, sino también incluso que fuera poseedor cuando el tiempo de incertidumbre era tan breve. Por esta razón, nadie mejor que las partes para convenir lo que les era más útil: que el pacto añadido a la compraventa condicionara suspensivamente el inicio de los efectos del negocio o que, por el contrario, se acordara que el

²² “Si la cosa se hubiera vendido de forma que si desagradara no quedara comprada, la cosa no fue vendida bajo condición, sino que se disuelve la compra bajo condición.”

pacto tenía carácter resolutorio y, como consecuencia de ello, sirviera para resolver los efectos ya producidos de la compraventa.

Tal solución fue la que finalmente se terminaría imponiendo y en tiempos de Justiniano las partes tendrían libertad para convenir el tipo de condición que se originaba tras el pacto añadido a la compraventa²³. En este sentido, en D., 18,2,2,pr. se indicaba que cuando se vende un fundo sometido a pacto *in diem addictio* y se duda si la compra es pura y se resuelve bajo condición o si es condicional, se ha de estar a lo acordado. Porque será pura la compra si se acordó que se disolvería si se ofrecen mejores condiciones y será condicional si se pactó que se perfeccionase si no se hubieran ofrecido mejores condiciones²⁴.

*Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.*²⁵

²³ Cfr. D'ORS, A., "In diem addictio", cit., p. 197; VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., pp. 508-509. Sobre ello, cfr. también FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., pp. 269-270; GARCÍA SÁNCHEZ, J., "El Derecho Romano en un decreto sinodal...", cit., p. 16, n. 44.

²⁴ Acerca de la alteración del texto original por los compiladores justinianos para adaptar este tipo de pactos a la concepción bizantina, D'ORS, A., "In diem addictio", cit., p. 251.

²⁵ "Cuando se vende un fundo con pacto de adicción se duda si es pura la

En conclusión, para los juristas clásicos parece que en un primer momento este tipo de pactos añadidos al contrato de compraventa actuaría como condiciones suspensivas, quedando el inicio de los efectos de la venta a la espera del cumplimiento o no de la condición. Fue a partir de Juliano (s. II d.C.) cuando estos pactos comienzan a considerarse de forma diferente: no condicionarían suspensivamente la venta, sino que a una venta pura se le añadiría un pacto de resolución suspensivamente condicionado. Finalmente, Justiniano permitiría que fueran las partes quienes libremente eligieran si estos pactos condicionaban suspensivamente la venta o, por el contrario, si actuaban como acuerdos con carácter resolutorio de un contrato de compraventa puro²⁶.

compra, pero se disuelve bajo condición o si es más bien condicional. Y me parece que es más verdadero que lo que importa es lo que se haya acordado. Porque si verdaderamente se trató esto, que se disuelva habiéndose ofrecido mejores condiciones, será pura la compra, la cual se disuelve bajo condición; pero si se trató que se perfeccionase la compra si no se hubieran ofrecido mejores condiciones, la compra será condicional."

²⁶ Cfr. VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., pp. 180 y ss.; ARU, L. y ORESTANO, R., *Derecho romano*, Epesa, Madrid, 1964, p. 55; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., p. 34; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 580, n. 4; *idem*, "In diem addictio", cit., p. 202; BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 197; MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 648.

III. Las consecuencias del *pactum de retrovendendo*

Los pactos añadidos al contrato de compraventa, entre los que se incluye el *pactum de retrovendendo*, someten los efectos del negocio jurídico a un elemento accidental, el cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto (que se pague el precio en un plazo determinado, que no aparezca otro comprador que ofrezca mejores condiciones de compra, que el vendedor quiera recuperar la cosa vendida, etc.). Cuando se cumple este acontecimiento futuro e incierto y el negocio jurídico surte efectos (si estaba condicionado suspensivamente) o cesan los mismos (si lo que se estableció fue un pacto de carácter resolutorio) debemos considerar si los efectos suspensivos o resolutorios de los pactos deben surgir en el momento de cumplimiento de la condición (*ex nunc*) o en el momento del perfeccionamiento del contrato (*ex tunc*). Asimismo, en los casos en los que el negocio jurídico haya surtido efectos en el momento de su perfeccionamiento y deba resolverse después como consecuencia del cumplimiento o no de la condición, debemos analizar si la revocación que se produce tiene carácter real u obligacional; es decir, si el derecho real transmitido vuelve a su anterior situación automáticamente como consecuencia del cumplimiento de la condición (revocación real) o si, por el contrario, lo que surge a favor del vendedor cuando se cumple la condición es el derecho a exigir al comprador un comportamiento tendente al restablecimiento de la situación anterior a la venta (revocación obligacional).

a) Efectos *ex nunc* o *ex tunc* del cumplimiento de la condición.

En cuanto al cumplimiento de la condición, resulta necesario determinar si los efectos de la venta surgen desde el momento en el que se cumple la condición (*ex nunc*) o si, por el contrario, han de retrotraerse al tiempo de perfeccionarse el contrato de compraventa (*ex tunc*).

La doctrina mayoritaria considera que las condiciones producían efectos *ex nunc* en derecho clásico, mientras que en derecho justiniano los efectos eran *ex tunc*²⁷.

En lo que respecta al derecho clásico, Gayo indicaba que era inútil la estipulación en la que se prometía dar cuando muriera el estipulante o el promitente (*Inst.* 3,100). Y lo justificaba señalando que parecía poco conveniente que empezase la obligación en la persona del heredero.

Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes? uel ita: post mortem tvam dari spondes? ualet autem, si quis ita dari stipuletur: cum moriar, dari spondes? uel ita: cum morieris, dari spondes? id est, ut in nouissimum uitae tempus stipulatoris

²⁷ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 514-515. Cfr. JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. L. Prieto., Labor, Barcelona, 1937, pp. 122-123; BETTI, E., "La retroattività della 'condicio' («facti» o «iuris») in diritto giustiniano", *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, Pavia, 1945, p. 479. Con notables matizaciones, CALONGE, A., "En torno al problema de la retroactividad de la condición en el Derecho Romano clásico", *Studi in onore di E. Volterra*, t. III, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 143 y ss.

*aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: pridie quam moriar, aut pridie quam morieris, dari spondes? quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: heredi meo, dari spondes? quae sane inutilis est.*²⁸

En este caso, el problema que se plantea es el momento en el que deben comenzar los efectos del negocio jurídico, esto es: si se inician en el instante final de la vida del estipulante o del promitente o justo después de su muerte. En el supuesto elegido por Gayo, la disyuntiva que plantea el jurista clásico no es si los efectos del negocio jurídico se retrotraen al momento del acuerdo o no. Parece que tiene claro que no, que comienzan *ex nunc*, en el momento de cumplirse el término, pues lo que se cuestiona es si ese momento se produce justo antes de la muerte del estipulante o del promitente o justo después de la misma²⁹.

