Notas en torno a D. XVIII,1,53

por

Luis Rodriguez Alvarez

(*Oviedo*)

Leyendo el libro Décimo octavo del Digesto de Justiniano, en su título primero que nos habla *de contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt,* nos encontramos con el parágrafo 53 de dicho título que creo merece ser una vez mas considerado, sobre todo en relación con otros pasajes del *Corpus Iuris Civilis* y de las Instituciones de Gayo.

El texto que voy a comentar, siguiendo el análisis metodológico que acabo de describir, pertenece al libro vigésimo octavo *ad edictum provinciale* del jurista Gayo y dice como sigue:

> *Ut res emptoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fideiussor datus sit, quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset.*

Este texto que ha merecido numerosísimos comentarios por parte de la Doctrina romanística en lo que llevamos de siglo, sobre todo en el espacio comprendido entre las dos Guerras Mundiales, sin contar los comentarios que al mismo se hicieron por parte de los tratadistas de finales del XIX, creo, que, para una perfecta comprensión de la problemática que plantea, es preciso ponerlo en relación con el siguiente texto de la Instituta de Gayo:

> Gayo, II,20: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive*

quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

Ciertamente, de este último texto de Gayo que acabamos de transcribir, parece desprenderse que la *traditio a domino* unida a una *causa venditionis* produce la trasmisión de la propiedad independientemente de que se haya o no pagado el precio. Solo exige, a primera vista, este pedagogo y jurista del siglo II d.C. para que la trasmisión de la propiedad de este tipo de cosas se realice *venditionis* o *donationis causa* que el *tradens* sea dueño de la cosa y que se haya realizado la oportuna *traditio*. En efecto, si aceptamos como comunmente se acepta, que la c.v. es perfecta (1) desde que hay acuerdo de voluntades, sin embargo, esto no significa que haya trasmisión de la propiedad pués la c.v. clásica no es real sino, por el contrario, obligatoria y, en consecuencia, para que tal trasmisión se opere hace falta

(1) El problema de la determinación de cuando podemos considerar la c.v. como perfecta lo encontramos recientemente tratado en ALONSO PEREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, p. 180 y ss. En efecto, los compiladores bizantinos dogmatizaron el concepto en el famoso pasaje de los comentarios de Paulo al Edicto recogido en D. 18,6,8 pr : *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio : tunc enim sciemus, cuius periculum sit : nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet.* donde se ve que el término *emptio perfecta* coincide con el de *emptio contracta*, y en este sentido apuntan la mayor parte de los pandectistas : VOET, *Commentariorum ad Pandectas*, Venezia, 1827, III. Libr. XVIII, tit. 1, p. 24; ARDNTS, *Trattato delle Pandette*, II. Versión Ital. por SERAFINI, Bolonia, 1880, p. 290 y WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II. Trad. FADDA y BENSA, Torino, 1904, p. 101 y ss.

Sin embargo, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I. Napoli, 1956, p. 111-112, estima que, al menos en derecho justinianeo, es frecuente que haya un segundo momento en la c.v. que no siempre coincide con el del acuerdo ; momento que puede retrasarse cronológicamente y que es aquél en el que las obligaciones que nacen del contrato se hallan dispuestas para ser exigidas *Hinc inde* y a este momento se refiere la terminología de *emptio perfecta*. De todas formas, las dos doctrinas en cierto modo contrapuestas que han tratado de profundizar en la *emptio perfecta* son las de SECKEL-LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im Klasischem römischen Recht*, ZSS, 47 (1927), p. 143 y ss y BETTI, *Periculum*, en Studi de Francisci, I. Milano, 1956, p. 151 y ss., opinando este último que la *emptio perfecta* es un dogma típico de la compilación bizantina mientras que para Seckel-Levy el concepto o categoría fue elaborado por la jurisprudencia clásica, criterio este que, al igual que Alonso Perez, yo comparto.

mancipatio o *traditio*. De esta última sí se habla en el pasaje de Gayo, II,20 que comentamos aunque lo mismo no ocurre en D. 18,1,53 donde no se habla de ninguna de las dos.