En cambio, la solución justiniana pudo ser diferente. Así parece mostrarse en Ulpiano, D., 23,3,9,1, donde comienza con la

²⁸ “Por último, es inútil la estipulación en estos términos: ¿te comprometiste a dar después de mi muerte? o de ¿de tu muerte? Pero vale, en cambio, en esta forma: ¿te comprometiste a dar en el momento de mi muerte? o ¿de tu muerte? Esto es, de modo que la obligación se difiera a los últimos momentos de la vida del estipulante o del promitente. En efecto, parecía contrario a la elegancia del derecho el que la obligación surgiera en el heredero. Tampoco podemos hacer la estipulación en esta forma: ¿te comprometes a dar la víspera de mi muerte o de tu muerte?, pues “la víspera” no se puede saber cuál es hasta después de la muerte, y así equivale esta estipulación a la de ¿te comprometes a dar a mi heredero?, la cual es inútil.”

²⁹ BETTI, E., “La retroattività...”, cit., p. 480.

solución clásica: si se entregó una cosa a una persona para que, verificadas las nupcias, sirviera como dote y quien la entregó falleció antes de celebrarse el matrimonio, no podrán hacerse de quien las recibió, pues el dominio ya es del heredero. Y termina con la postclásica: es más equitativo que se imponga al heredero consentir lo que hizo el difunto y que, por tanto, se transfiera el dominio de la cosa al marido para que la mujer no quede sin dote³⁰.

Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipient? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata..³¹

³⁰ Cfr. BETTI, E., "La retroattività...", cit., p. 481.

³¹ "Si yo hubiera entregado cosas a alguien para que verificadas las nupcias se hagan de la dote y yo hubiere fallecido antes de las nupcias, ¿comenzarán a ser de la dote verificadas las nupcias? Y temo que no pueden hacerse del dominio de aquel a quien se dieron, porque después de la muerte comienza el dominio a apartarse de aquel que las dio, porque la donación está pendiente hasta el día de las nupcias y cuando se verifica la condición de las nupcias ya el dominio es del heredero, del cual se ha de confesar que contra su voluntad no puede separarse el dominio de las cosas. Pero es más equitativo que en favor de la dote se imponga al heredero la necesidad de consentir en lo que hizo el difunto o que si lo rehusara, o estuviera ausente, aún no queriendo, o estando él ausente, se transfiera ipso iure el dominio al marido, para que la mujer no quede indotada."

Una solución no muy distinta a la recogida en Juliano, D., 39,5,2,5, donde se indica que si se hubiera dado dinero con la condición de que se haga de quien lo recibe cuando Seyo sea cónsul, se hará del adquirente en el momento en el que se cumpla la condición, aunque quien lo entregó hubiera fallecido o se hubiera vuelto loco.

*Si pecuniam mihi titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen condicione, ut tunc demum mea fieret, cum seius cónsul factus esset: sive furente eo sive mortuo seius consulatum adeptus fuerit, mea fiet..*³²

Esta solución parece caber si consideramos que los efectos del negocio jurídico deben retrotraerse al tiempo de su perfección (*ex tunc*), el momento en el que quien dio el dinero estaba vivo y tenía capacidad de disponer.

También clásica, según BETTI³³, es la solución de Gayo en D., 20,4,11,pr., donde se indica que es preferido en el *pignus* el que primero prestó dinero y recibió la hipoteca, aunque con otro se hubiera convenido antes si este otro no dio el dinero primero.

Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam

³² “Si Ticio me hubiera dado dinero sin haber hecho estipulación, pero con la condición de que sólo se haga mío cuando Seyo sea cónsul, se hará mío si Seyo se hace cónsul, aunque Ticio se haya vuelto loco o haya fallecido”.

³³ BETTI, E., “La retroattività...”, cit., p. 491.

*acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.*³⁴

Esta respuesta, continúa BETTI, es contraria a la contenida en el párrafo 1º del mismo fragmento y ya adaptada a derecho bizantino. En ella se pregunta si la solución será igual si se dio hipoteca habiéndose hecho estipulación bajo condición y, estando en fase de pendencia, otro prestó puramente y recibió la misma cosa en garantía. En este caso, Justiniano dice que si se cumplió la condición de la primera estipulación, se considera que ésta se hizo sin condición.

*Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. quod et melius est.*³⁵

³⁴ “Es preferido en la prenda el que primero prestó el dinero y aceptó la hipoteca, aunque con otro se había convenido antes, que si él hubiere recibido dinero, le esté obligada la cosa, aun cuando de él lo recibió después; porque podía, aunque antes se convino, no recibir de él el dinero.”

³⁵ “Veamos, ¿se habrá de decir lo mismo si se hubiera dado hipoteca habiéndose hecho estipulación bajo condición, pendiente la cual otro prestó puramente y recibió la misma hipoteca y luego después se cumpliera la condición de la primera estipulación, de suerte que sea preferido el que hubiese prestado después? Temo que acaso aquí se haya de decir otra cosa, porque una vez que se cumplió la condición, se considera lo mismo que si se hubiese hecho sin condición al tiempo en que se interpuso la estipulación.”

Por tanto, en este caso, los efectos del negocio jurídico se sitúan en el momento en el que se perfeccionó el contrato (*ex tunc*) y no en el tiempo en el que se cumplió la condición. Y lo mismo sucedería en Marcelo, D., 8,6,11,1, donde se indica que si se legó un fundo bajo condición y el heredero impuso servidumbres en el mismo, éstas se extinguirán al cumplirse la condición del legado³⁶; en Pomponio, D., 35,1,105, que recoge un caso no muy diferente con similar solución³⁷; en Ulpiano, D., 18,2,4,3, que alude a las palabras de Marcelo en las que indicaba que habiéndose vendido puramente un fundo con pacto *in diem addictio*, si se hubiera ofrecido mejor condición, la cosa dejaba de estar en prenda si el comprador así la hubiera dado³⁸; en Ulpiano, D., 20,6,3, que refiriéndose también a

³⁶ *Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat. videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur.*

“Un heredero, habiéndose legado un fundo bajo condición, le impuso servidumbres; se extinguirán, si se cumpliera la condición del legado, pero veamos, ¿seguirán acaso al legatario las adquiridas? Y con más razón se ha de decir que le seguirán.”

³⁷ *Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione legavit, post existentem ^existentem^ condicionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutem imponere poterit: sed et imposita servitus finietur existente condicione.*

“Si el heredero legó a otro, estando pendiente la condición, el fundo legado bajo condición por el testador, después de cumplida la condición, que se había puesto en el primer testamento ni se separa del primer legatario la propiedad, ni el heredero podrá hacer religioso un lugar en aquel fundo, ni imponerle servidumbre; sino que hasta la servidumbre impuesta se extinguirá al cumplirse la condición.”

³⁸ *Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret.*

“Pero también Marcelo escribe en el libro quinto del Digesto, que vendido puramente un fundo y habiéndose hecho de él adición a día, si se hubiera ofrecido mejor condición, la cosa deja de estar en prenda, si el

Marcelo señala que si una cosa hubiera sido vendida con pacto *in diem addictio*, se hubiera entregado y el comprador la hubiera dado en prenda, si después aparecía un mejor postor la prenda se extinguía³⁹; o en C., 6,43,3,3, donde Justiniano señala que si el legado o fideicomiso hubiera sido dejado bajo condición, se obrará mejor si no se vende o hipoteca el bien, no sea que se obligue a cargas más pesadas por la evicción. Y, continúa diciendo, si se cumple la condición se hará nulo desde el principio el título, como si no hubiera sido otorgado⁴⁰. Finalmente, así también parece que sucedía

comprador hubiese dado en prenda aquel fundo. De lo cual se colige, que el comprador sería dueño en el tiempo intermedio; porque de otro modo no existiría la prenda."

³⁹ *Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.*

"Si una cosa hubiere sido vendida de este modo, si dentro de cierto término no se hubiese encontrado mejor condición, y hubiere sido entregada y acaso el comprador, antes que se ofreciera mejor condición, hubiese dado en prenda esta cosa, dice Marcelo en el libro quinto del Digesto, que se extingue la prenda, si se hubiere ofrecido mejor condición; aunque cuando la cosa se vendió de este modo, si no hubiese desagradado al comprador, no opine que se extinga la prenda."

⁴⁰ *Sin autem sub condicione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale vel substitutione vel restitutione, melius quidem faciat, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat. Sin autem avaritiae cupidine propter spem condicionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur et sic intellegenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerat celebrata, ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat.*

"Pero si el legado o el fideicomiso universal o especial hubiera sido dejado bajo condición o desde día incierto, o sujeto a sustitución o a restitución, obrará ciertamente mejor quien en estos casos se abstenga de toda venta o hipoteca, no sea que se obligue a cargas más pesadas por razón de la evicción. Más si por avaricia se hubiera lanzado a vender o a hipotecar con la esperanza de que no se cumpliría la condición, si se cumpliera ésta se hará nulo desde el principio el título, como si no hubiera sido otorgado, de

cuando se vendía una cosa bajo condición suspensiva y ésta finalmente se cumplía, pues el riesgo de pérdida o deterioro en estos casos debía asumirlo el comprador (Paulo, D., 18,6,8,pr.)⁴¹.

b) La revocación real u obligacional.

Como hemos visto, al final del desarrollo del derecho romano el negocio parece que surtiría efectos *ex tunc* al cumplirse la condición. De este modo, si la condición era suspensiva, se consideraba que el negocio jurídico había existido siempre; si era resolutoria, nunca. En estos casos, cuando los efectos de la compraventa debían resolverse, cabe preguntarse si la revocación de los mismos sería real u obligacional; es decir, si en el momento en el que la venta se hiciera pura, por cumplirse la condición suspensiva, o quedara resuelta, por acontecer la resolutoria, la propiedad pasaba automáticamente, *ipso iure*, del vendedor al comprador en el primero de los casos o del comprador al vendedor, en el segundo. Si pasaba automáticamente, hablamos de revocación real; si por el

suerte que no proceda contra el legatario o el fideicomisario ni la usucapión ni la praescriptio longi temporis."

⁴¹ *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, proculus et octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem pomponius libro nono probat.*

"Es necesario saber cuándo se haya perfeccionado la compra, porque entonces sabremos de quién es el riesgo.... Y se vendió puramente, la compra está perfeccionada. Pero si la cosa hubiera sido vendida bajo condición, si verdaderamente faltare la condición, no hay compra, como tampoco estipulación; pero si se hubiera cumplido, icen Próculo y Octaveno, que el riesgo es del comprador; y lo mismo aprueba Pomponio en el libro 9°."

contrario el cumplimiento de la condición lo único que provocaba era el nacimiento de la obligación para exigir la transmisión de la propiedad, diremos que la revocación era obligacional.

La doctrina romanista mayoritaria considera que los efectos de la resolución del negocio jurídico fueron obligacionales en la etapa clásica y reales en la justiniana⁴². ARANGIO-RUIZ sustenta esta diferencia en que en derecho romano clásico los actos creadores de obligaciones estaban claramente separados de aquellos que transmitían la propiedad⁴³. De esta manera, para la transmisión de una *res Mancipi* se requeriría un negocio formal, la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Por ello, al cumplirse la condición parece poco probable que el bien automáticamente cambiara de manos sin necesidad de volver a realizar una *mancipatio* o una *in iure cessio*. Así las cosas, antes de que el comprador volviera a retransmitir la propiedad, el vendedor únicamente podría hacer uso de la *actio venditi* y no de la acción reivindicatoria. Si la *res Mancipi* se había transmitido por simple *traditio*, entonces el comprador adquiriría la posesión *ad usucapionem* y podría defenderse en la fase de *pendente condicione*

⁴² VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 182; MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 228-229; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 89-90; Burdese, p. 462.; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 514-515, 553 y 580 n. 4; BETTI, E., "La retroattività...", cit., pp. 477 y ss.; ARCHI, G.G., "Il negozio sottoposto a condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano", *Studi in onore di Emilio Betti*, t. II, Milano, 1961, pp. 31 y ss.

Parecen no ajustarse a esta tesis, C., 4, 54, 3; Pomp., D., 18, 1, 6, 1; Ulp., D., 18, 3, 4, pr.; o Paul., D., 18, 5, 6.

⁴³ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 89-90. En el mismo sentido, VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 182. Cfr. MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 228-229.

ante la interposición por parte del vendedor de la acción reivindicatoria a través de la *exceptio rei venditae et traditae*. No obstante, si finalmente la condición se cumpliera y el comprador tuviera que devolver la cosa, si no lo hiciera el vendedor podría contrarrestar la *exceptio* interpuesta a través de la *replicatio doli*⁴⁴.

En época postclásica se produce el ocaso de la clasificación entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y la consiguiente desaparición de la *Mancipatio* y de la *in iure cessio*. El espacio dejado por estas instituciones es ocupado por la *traditio*, cuya cada vez mayor espiritualización allanaría el camino para que Justiniano terminara reconociendo a la revocación derivada de estos pactos efectos reales. Como consecuencia de ello, el cumplimiento de la condición supondría que la propiedad pasaría *ipso iure* al patrimonio del beneficiado con el cumplimiento de la condición, que podría solicitar la entrega del bien a través, ahora sí, de la acción reivindicatoria⁴⁵. Así sucedería en aquellos casos en los que la condición con efectos resolutorios se cumplía.

En este sentido, parece clara la segunda parte de Ulpiano, D., 23,3,9,1, que como indicamos previamente BETTI consideraba interpolada por contradecir la solución que se recoge en la primera parte del párrafo y que sí considera original⁴⁶. El problema que se plantea es el de una persona que entrega un conjunto de bienes a otra para que, verificadas las nupcias, se hagan de la dote. Tiempo

⁴⁴ JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, cit., p. 123, n. 15.

⁴⁵ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 90.