Pero quizás la ausencia de los términos *mancipatio* y *traditio* en el texto del Digesto que me sirve de base a estas notas se explique — y en esto comparto la opinión de Voci (2) — porque por efecto de su modificación formal la *mancipatio* sufre una transformación sustancial de la mayor importancia. Dice Voci (3) que « si el pago del precio no es ya una parte esencial de la forma de la *mancipatio* (devenido aquél como meramente ficticio) incluso aquella se convierte en una venta ficticia ». Ficticio es, pués, el pago del precio y efectiva queda la transferencia de la propiedad. Es asi, pués, como la *mancipatio*, de venta se transforma en modo de adquirir la propiedad y, conceptuada de esta última manera, sirve desde el final de la época arcaica hasta toda la época clásica.

Sin embargo, y en opinión de Voci (4), no por esto hay que decir que la *mancipatio* pierda algunos elementos que derivan de su originaria naturaleza de venta, no aludiéndose por esto tanto a la forma cuanto a la garantía por evicción ya que la *auctoritas* permanece viva y podrá ser cumplida siempre que el negocio se emplee « con el fin de ejecución de una venta consensual » (5).

Además, a mi entender, no tiene nada de extraño que en un pasaje como el D. 18,1,53 donde a juicio de varios autores — como después veremos — existen claros síntomas de interpolación, no se mencione ni la *mancipatio* ni la *traditio* ya que en la época de la confección del Digesto el modo normal de operar la trasmisión de la propiedad era la *traditio* y ésta se daba por sobreentendida, pero no ocurría lo mismo en época clásica.

Sin embargo, parece que el texto de Gayo, II,20 que hemos señalado choca con lo expresado por el mismo jurista y que

(2) Voci, *Modi di acquisto della proprietà*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 54.
(3) Voci, *Ob.cit.* p. 54.
(4) Voci, *Ob.cit.* p. 54.
(5) Voci, *Ob.cit.* p. 54.

vemos recogido en D. 18,1,53 donde, si analizamos la primera frase del texto hasta *an eo,* vemos que para que la cosa se haga del comprador *Nihil interest* más que el precio haya sido pagado, sin hacerse en el texto que comentamos distinción alguna entre las *res mancipi* y las *res nec mancipi.* Deliberadamente, y, en principio, no queremos entrar en el análisis del texto desde *an eo* hasta el final porque, la importancia del análisis del mismo, creo que debemos de verla mas adelante cuando estas frases que Pringsheim y otros consideran interpoladas (6) las pongamos en relación con otros textos del Digesto.

En D. 18,1,53 sin distinguir entre las categorías de las cosas se exige solamente para que la trasmisión de la propiedad se produzca en la c.v. que el precio se haya pagado. Por otra parte, tenemos otro texto del mismo jurisconsulta (7) donde ya se distingue y, asi, para las cosas *nec mancipi* (8) no se exige el pago del precio. Por eso y argumentando a *contrario sensu* sobre este último texto, creo poder afirmar, y trataré de razonarlo, que, en época clásica, tratándose de *res mancipi* trasmitidas por el procedimiento típico de la *mancipatio* no veo la razón que explique — aún reconociendo la existencia de textos en los que argumentar la postura contraria — el que para que se produzca una trasmisión de la propiedad en este tipo de cosas haya de pagarse el precio o darse una garantía pués, entiendo, que, por la propia mecánica de la *mancipatio* (*venditionis causa*) se opera automáticamente la trasmisión de la propiedad, independientemente de que el precio haya sido pagado o se haya dado garantía de la entrega del mismo.

(6) Vid. en este sentido: PRINGSHEIM, *Zum Eigentumsübergang beim Kauf*, ZSS, 35 (1914) ; *Die Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig, 1916 ; *Eigentumsübergang beim Kauf*, ZSS, 50 (1930) ; *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf*, ZSS, 52 (1932), ivi 53 (1933) ; MITTEIS, ZSS, 37 (1916), p. 371 ; ALBERTARIO, Rend. Lomb, 58 (1925), p. 259 n. 1 ; BOYER, *Recherches*, 80, p. 93. n. 72 quienes sostienen interpolado el fragmento [*an eo - fin*].

(7) Gayo, II, 20.

(8) Según la definición que de las mismas nos da el propio Gayo en II, 18 y II, 19.

No hay que olvidar, como ya decía Kaser (9), que la cuestión de cómo se encuentran vinculadas jurídicamente compraventa y trasmisión de la propiedad ofrece un especial atractivo tanto desde el punto de vista histórico-jurídico como desde el dogmático. Es este uno de los problemas nucleo de todo el Derecho Privado en el cruce entre el derecho de obligaciones y el derecho de cosas.