⁴⁶ BETTI, E., "La retroattività...", cit., pp. 480 y ss.

después, la persona que entregó los bienes muere y la pregunta que se hace Ulpiano es: si posteriormente se verifican las nupcias, ¿los bienes entregados formarán parte de la dote? Como señalamos, en un principio el texto indica que no pueden hacerse de la persona a quien se dieron, porque la donación está pendiente hasta el día de las nupcias y cuando éstas se produjeron, el dominio ya no era del donante, sino de su heredero, que debe consentir la donación. No obstante, y aquí parece que se recoge la solución bizantina, a continuación el parágrafo cambia la respuesta indicando que parece más equitativo que, en favor de la dote, se imponga al heredero la necesidad de consentir lo que hizo el causante o que -y aquí viene lo que interesa en la cuestión que estamos tratando- si el heredero lo rechazara o estuviera ausente, aun no queriendo se transfiere *ipso iure* el dominio al marido.

sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata.

También Justiniano recoge en el ya aludido C., 6,43,3,3 los casos en los que se hubiera dejado un legado o fideicomiso bajo condición. E indica que actuará mejor el heredero que se abstenga de vender o hipotecar el bien, pues cumplida la condición se hará nulo desde el principio su título, teniendo el legatario o el fideicomisario plena facultad para reivindicar la cosa y atribuírsela a sí mismo, sin que los detentadores puedan oponer obstáculo alguno.

*Quod similiter censemus in huiusmodi legatis, quae sive pure sive sub die certo sive sub condicione sive sub incerta die relicta sint: sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare et sibi adsignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.*⁴⁷

Como vemos, Justiniano concede la facultad de reivindicar la cosa al legatario o fideicomisario al cumplirse la condición, *ipso iure*, sin que sea necesario ningún acto de transmisión del heredero al legatario o fideicomisario. Y lo mismo se indica en Ulpiano, D., 39,6,29, donde se afirma que quien donó una cosa por causa de muerte y luego sobrevivió dispone de la acción reivindicatoria para reclamar la devolución del bien al donatario.

Si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est. si vero sic, ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset, interim

⁴⁷ “Lo que mandamos que de igual manera se haga en los legados de esta clase, ya hayan sido dejados puramente, ya desde cierto día, ya bajo condición o desde día incierto. Mas en todos estos casos tenga ciertamente el legatario o el fideicomisario la plana facultad para reivindicar la cosa y atribuírsela a sí mismo, sin que se haya de oponer ningún obstáculo por los que la detentan.”

*autem ei cui donatum est. sed et si morte praeventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori..*⁴⁸

No muy lejos de esta solución está Ulpiano, D., 6,1,41,pr, donde se indica que en el pacto *in diem addictio*, si aparece un mejor postor el primer comprador dejará de poder utilizar la acción real.

*Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit.*⁴⁹

La respuesta dada en el *pactum in diem addictio* no es muy distinta a la existente para el pacto de *lex commissoria*, donde C., 4,54,4 establece que si el comprador no pagara el precio acordado, el vendedor tiene a su disposición, bien la acción reivindicatoria para

⁴⁸ “Si una cosa fue donada por causa de muerte y convaleció el que la donó, se ha de ver si tendrá acción real. Y si verdaderamente uno donó de suerte, que, si le sobreviniese la muerte, la tenga aquel a quien se le donó, sin duda podrá el donante reivindicar la cosa, y muerto éste, aquel a quien se le donó. Pero si la donó de modo que la tuviese desde luego, y la devolviese si hubiese convalecido, o si hubiese vuelto de la guerra o de un viaje, se puede defender que le compete al donante la acción real, si hubiese acontecido alguna de estas cosas; pero mientras tanto, a aquel a quien se hizo la donación. Mas también si hubiera sido sorprendido por la muerte aquel a quien se donó, aun le dará alguno la acción real al donante.”

⁴⁹ “Si alguno hubiere comprado con este pacto, que si otro hubiere ofrecido mejor condición se apartaría de la venta, después de cumplida la condición, ya no puede usar de la acción real. Pero también si a alguien se le hubiera adjudicado un fundo hasta cierto día, antes que la adjudicación se haya verificado puede usar de la acción real, después no podrá.”

pedir la devolución de la cosa, bien la posibilidad de, en vez de reclamar el objeto, solicitar el pago de los intereses del precio.

*Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*⁵⁰

Y en el mismo sentido, Ulpiano, D., 13,7,13,pr. en el que se establece que si el acreedor hubiera vendido la prenda acordando con el comprador que si el deudor pagaba el precio al comprador podría recuperar el objeto, el deudor tenía a su disposición la acción reivindicatoria o la *actio in factum*.

*Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticii actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere.*⁵¹

⁵⁰ “No puede elegir el pacto comisorio puesto en una venta el que después del día establecido para que se pague el precio no elige la reivindicación de la cosa, sino que prefirió perseguir la reclamación de los intereses del precio.”

⁵¹ “Si cuando el acreedor vendiese la prenda, se hubiere convenido entre él y el comprador, que si el deudor pagare al comprador el dinero del precio, le fuese lícito recuperar su cosa, escribió juliano, y consta por rescripto, que por esta convención se obliga el acreedor por las acciones pignoraticias a ceder al deudor la acción de venta contra el comprador; pero también el mismo deudor podrá, o reivindicar la cosas, o ejercitar contra el comprador la *actio in factum*.”

Igualmente parece que la revocación tiene carácter real cuando al cumplirse la condición se extinguen automáticamente las prendas que se dieron en la fase de *pendente condicione*. Así lo podemos ver en dos pasajes de Ulpiano en los que se muestra la opinión de Marcelo: D., 18,2,4,3 y D., 20,6,3. En ambos se recoge que si se vendió puramente un fundo con pacto *in diem addictio* y el comprador lo dio en prenda, si aparece un segundo comprador que ofrece mejores condiciones el fundo deja de estar en prenda.

Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret. (D. 18,1,4,3)⁵²

Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet. (D., 20,6,3)⁵³

⁵² “Pero también Marcelo escribe en el libro quinto del Digesto, que vendido puramente un fundo y habiéndose hecho de él adicción a día, si se hubiera ofrecido mejor condición, la cosa deja de estar en prenda, si el comprador hubiese dado en prenda aquel fundo. De lo cual se colige que el comprador sería dueño en el tiempo intermedio; porque de otro modo no existiría la prenda.”

⁵³ “Si una cosa hubiere sido vendida de este modo, si dentro de cierto término no se hubiese encontrado mejor condición, y hubiere sido entregada, y acaso el comprador, antes que se ofreciera mejor condición, hubiese dado en prenda esta cosa, dice Marcelo en el libro quinto del Digesto, que se extingue la

Y también, en relación con la extinción de las servidumbres se recoge que si un heredero constituyó servidumbres en un fundo heredado que había sido legado bajo condición, cuando la condición se cumplía, las servidumbres quedaban extinguidas (Marcelo, D., 8,6,11,1)⁵⁴.

*Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat. videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur*⁵⁵

En conclusión, si bien en época clásica posiblemente los efectos del cumplimiento de la condición fueran *ex nunc* y la revocación, obligacional, en tiempos de Justiniano son numerosos pasajes los que nos muestran que los efectos de la condición, una vez cumplida, se retrotraían al momento de la perfección del contrato y que, además, en los casos de revocación, ésta tendría carácter real, no obligacional, pues se producía automáticamente en el momento de cumplirse la condición, sin necesidad de una transmisión posterior

prenda, si se hubiere ofrecido mejor condición; aunque cuando la cosa se vendió de este modo, si no hubiese desagradado al comprador, no opine que se extinga la prenda."