El propio Kaser (10), decía que el Derecho Romano antiguo e incluso el clásico, poseía, como es sabido, tres instituciones que sirven para la trasmisión de la propiedad y de las cuales dos eran formales: *mancipatio* e *in iure cessio*, y una amorfa: la *traditio*.

No pretendo descubrir nada nuevo al decir que la *mancipatio* es un negocio formal muy antiguo acerca del cual la tradición y, en especial, las Instituciones de Gayo no nos han conservado mas que huellas muy escasas. Sin embargo, esta idea que, por elemental, a veces, suele ser olvidada, creo que conviene ponerla de manifiesto aquí y en este momento.

Considerada la *mancipatio* como un negocio de enajenación de las *res mancipi*, (11) el ritual de la misma según las explica-

(9) KASER, *Compraventa y trasmisión de la propiedad en el derecho romano y en la dogmática moderna*, Trad. de MIQUEL, (Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid), Valladolid, 1962, p. 13.

(10) *Ob. cit.* p. 9 y ss.

(11) D. 41,1,20 pr: *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.* texto de Ulpiano del libro 29 *ad Sabinum*, y que VOCI (*Ob.cit.* p. 57) al igual que LENEL consideran interpolada la palabra *traditio*, debiéndosela sustituir por *mancipatio* ya que el texto se está refiriendo a un fundo, establece que la *traslatio dominii* se refiere justamente a la *mancipatio* cuando se trata de un negocio de enajenación de *res mancipi*. Esto, sin embargo, no quiere decir que en algún texto no se hable de *mancipatio* de *res nec mancipi* pero se trata de errores en la aplicación del derecho; errores que son siempre posibles en general en la práctica provincial como ocurre con los supuestos contemplados en *Fontes*, 3, p. 289 (caso curiosísimo de venta de una casa) y en Plinio, *N.H.* 9, 117; 19, 35.

ciones del propio Gayo ([12]) consiste en que el adquirente en presencia del enajenante y por lo menos cinco testigos y un *libripens* sujeta el objeto con la mano y con palabras formales declara que este objeto ahora es de su propiedad y que debe de considerarse comprado *Hoc aere aeneaque libra* (es decir por el precio que se paga en el mismo momento). En Gayo, pués, y a pesar de esta declaración formal, no se paga un verdadero precio sino que se simboliza el pago mediante una pequeña moneda (trozo) de cobre. Pero el hecho de que se añada un *libripens* creo que permite afirmar que en la primitiva época del ordenamiento romano se pagaba un precio efectivo remontándose el acto a una época en la que el dinero consistía en barras de metal sin acuñar que se pesaban en el momento del pago. Asi considerada, y, en la época primitiva, la *mancipatio* sería una compraventa al contado que englobaría dentro de si tanto el acuerdo sobre el intercambio que se pretendía efectuar como la inmediata atribución de la mercancía y del precio, estando la causa de la compraventa unida a la trasmisión y formando un negocio único.

Pero ya en la época de las Doce Tablas se renunció al pago de un precio efectivo, bastando entonces como suficiente el símbolo señalado (trozo de cobre) que se entregaba al enajenante con lo que la *mancipatio* quedaba desvinculada de la finalidad de compraventa al contado pudiendo servir ahora para la trasmisión de la propiedad en las compraventas a término, o para otros fines. Por eso, y en opinión de Kaser ([13]): « Si la antigua compraventa al contado había pertenecido al derecho de obligaciones y a los derechos reales, la *mancipatio nummo uno* clásica era ya únicamente un negocio de trasmisión ». Pero debido a que el precio estaba contenido, por lo menos en el símbolo, se siguió viendo en la *mancipatio* únicamente un negocio de compraventa formal por lo que la causa formal de la *mancipatio* era siempre la compraventa.

En consecuencia, se puede decir que la *mancipatio* clásica era abstracta porque estaba desligada de la validez de la

(12) Gayo, II, 22.
(13) KASER, *Ob.cit.* p. 11.

verdadera relación causal [14]. Es discutible, sin embargo, el que esta abstracción de la *mancipatio* rigiera necesariamente o si, por el contrario, las mismas partes podian hacer depender el tránsito de la propiedad, de la causa. Lo que si parece claro es que sin esta cláusula la falta de una verdadera causa no tenía influencia sobre la existencia de la *mancipatio*.

Aclaradas estas ideas que considero básicas para el análisis del problema, creo que estamos en condiciones de analizar, siquiera sea brevemente, cual es el estado actual de la cuestión en el pensamiento romanístico.

Como pone de manifiesto Silvio Romano [15]: « es instructivo el recordar cómo han surgido y, poco a poco, se han venido acumulando las dudas sobre la existencia y sobre la eficacia que durante la larga evolución del Derecho Romano había tenido la regla afirmada por la Compilación justinianea » y que el pasaje de las Inst. Just. II,1,41 después de haberla formulado concretamente al establecer que si las cosas fueran entregadas por causa de donación, o de dote u otra cualquiera, quedan transferidas. Pero por lo que se refiere a las cosas vendidas y entregadas no se adquieren para el comprador de otra forma mas que si éste hubiera pagado el precio al vendedor o se hubiera satisfecho de otra manera como por ejemplo dando una garantía, y reconduce a una disposición de las Doce Tablas.

El paralelismo de este texto con nuestro D. 18,1,53 es a primera vista tan grande que creo conveniente el destacarlo a doble columna para poder ver mejor sus interrelaciones.

(14) La bibliografía está de acuerdo en lo esencial de esta afirmación. Vid. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, (2ª Edición 1956), p. 135; SCHULZ, ZSS, 52, p. 544 y ss.; VOCI, *Ob.cit.* p. 45 y ss y ROMANO, *Nuovi studi sul transferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Cedam, Padova, 1937, p. 61. En contra : HAZEWINKEL-SURINGA, *Mancipatio en traditio*, Amsterdam, 1930, p. 114 y ss. por no citar mas que un ejemplo ya que como es sabido la opinión sobre el que la *mancipatio* sea o no abstracta no es unánime.

(15) ROMANO, Silvio, *Ob.cit.* p. 57.

D. 18,1,53

Gaius libro vicensimo octavo ad edictum provinciale. Ut res emptoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fideiussor datus sit. quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset.

Inst. Just. II,1,41

Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum; tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.

Como es fácil observar del examen detenido de ambos textos los dos rigen el pago del precio y lo hacen necesario para que la transmisión del dominio se opere, lo cual, a primera vista, haría pensar que los dos textos son de origen gayano, máxime teniendo en cuenta que Ins. Just es un manual de Instituciones para el estudio del derecho en el siglo VI d.C. y no tendría nada de particular que los comisarios de la Compilación hubieran sacado el texto Inst. II,1,41 de alguna obra de Gayo como las *Res Cotidianae*. Sin embargo, ni en la Palingenesia de Lenel (16) ni en las mas recientes instituciones de Nardi (17) encontramos traza alguna del origen gayano del mencionado texto. Solamente Ferrini (18) basándose en las conexiones del propio texto con el anterior (Inst. Just. II,1,40) y en

(16) LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Vol. I, Graz, 1960, p. 251.

(17) NARDI, *Instituzioni di diritto romano*, Testi, 2, Milano, 1975, p. 50 quien no vincula el texto en cuestión a ningún jurista clásico llegando a establecer la hipótesis de que se trate de una constitución.

(18) FERRINI, *Opere*, II. Studi sulle fonti di diritto romano, Milano, 1929, p. 359.

criterios formales como las expresiones *sine dubio* que aparecen en Gayo, 2,94 y 4,74 y también *non aliter ... quam* al igual que *satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato* que igualmente se encuentran en D. 18,1,53, pretende atribuirlo a Gayo aunque sin demasiada convicción.

Por eso, como puso de relieve Ihering (19), comenzó a destacarse que un pricipio semejante, cuya observancia se podía pretender y garantizar en un ordenamiento que de las varias formas de trasmitir la propiedad no admitía mas que la *traditio,* se conciliaría mal con el formulismo y la eficacia de la *mancipatio* susceptible de por si de operar la trasmisión del dominio incluso sin el pago efectivo del precio.