⁵⁴ Sobre la procedencia bizantina de esta solución, BETTI, E., "La retroattività...", cit., p. 494.

⁵⁵ "Un heredero, habiéndose legado un fundo bajo condición, le impuso servidumbres; se extinguirás, si se cumpliera la condición del legado, pero veamos, ¿seguirán acaso al legatario las adquiridas? Y con más razón se ha de decir que le seguirán."

de quien en la fase de *pendente condicione* había disfrutado de la propiedad del bien.

IV. La escasa regulación del *pactum de retrovendendo*

Tras abordar el *pactum de retrovendendo* como condición y los efectos que se derivan del mismo, nuestro trabajo en este apartado se centra en indagar las causas por las que dicho pacto dejó una escasa huella en el Derecho Romano. En este sentido, si atendemos a las ya aludidas palabras de LASARTE al tratar el pacto de retro en derecho moderno,⁵⁶ no es extraño, pues, que el retracto convencional o compraventa con pacto de retro haya ido languideciendo de forma paralela al fortalecimiento del crédito territorial y a la instauración de un sistema hipotecario en sentido moderno. Hasta el punto de que hoy día cabe afirmar que es una figura puramente residual...⁵⁶. Siguiendo su argumentación, el esplendor de este tipo de pactos deberíamos buscarlo entonces en tiempos pasados, en épocas en las que todavía el crédito territorial y el sistema hipotecario sólo se habían desarrollado de forma embrionaria. Y así parece que sucedió, por ejemplo, en la España de la Edad Moderna, donde tenemos constancia de que la compraventa con pacto de retro era bien conocida para los prestamistas⁵⁷. Sin embargo, resulta

⁵⁶ LASARTE, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, cit., p. 202. Cfr. también CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral, tomo IV.*, cit., pp. 167-168; SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, J. L. "La venta a carta de gracia en el Derecho de Navarra", *Príncipe de Viana*, nº 27, 1947, p. 207.

⁵⁷ Ejemplo de ello es la situación que nos muestra GARCÍA SÁNCHEZ en la Asturias del s. XVII (GARCÍA SÁNCHEZ, J., "El Derecho Romano en un decreto sinodal...", cit., pp. 1, 17 y ss.).

cuando menos curioso a primera vista que el *pactum de retrovendendo* fuera escasamente contemplado en las fuentes romanas⁵⁸. Prueba de ello son los tres primeros títulos del libro XVIII del Digesto, que están dedicados en buena medida a los pactos concertados entre vendedor y comprador y en los que el pacto de retroventa no aparece (al contrario de lo que sucede con el pacto *in diem addictio* - título segundo- o con el pacto de *lex commissoria* -título tercero-).

Cabría preguntarse ahora cuál es la explicación que fundamenta esta escasez de fuentes. Y más si atendemos al sistema de garantías reales romano, menos desarrollado que el de nuestros tiempos y, como consecuencia de ello, teóricamente más propenso a la expansión de este tipo de pactos.

⁵⁸ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit. p. 403; ÁLVAREZ, M. B., “*Pactum de retrovendendo...*”, cit., p. 616.

No son muchos los textos que parecen referirse al *pactum de retrovendendo*. Entre ellos, además del ya aludido C., 4,54,2, podemos señalar también Marciano, D., 20,5,7,pr.:

Si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus recipere: an, si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? et iulianus libro undecimo digestorum scribit recte quidem distractum esse pignus, ceterum agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori. sed quod iulianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est.

“Si el acreedor hubiera vendido la prenda o la hipoteca con el pacto de que si devuelve el dinero puede recuperar la prenda, ¿podrá acaso conseguirla si el deudor estuviere dispuesto a devolver el dinero? Y escribe Juliano en el libro undécimo del Digesto que verdaderamente la prenda queda bien vendida, pero que puede demandarse al acreedor para que, si tuviera algunas acciones, las ceda al deudor; y lo que escribe Juliano respecto a la prenda, vale también en cuanto a la hipoteca.”

Sobre ello, cfr. VIARD, P. E, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, cit., p. 80.

La fundamentación de esta realidad posiblemente tenga que ver con distintas causas. Sin embargo, una podría destacar sobre las demás: la posibilidad que tuvo el prestamista durante buena parte de la historia de Roma de quedarse con la cosa recibida en garantía si el deudor no cumplía con lo acordado en el plazo previsto. En la actualidad, el retracto convencional encubre en numerosas ocasiones préstamos con garantía. Y lo hace porque el pacto de *lex commissoria*, el pacto mediante el cual el acreedor puede quedarse con la cosa garante del cumplimiento de la obligación si ésta resultara incumplida, es nulo⁵⁹. De este modo, en vez de realizar un préstamo con garantía, las partes terminan perfeccionando una compraventa con pacto de retro, mediante la cual el prestamista, que actúa como comprador, paga al prestatario, que adopta la posición de vendedor, el dinero acordado como préstamo y se compromete a devolver la cosa entregada en el caso de que en un plazo determinado de tiempo el vendedor-prestatario abone al comprador-prestamista la cantidad de dinero estipulada (el capital más los intereses). De no producirse el abono, el vendedor-prestatario no recuperaría el bien entregado, que quedaría definitivamente en manos del acreedor-prestamista.

En Roma no fue necesario acudir a esta figura, por lo que el uso del *pactum de retrovendendo* careció del interés, no siempre lícito, que tuvo siglos después y que todavía mantiene. Y no fue necesario fundamentalmente por dos razones: primera, por la existencia de la fiducia; y segunda, por la validez del pacto de *lex commissoria*.

⁵⁹ Ejemplo de ello es el art. 1859 del Código civil.

La fiducia, tal como la define D'ORS, era un contrato formal por el que un propietario -fiduciante- confiaba la propiedad de una *res Mancipi* a otra persona -fiduciario-, quien se obligaba a restituirla en un determinado momento, bien al fiduciante, bien a otra persona designada por él⁶⁰. De los dos tipos de fiducia que existieron en Roma, *cum amico* y *cum creditore*, a nosotros nos interesa la segunda, la que se contraía con fines de garantía y para la que el deudor transmitía la propiedad de una *res Mancipi* al acreedor mediante *mancipatio* o *in iure cessio*.

Estando vigente la fiducia, parece que el *pactum de retrovendendo* utilizado como garantía asegurativa de la devolución del dinero prestado tendría poco sentido, por lo menos en cuanto a las *res Mancipi*. Porque si lo que quería el acreedor era poder quedarse con la cosa en caso de que el préstamo no le llegara a ser devuelto, la fiducia estaba especialmente diseñada para ello. Así, si la fiducia se constituía mediante *mancipatio*, el *accipiens* indicaba en el acto que adquiría la cosa *fiduciae causa*. En estos casos, el precio de la primera mancipación tenía la función de mutuo; el de la segunda, de restitución; y el bien, de garantía de devolución⁶¹. No era necesario por tanto acudir a un negocio jurídico que, como la compraventa, estaba pensado para una finalidad diferente y que, además, no era capaz *per se* de transmitir la propiedad de la *res*

⁶⁰ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 555. En relación con esta institución, FUENTESECA, M., *El negocio fiduciario en Roma*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

⁶¹ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 201 y 262.

mancipi, sino que necesitaba igualmente acudir a las figuras de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*.