Tal opinión que, solamente unos años mas tarde, era acogida por Mitteis (20) y bastantes años después fue reemprendida por Meylan (21) con importantes modificaciones, debía de sufrir un largo eclipse merced a una mas radical teoría que durante largo tiempo se mantuvo en boga. En efecto, después de que Enneccerus y Naber comenzaran el análisis crítico de los textos relativos al argumento de las Inst. de Justiniano (22), Pringsheim (23), se pronunciaba vigorosa e insistentemente contra la genuinidad de la regla trasmitida por Ins. II,1,41 y no solamente contra el fragmento que hacía referencia al *fidem sequi* — que ya Enneccerus había considerado interpolado — sino también contra el resto del fragmento 41. La tesis de Pringsheim lleva a la conclusión de que el Derecho Romano clásico no habría subordinado el paso de la propiedad de la cosa vendida

(19) Ihering, *Geist des römischen Rechts,* (5ª Edición), Leipzig, 1898. II, p. 541 y ss.

(20) Mitteis, *Römisches Privatrecht,* Leipzig, 1908, p. 186-260.

(21) Meylan, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue,* Studi Bonfante, I. Milano, 1930, p. 441 y ss. Y mas recientemente del mismo autor: *Pourquoi le vendeur romain n'est pas tenu de transférer la propriété de la chose,* Festschrift Riese, (Karlsruhe), 1964, p. 423-435.

(22) Naber, *Observatiunculae de iure romano,* Mnemosyne, N.S. XVIII, 1890, p. 149 y ss.

(23) Pringsheim, *Zum Eigentumsübergang...,* p. 328 y ss; *Die Kauf...,* p. 46; *Eigentumsübergang...,* p. 333 y ss.; *Zur Frage...,* p. 195 y ss.

al pago del precio a o un sustituto de éste. La tesis de Pringsheim defendida con una abrumadora mayoría de argumentos (con vivos y mordientes ataques contra sus adversarios) fue acogida, a pesar de que el autor ocultara deliberada pero lealmente algunos aspectos que a él mismo le parecieron débiles, por numerosos y prestigiosos romanistas que compartian su idea de bizantinismo o interpolación del fragmento de las Instituciones; interpolación dificil de admitir en un texto como las Inst. de Just. pero que a mi entender y, a la vista de lo dicho, parece hasta cierto punto posible.

La tesis de Pringsheim fue, sin embargo, objeto de numerosas críticas que se pueden reagrupar teniendo siempre en cuenta que ninguna de ellas coincide al 100 % con otra. No es tampoco que nieguen la tesis de Pringsheim, sino que contraponen a ella diversas soluciones.

Quizás en un primer grupo se puedan aglutinar las teorías de Appleton y de Schönbauer (24). Ciertamente, estas dos son muy distintas tanto por el método con el que se conducen como por los resultados, pero sin embargo, tienen de común la tendencia a volver a la vieja doctrina que hace destacar en el derecho clásico el principio de la necesidad del pago o de un sucedaneo para la transferencia de la propiedad de toda clase de cosas, sea cual sea la forma con la que la c.v. se haya realizado. En esencia, pues, están de acuerdo ambos tratadistas en negar completamente la teoría de Pringsheim.

Sin embargo, en un análisis mas detallado de ambos, se puede decir que el romanista francés llega a la conclusión de que el pago del precio o, a falta de éste, la concreta garantía prestada por el comprador, era requerida como se atestigua en las Instituciones Justinianeas desde la ley de las Doce Tablas; por otra parte, y en cuanto al simple acreditamiento, *sine ulla satisfactione* se habría introducido únicamente para la *traditio* de una *res nec mancipi* por la jurisprudencia posterior.

(24) APPLETON, *A l'époque classique le transfert de propriété de la chose vendue et livrée était-il subordonné, en règle, au paiement du prix?*, RHDF, 4e série, 7 (1928), p. 11-45 y 173-200; SCHÖNBAUER, *Zur Frage des Eigentumsübergang beim Kauf*, ZSS, 54 (1934), p. 18 y ss.

La réplica de Pringsheim a los argumentos de Appleton y la actitud de éste último hacia las fuentes que le parecen demasiado conservadoras por un lado, mientras que por otro piensa que son demasiado poco histórico-críticas, dieron lugar a las notables investigaciones de Schönbauer que es el último escritor de esta corriente sobre el argumento.

Para Schönbauer (25), sería preciso con respecto al problema que nos ocupa, distinguir diversos periodos. Por une parte, opina que, ya las Doce Tablas, habrían sobrepasado el estado de la venta al contado constituido por el cambio de la mercancía por el precio y habrían, en consecuencia, permitido la sustitución de éste último por una obligación constituida por una *sponsio* formal. Reconocida entonces la venta como contrato obligatorio, el principio de las Doce Tablas se habría mantenido inalterable pero interpretado en sentido amplio, de forma que su finalidad de asegurar al vendedor y entregar el bién vendido por parte de aquél podía conseguirse igualmente con la *sponsio,* con el *pignus* y con la *fideiussio.* Y asi habría continuado una evolución semejante hacia formas cada vez mas atenuadas de *satisfactio.* Por eso, opina Schönbauer, es posible que ya en la tardía época clásica, bajo Caracalla y sus sucesores e igualmente desde Diocleciano en adelante, el simple dejar la cosa vendida se interpretaría como una declaración de *satisfactio* a menos que por las partes se concluyera un acuerdo distinto. Hacia el año 300 d.C. se habría concluido pués esta evolución. Por eso Justiniano, opinaba Schönbauer, lejos de acoger concepciones helenísticas extrañas al derecho romano no habría hecho otra cosa que reunir las normas procedentes que ya se encontraban en los *Iura* y en las *leges.* Justiniano dejó inmutados los pasajes de los juristas relativos al pago del precio y a la *satisfactio* (al menos sustancialmente), y de la misma forma los del Código, pero en las Instituciones tuvo que tener en cuenta la evolución antedicha que resultaba de los mismos pasajes, resumiéndola.

(25) *Ob.cit.* p. 18 y ss.

Antes de seguir adelante con otras teorías que, a diferencia de la expuesta, no atacan de lleno la tesis de Pringsheim, aunque por distintos caminos acogen en parte las conclusiones de Schönberger, creo que conviene el que nos fijemos en que en lo expuesto hasta este momento ninguno de los romanistas ha tomado en consideración el fragmento D. 18,1,53 objeto de estas notas; antes bién, sus pasos han seguido por otros derroteros; por la regla mantenida en las Inst. II,1,41 donde al igual que en el pasaje del Libro XVIII del Digesto tampoco se hace distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi* pero donde también se mantiene la necesidad de que el precio se haya pagado o se hayan dado garantías para que la transferencia de la propiedad se verifique.

Albertario (26), recogiendo algunas observaciones de Naber, sostenía que con la aparición del método histórico-crítico en los estudios romanísticos había llegado el momento de aplicarlo a los textos que hacen referencia a la transferencia de la propiedad en la compraventa romana (27). Por eso, decía Albertario (28) que aunque el estado de estos textos es, sin eufemismos, penoso, hay alguno del cual pudiera resultar que la propiedad se transfiere al comprador en el momento de la *traditio* independientemente del pago del precio (29); otros requieren para la transferencia de la propiedad que haya sido pagado el precio o haya sido garantizado concretamente por el comprador (mediante *fideiussio, expromissio* o *pignus*) el pago. Otros, en cambio, en lugar de exigir esta concreta garantía admiten que se transfiere la propiedad en el momento de la *traditio* cuando el vendedor *fidem emptoris secutus est* o *fidem habuit emptori* (30). Por eso dice Albertario (31) que la norma clásica vigente para la venta de una *res nec mancipi* se hace en general norma

(26) ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Riv. di Dir. Commerciale, 1929, I. p. 233 y ss.

(27) ALBERTARIO, *Ob.cit.* Ristampa en *Studi di Diritto romano*, III, Milano, 1936, p. 425 y ss.

(28) ALBERTARIO, *Ob.cit.* p. 425.

(29) Gayo, II, 20.

(30) Inst. II, 1,41 y D. 18,1,53.

(31) ALBERTARIO, *Ob.cit.* p. 434.

justinianea para la venta de una *res* cualquiera, ya que la *traditio* que en el derecho clásico servía para la alienación de una *res nec mancipi* sirve en el Derecho justinianeo para la alienación de una *res* de cualquier tipo (32).

El precio, nos dice Albertario, estaba siempre contrapuesto a la cosa y el paso de la propiedad de la cosa está siempre en dependencia del pago del precio (33), incluso en la *mancipatio* reducida a un símbolo aún cuando en la fórmula de la misma conserva las palabras *isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra*.