Sin embargo, con el paso de los siglos fue disminuyendo la importancia de la clasificación que diferenciaba las *res Mancipi* y *nec Mancipi* y, como consecuencia de ello, los modos de adquisición de las primeras. De esta manera, en la etapa postclásica terminaron desapareciendo tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio*, lo que, como no podía ser de otro modo, afectó a la fiducia. Así, la fiducia deja de utilizarse en esta época, aunque algún siglo antes Gayo ya se hubiera olvidado de ella al hacer la clasificación de los contratos. Finalmente, con la llegada de Justiniano, la *fiducia cum creditore* fue sustituida en su compilación por el *pignus*, otra garantía real que convivió con la fiducia hasta la desaparición de ésta⁶². ARANGIO-RUIZ sitúa el origen del *pignus* también en época primitiva, aunque indica que su reconocimiento como garantía voluntariamente aceptada mediante la entrega de una *res Mancipi* o *nec Mancipi* (*pignus datum*) no se produciría hasta siglos después, posiblemente hacia fines de la República. Y añade que poco más tarde se terminó admitiendo también que el *pignus* pudiera constituirse mediante simple *conventio*, lo que fue ampliamente utilizado para los bienes inmuebles⁶³.

El *pignus*, al igual que la fiducia, era una garantía real, pero a diferencia de ésta, el acreedor pignoraticio no recibía la propiedad

⁶² D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 556.

⁶³ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 262-263.

del objeto que servía como medio asegurativo, sino simplemente su posesión (*pignus datum*) o nada, ni la propiedad ni la posesión (*pignus conventum* o *hypotheca*). Además, el *pignus*, podía utilizarse tanto para las *res Mancipi* como para las *res nec Mancipi* y posiblemente permitiría que el acreedor pignoraticio pudiera quedarse con la cosa dada en prenda si el deudor no conseguía devolver lo prestado. Porque si hablamos de la realización del derecho de crédito por parte del acreedor pignoraticio, son fundamentalmente dos los sistemas que se ponen a disposición del acreedor: la apropiación de la cosa utilizada como garantía y el derecho a venderla. ARANGIO-RUIZ señala que el primero de los sistemas es el que estuvo presente en el mundo griego durante largo tiempo, empezándose a utilizar el segundo mucho más tarde. Y considera que también en Roma prevaleció originariamente el primero de ellos. Parece lógico que fuera así, que el rudimentario ordenamiento primitivo romano lo que previera fueran soluciones simples: si no se paga, el acreedor se queda con lo dado en garantía. Sólo con el paso de los siglos, posiblemente motivado por el problema del sobrevalor de las cosas pignoradas con respecto a la deuda que garantizaban, se terminaría facilitando la posibilidad de que fueran las partes quienes eligieran en el momento de perfeccionar el contrato qué se haría con la garantía si no se cumplía con la obligación: si el acreedor se la podía quedar (pacto de *lex commissoria*⁶⁴) o si, por el contrario, debía venderla (*ius distrahendi*).

⁶⁴ El pacto de *lex commissoria* añadido al *pignus* tenía el efecto señalado, distinto del pacto de *lex commissoria* añadido al contrato de compraventa, cuya finalidad era que el vendedor pudiera recuperar la cosa vendida si el comprador no pagaba el precio acordado en el plazo establecido.

Sólo avanzado el Imperio, con los Severos, el *ius distrahendi* se termina entendiendo como elemento natural del *pignus*, debiendo las partes expresamente manifestar una voluntad contraria a través del pacto de *lex commissoria*. Finalmente, Constantino [C., 8,34(35),3]⁶⁵ acaba vetando esta posibilidad prohibiendo el pacto comisorio, con lo que el *ius distrahendi* se convierte en elemento esencial del *pignus*⁶⁶.

*Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.*⁶⁷

⁶⁵ C.Th., 3,2,1 [= brev, 3,2,1]:

Imp. constantinus a. ad populum. quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim, re amissa, iubemus recipere, quod dederunt. dat. prid. kal. febr. serdica, constantino a. vi. et constantino caes. coss.

interpretatio. commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem, ipsi oppignoratam ad tempus, vendere per necessitatem conscripta cautione promittit: quod factum lex ista revocat et fieri penitus prohibet: ita ut, si quis creditor rem debitoris sub tali occasione visus fuerit comparare, non sibi de instrumentis blandiatur, sed quum primum voluerit ille, qui oppressus debito vendidit, pecuniam reddat et possessionem suam recipiat

⁶⁶ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 265.

⁶⁷ Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, ha parecido bien invalidarla y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición que rechaza juntamente con los pasados los casos presentes, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron.

Siglos antes de que eso sucediera, el uso del *pignus* con pacto comisorio en las *res Mancipi* tendría un uso limitado. Porque al contrario de lo que sucedía con la fiducia, el acreedor pignoraticio no era propietario del bien garantizador y si el deudor no cumplía con su obligación, el acreedor no adquiriría directamente el dominio, aunque existiera pacto comisorio. Para adquirir el dominio de las *res Mancipi* necesitaría la colaboración del propietario del objeto dado en garantía, que debería prestarse para realizar su transmisión mediante *mancipatio* o *in iure cessio*. Dicha colaboración se pediría justo en el momento de consumarse el incumplimiento de la obligación, normalmente en el momento en el que la persona de la que se necesitaba ayuda había incumplido. Es fácil entender que no sería sencilla su colaboración en estos casos. Por esta razón, mientras la fiducia tuvo vigor, resulta lógico pensar que el uso de las *res Mancipi* como garantía se canalizara principalmente a través de esta figura⁶⁸.

⁶⁸ Si atendemos a la naturaleza de las *res Mancipi*, su uso para garantizar una obligación en muchas ocasiones no implicaría la transmisión de la posesión al acreedor. Porque este tipo de bienes eran los utilizados para la producción agrícola de los antiguos ciudadanos romanos y que se tuvieron que desprender de ellos cuando los utilizaban como garantía hubiera limitado seriamente su capacidad productiva. Por ello era habitual que tras constituir una fiducia el anterior propietario siguiera poseyendo, en concepto distinto de dueño, la cosa que había sido suya (cfr. Gayo, 2, 60; GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid, 2001, p. 65; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 557-558). Si la garantía que se establecía no era fiducia sino *pignus*, siempre que el propietario necesitara utilizar los bienes garantizadores se usaría la figura del *pignus conventum*. En ese caso, el acreedor pignoraticio no tendría la posesión y para adquirir la propiedad necesitaría que el propietario del bien se lo transmitiera a través de *mancipatio* o *in iure cessio*. Si por el contrario lo que se había realizado era un *pignus datum*, al incumplirse la obligación el acreedor pignoraticio ya tendría la posesión del bien con lo que podría comenzar a usucapirlo y, tras la aparición de la acción publiciana, posiblemente también tuviera a su

El uso del *pignus* sería más frecuente en las *res nec mancipi*, especialmente del *pignus conventum* en los bienes inmuebles y del *pignus datum* en los muebles. Respecto a este último, parece que la utilización del *pignus datum* era habitual en la vida cotidiana de la sociedad romana, especialmente en lo relativo a microcréditos, tal como podemos ver en algunas de las inscripciones encontradas en Pompeya⁶⁹.

*Idibus Iulis inaurespos(i)tas ad Faustilla(m) pro denariis II
usura(m) deduxitaeris a(ssem) ex sum(ma) XXX. (CIL IV,
8203)*⁷⁰

*IV Non(as) Iul(ias) paenulampalliolu(m) [posita ad
Fau]stilla(m) pr[o HS] Lusur(is) [deduxit?] XII s(emissem)
[aeri]s a(sses) VIII. (CIL IV, 8204)*⁷¹

En estos casos, lo natural sería que se añadiera al contrato de prenda o de hipoteca el pacto comisorio con el que el acreedor

disposición esta acción si todavía no se había completado el año o los dos años necesarios para alcanzar la usucapión.

⁶⁹ Sobre ello, vid. LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El depósito irregular como herramienta para la práctica cotidiana de negocio crediticios entre mujeres en la antigüedad romana”, *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, coord. Rosalía Rodríguez López, 2001, pp. 259 y ss.; GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas...*, cit., p. 70.

⁷⁰ Cfr. <https://www.pompei.numismaticadellostato.it/tappa10.html?lang=en> (última consulta: 26/04/2022).

⁷¹ Cfr. <https://www.pompeiiinpictures.com/pompeiiinpictures/R1/1%2008%2013.htm> (última consulta: 26/04/2022).

pignoraticio se garantizaba la propiedad del bien en el caso de que el deudor no devolviera el préstamo realizado. Así las cosas, el acreedor tenía a su favor una garantía real que, además, le permitía convertirse en propietario del objeto garantizador si el deudor no le pagaba la deuda que había contraído con él. Por lo tanto, no sería necesario acudir a la compraventa con *pactum de retrovendendo* y, posiblemente por esa razón, su uso no estuvo muy extendido durante la etapa clásica.

Con la llegada del Dominado las cosas parecen cambiar. La fiducia desaparece y Constantino prohíbe el pacto de *lex commissoria* (C., 8,34[35],3)⁷². Se podría entender que a partir de ese momento se vetaron en Roma los cauces legales para apropiarse de la cosa utilizada como garantía y que, como consecuencia de ello, los prestamistas tratarían de no perder facultades generalizando el uso de ventas con pactos de retro que dieran al acreedor las mismas ventajas de las que habían disfrutado hasta entonces. Sin embargo, si atendemos al escaso tratamiento que se hace en la compilación

⁷² *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt..*

“Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contacto, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados los casos presenciales, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron.”

Cfr. C.Th.3,2,1.

justiniana del *pactum de retrovendendo*, parece que no debió de ser así.

La razón posiblemente esté relacionada con la posibilidad de apropiarse la cosa que seguía teniendo el acreedor sin necesidad de acudir al pacto de retroventa. Si el préstamo era de poca cuantía, porque el prestatario asumía -independientemente de la prohibición del pacto comisorio- la pérdida del bien garantizador si no lograba devolver lo dejado (algo no muy distinto a lo que sucede hoy en día en algunas casas de empeño); si el préstamo era de una cuantía mayor, porque se permitía al prestamista quedarse con la cosa pagando su valor cuando así se había pactado. En este sentido, Marciano, D., 20,1,16,9, señalaba que existía la posibilidad de acordar al constituir una prenda o una hipoteca que si no se pagaba la cantidad estipulada dentro de un determinado plazo, el acreedor podía quedarse con la cosa abonando su estimación conforme a un precio justo, lo que en cierto modo comparaba con una venta bajo condición.

*Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus severus et antoninus rescripserunt.*⁷³

⁷³ “La prenda y la hipoteca pueden constituirse de modo que si no se paga la deuda dentro de un cierto tiempo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra abonando una estimación que se haga por el valor justo del bien. En ese caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición y así lo dispusieron por rescripto los

Este pacto marciano tenía la función de dulcificar los efectos de la *lex commissoria*, pues evitaba los dos principales problemas que se derivan de su aplicación: el enriquecimiento injustificado del acreedor a costa del empobrecimiento del deudor y el perjuicio causado a los otros acreedores del deudor, para quienes el caudal patrimonial de su pagador se veía reducido injustamente. Quizá por ello, este pacto que según nos dice Marcelo había sido reconocido por rescripto por los emperadores Septimio Severo y Caracalla a principios del s. III d.C., sobrevivió a la prohibición del pacto de *lex commissoria* que hizo más de un siglo después Constantino.

Conclusiones:

El pacto de retroventa, definido como aquél mediante el que el vendedor se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida en un futuro, ya fue conocido en tiempos romanos. En realidad, no dejó de ser otra cosa que un acuerdo dirigido a condicionar el contrato de compraventa. A condicionarlo a través de una condición potestativa y de carácter resolutorio. Condición potestativa porque la recuperación de la cosa vendida dependía enteramente de la voluntad del vendedor. Y de carácter resolutorio porque si el vendedor quería que se le devolviera el objeto vendido, los efectos de la compraventa se resolvían. No obstante, la concepción romana de la propiedad como derecho perpetuo obligó a concebir este tipo de pactos no como verdaderas condiciones resolutorias, sino como

emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla"

pactos de carácter resolutorio condicionados suspensivamente. Como consecuencia de ello, se consideraba que la compraventa era pura y que, junto a ella, se establecía un pacto de resolución condicionado suspensivamente (unida a una compraventa pura, se pactaba que si el vendedor devolvía el dinero, el comprador debía retransmitirle la cosa).

Los efectos de estos pactos, si bien en derecho clásico parece que fueron *ex nunc* y que la revocación tenía carácter obligacional, la desaparición de la *mancipatio* y la *in iure cessio* y la paulatina espiritualización de la *traditio* contribuirían decisivamente no sólo a retrotraer *ex tunc* los efectos del negocio jurídico, sino también a que la revocación se produjera de manera real. Sin embargo, estos cambios no parecieron alterar significativamente el uso que se dio a este pacto en derecho romano y que, en todo caso, sería notablemente menor al que tuvo en los siglos venideros (hasta la consolidación del sistema crediticio moderno).