A este respect, Reinach (34), decía — en parte en contra de lo sostenido por Kaser — que la *mancipatio* ha sufrido diversos avatares antes de fijarse en época de Augusto bajo la forma de un ceremonial que combina el acto liberal y el pronunciamiento de una fórmula que imita la fórmula vindicatoria de la venta. De cualquier forma, agrega Reinach, ella no constituye nunca en ninguna época una venta; la venta es la causa de este acto jurídico llamado *mancipatio* y por eso ésta interviene en aquella a título simplemente facultativo y en este sentido puede ser suplida por otras instituciones y en primer lugar por la *usucapio* en las transferencias a título oneroso, pero solo en las de bienes que no hayan sido ya mancipados o la propiedad se encuentre escindida en nuda propiedad o en usufructo. Por eso la *mancipatio* — dice Reinach — permanece en uso hasta fechas que varián según los diversos empleos.

Pero volviendo a la tesis de Albertario, en la que como hemos visto el autor se preocupa de poner en relación no solo Inst. II,1,41 con Gayo, 2,20 sino también con nuestro texto, lo que

(32) D. 41,1,9,5 y D. 41,1,9,6: *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio. item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

(33) ALBERTARIO, *Ob.cit.* p. 437.

(34) REINACH, *Ébauche d'une mancipation*, Paris, 1960, p. 53.

evidencia, a mi modo de ver, un análisis mas ténico de la problemática que encierra la transferencia de la propiedad en la compraventa. Esta tesis fue en su dia reconsiderada, desarrollada, y, en algún punto modificada por Archi (35) quién se muestra también contrario a Silvio Romano (36) a quién combate duramente por afirmar que la *traditio* requiere el pago del precio. Archi, en su ponderado análisis afirma que la contradición que aparece en los textos entre el pago del precio y la transferencia de la propiedad no se resuelve recurriendo a interpolaciones como quiere Pringsheim y tampoco pensando en una gradual evolución del sistema como en términos diversos querrían Appleton y Schönbauer. Para Archi, al igual que para Romano, la via a seguir es la señalada por Albertario y por Meylan y por eso el punto de partida de Romano es válido para Archi que, a diferencia de aquél, tiene en cuenta dos textos que él considera fundamentales: el D. 18,1,19 de Pomponio y el D. 18,1,53 de Gayo (37) y en los cuales no se hace distinción entre las *res mancipi* y las *res nec mancipi*; pero en el texto de Ulpiano contenido en D. 18,1,25,1 (38) a diferencia del anterior texto de Pomponio si se habla de *fundum* (*res mancipi*) y de *necesse non habet fundum emptoris* con lo que se nos está dando la regla clásica de la compraventa en el sentido de diferenciar el negocio jurídico de compraventa (que es obligatorio) de la obligación de entrega que tal negocio comporta (¿Obligación de realizar *mancipatio*?. Los textos no dicen gran cosa al efecto pero Gayo da un ejemplo de *praescriptio* en la fórmula al decir *ea res agatur de fundo mancipando* que da la impresión que hacer la *mancipatio* es un deber del vendedor para poner al comprador en el uso y disfrute de la cosa) independientemente de la forma con la que se realice aquella

(35) ARCHI, *In tema di trasferimento della proprietà per compravendita*, « SDHI », I (1935), p. 3-19.

(36) ROMANO, *Ob.cit.* p. 57.

(37) D. 18,1,19 : *Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.*

(38) D. 18,1,25,1: *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit.*

obligación de entrega (*mancipatio* o *traditio*). Por eso Ulpiano pone *necesse non* porque si es con *mancipatio* (entiendo yo desarrollando el argumento de Archi) si se trasmitirá la propiedad, con lo que este texto conjuga con Gayo, 2,20 y con D. 18,1,53 en interpretación de Archi que yo comparto (39).