La razón fundamental de esta limitada aplicación del pacto de *retrovendendo* en Roma posiblemente estaría directamente relacionada con la existencia de la fiducia y de la prenda con pacto de *lex commissoria*. Como se ha indicado, el pacto de retroventa ha sido utilizado mayoritariamente a lo largo de los siglos -también hoy día- para garantizar la devolución de un préstamo. De esta manera, el prestatario vende un objeto al prestamista por el valor del dinero prestado y el prestamista se compromete a "revendérselo" si éste le abona como precio -en el tiempo

establecido- tanto el capital como los intereses acordados. Con el contrato de compraventa, las partes no buscan en realidad el intercambio de cosa por precio, sino garantizar con la propiedad de un bien la devolución de un préstamo. En Roma no fue necesario recurrir a este negocio para conseguir tal fin, sino que durante buena parte de su historia se pudo garantizar la devolución del préstamo directamente con la propiedad de una cosa a través de la fiducia o de la prenda. Posteriormente, cuando estas instituciones desaparecieron -ya en la etapa Postclásica- tampoco el *pactum de retrovendendo* tendría una amplísima difusión: las fuentes apenas hablan de él. Entre las causas que determinaron esta circunstancia, parece que ocuparía un lugar relevante la posibilidad que seguía teniendo el acreedor de quedarse con el bien que servía de garantía en caso de impago. Si el préstamo era de poca cuantía, porque algunos prestamistas seguirían utilizando clandestinamente el pacto comisorio (como sucede hoy día); si el préstamo era mayor, porque a través del pacto marciano se permitía al acreedor quedarse con la garantía pagando su valor cuando así se hubiera acordado.

De este modo, *el pactum de retrovendendo* quedaría reducido fundamentalmente a las compraventas en las que verdaderamente el vendedor quisiera desprenderse de la cosa, pero se guardara la posibilidad de recuperarla en un futuro si su fortuna mejoraba o si sus circunstancias cambiaban, algo no muy distinto al supuesto que recoge C.4.54.2.

BIBLIOGRAFÍA:

- ÁLVAREZ, M. B., “Pactum de retrovendendo y lex commissoria en el contrato de compraventa. Desde Roma al nuevo Código civil y comercial de la Nación Argentina”, *Derecho de obligaciones. La importancia del derecho romano en la época contemporánea (Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano. Bolonia-Ravena)*, coord. G. Luchetti, Bologna, 2016, pp. 615 y ss.
- ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Jovene, Napoli, 2006.
- ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in Diritto romano*, vol.II, 2^a ed., Jovene, Napoli, 1978 (reimpr.).
- ARCHI, G.G.,
 - o “Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano”, *Studi in onore di Emilio Betti*, t. II, Milano, 1961, pp. 31 y ss.
 - o “La restituzione dei frutti nelle vendite con in diem addictio e con lex commissoria”, *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934, pp. 325 y ss.
- ARU, L. y ORESTANO, R., *Derecho romano*, Epesa, Madrid, 1964.
- BETTI, E., “La retroattività della ‘condicio’ («facti» o «iuris») in diritto giustiniano”, *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, Pavia, 1945, pp. 477 y ss.
- BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, 4^a ed, Giuffrè, Milano, 1972.

- BLANCH, J. M., "Pactos de vendendo y de retrovendendo entre historia y dogmática", *RIDA*, N° 45, 1998, pp. 387 y ss.
- BONFANTE, P., *Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 184 y ss
- CALONGE, A., "En torno al problema de la retroactividad de la condición en el Derecho Romano clásico", *Studi in onore di E. Volterra*, t. III, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 143 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral, tomo IV.*, 15ª ed., Reus, Madrid, 1993.
- D'ORS, A., "In diem addictio", *AHDE*, n° 16, 1945, pp. 193 y ss.
- D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 10 ed., Eunsa, Pamplona, 2004.
- DAUBE, "Si... tunc in D., 19, 2, 22, pr. Tenancy of purchaser and lex commissoria", *RIDA*, n° 5, 1958, pp. 427 y ss.
- DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil, vol. II*, trad. Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Reus, Madrid, 1931.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Ramón Areces, Madrid, 1991.
- FUENTESECA, M., *El negocio fiduciario en Roma*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.
- GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid, 2001.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J., "El Derecho Romano en un decreto sinodal ovetense de 1657. Del mutuo seguido de empeño a la

- compraventa con pacto de retro”, *RGDR*, nº 21, 2013, pp. 1 y ss.
- GÓMEZ GARZÁS, J., “La lex commissoria in causam obligationis en los formularios catonianos”, *RGDR*, nº 13, 2009, pp. 1 y ss.
 - IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 1972.
 - JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. L. Prieto., Labor, Barcelona, 1937.
 - LAMBRINI, P., “In diem addictio e seconda compravendita tra le stesse parti: patto modificativo o nova emptio?”, *Studi in onore di Antonino Metro*, vol. 3, Milano, 2010, pp. 383 y ss.
 - LASARTE, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, 18 ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.
 - LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El depósito irregular como herramienta para la práctica cotidiana de negocio crediticios entre mujeres en la antigüedad romana”, *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, coord. Rosalía Rodríguez López, 2001, pp. 259 y ss.
 - LONGO, C., “Sulla in diem addictio e sulla lex commissorianella vendita”, *BIDR*, nº 31, 1921, pp. 40 y ss.
 - MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1989.
 - NAVARRO, R., et al., *Derecho Romano*, t. III, Madrid, 1842.
 - NICOSIA, E., “Utilitas contrahentium e in diem addictio”, *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, vol. II, Padova, 2007, pp. 257 y ss.;

- NICOSIA, E., *In diem addictio e lex commissoria*, ed. Torre, Catania, 2013.
- PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- PENNACCHIO, C., “Note in tema di lex commissoria: a proposito di D. 18.3.8 (Scaev. 7 dig.)”, *Teoria e storia del diritto privato*, n° 10, 2017, pp. 1 y ss.
- RASI, P., *Il patto di riscatto nell acompravendita*, Jovene, Napoli, 1959.
- ROMANO, S., *Note sulla in diem addictio*, Pavia, 1938.
- SACCHI, A., *Sul patto commissorio in diritto romano*, Bologna, 1895.
- SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, J. L. “La venta a carta de gracia en el Derecho de Navarra”, *Príncipe de Viana*, n° 27, 1947, pp. 207 y ss.
- SENN, F., “L’in diem addictio”, *Nouvelle revue historique de droit francais et étranger*, n° 37, 1913, pp. 275 y ss.
- SERAFINI, F., *Instituciones de Derecho Romano*, t. II, trad. y comparación con el Derecho Civil español, J. Trías, Espasa, Barcelona, 1927.
- TORRENT, A., s. v. “*pactum de retro emendo y pactum de retro vendendo*”, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005.
- VIARD, P. E., *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, L’erma, Roma, 1972.
- VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. J. Daza, Civitas, Madrid, 1986,
- WIEACKER, F., *Lex commissoria*, Berlín, 1932.

- ZAMORA MANZANO, J. L., Algunas reflexiones sobre la "lex commissoria" y su prohibición ulterior en el "pignus", *RIDA*, nº 54, 2007, pp. 519 y ss.
- ZILLOTTO, P., "Vendita con lex commissoria o in diem addictio: la portata dell'espressione res inempta", *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, pp. 475 y ss.