El punto mas delicado, según Archi, lo constituye la exégesis de Gayo, 2,19 y 2,20. Gayo, en efecto, dice Archi, para afirmar que la *traditio* de una *res nec mancipi* opera el traspaso de la propiedad y lo opera *statim* antitéticamente a cuanto sucede para las *res mancipi,* hace preceder con el parágrafo 19 la afirmación de que dicha *res* con el simple acto de la tradición *ipso iure alterius fiunt* (para las *res mancipi* dirá, en cambio, en el parágrafo 22 que para aquellas es necessario otro medio de transferencia: la *mancipatio*) para decir después que esto ocurre en cuanto la *traditio* encuentra su base en una *iusta causa* (parágrafo 20). ¿Cómo Gayo — se pregunta Archi — puede escribir esto si después, en relación a la compraventa la causa no hubiera sido suficiente o hubiera sido, en cambio, el pago del precio?. La dificultad es tan grave — afirma Archi — que Schneider que quiere sostener la necesidad del pago para la adquisición de la propiedad mediante la *traditio,* para conciliar su afirmación con la estructura de los parágrafos 19 y 20 de Gayo, ha afirmado que el pago del precio no es ya una condición ya que en la *traditio ex causa emptionis* debe verificarse de forma que mientras para las otras *iustae causae* éstas son suficientes para operar la transferencia, en la hecha por compraventa debe verificarse dicho último requisito, pero que, aún mas, el pago del precio es tal que, sin él, no subsiste la *causa emptionis* por lo que una *traditio* hecha por compraventa pero antes del pago del precio, es una *traditio* hecha no por una *iusta causa.*

(39) Sin embargo, negando la autenticidad del texto de Ulpiano tenemos a Jörs,*Röm. Priv. Recht*, p. 161 quien duda de la autenticidad de todo el parágrafo, e igualmente Beseler en Tijdschrift, 8 (1928), p. 288 y ss, quien propone la siguiente reconstrucción del mismo: <*Eum, qui fundum, quem vendidit, emptori stipulanti dare spopondit, fundum non solum mancipare, vel etiam emptoris facere oportet*>.

De todas formas, Archi, se manifiesta a favor de la tesis de no necesidad del pago del precio y ello en base a numerosos textos ([40]).

En un paso mas por este *excursus* de las posiciones doctrinales, señalaré que casi al mismo tiempo que Albertario, Meylan llegaba a conclusiones perfectamente inversas a las del romanista italiano; conclusiones que se pueden resumir del siguiente modo ([41]).

1ª. La *mancipatio* de las *res mancipi* y la *traditio* de los fundos provinciales hechas *ex causa venditionis* producen el traspaso de la propiedad de las primeras y del derecho de goce de las segundas incluso cuando el precio no haya sido pagado ni garantizado.

2ª. Esta condición era, en cambio, requerida por las Doce Tablas solamente para la venta de las *res mancipi*.

3ª. La *traditio* de una *res mancipi* e incluso también de una *res nec mancipi* bastaba en el derecho clásico para hacer adquirir la propiedad pretoria independientemente del pago del precio o de un sucedaneo.

4ª. En el derecho justinianeo el pago del precio o la garantía son requeridas para toda compraventa pero se deja al acreedor la facultad de renunciar acreditando el precio.

Creo que sería interesante que nos detuviéramos un poco en averiguar cómo Meylan llega a estas conclusiones ([42]). En efecto, Meylan ([43]) argumenta que se podría decir en principio que el contrato de venta del derecho romano clásico es una venta al contado de realización diferida (sin que esto pueda parecer una paradoja) si el régimen de la obligación del comprador no era de otra esencia. En efecto, dice Meylan, la

(40) D. 7,1,12,5; D. 21,1,43,10; D. 41,1,48,2; D. 7,1,12,25,1; D. 14,4,5,18; D. 30,39,2; D. 49,14,5; D. 19,1,40 y C. 3,32,12.

(41) MEYLAN, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue*, en Studi Bonfante, I, Milano 1930, p. 441 y ss.

(42) MEYLAN, *Réflexions sur Ulp. (Cels.) D. 19,1,13 § 17*, RIDA, 3e Série, III, 1956, p. 303 y ss.

(43) MEYLAN, *Ult. loc. cit.* p. 311.

obligación de *dare pretium* está articulada sobre el modelo de una obligación cualquiera de *dare certam pecuniam,* la ejecución de la prestación tiene alli valor de *solutio,* es decir, de un acto traslativo, título de *usucapio* y *iusta causa traditionis,* el comprador que tiene derecho a los frutos desde la conclusión del contrato no debe los intereses del precio mas que después de la *traditio.* El gran misterio de la venta consensual romana está sin duda en esta estructura tan diferente de las dos obligaciones que contemplan el cambio.

El origen del sistema, agrega Meylan, está en la equivalencia estatuida por las Doce Tablas para la venta al contado, entre la prestación actual del precio y la garantía de esta prestación (bién entendido, no debida jurídicamente) por la promesa de un *sponsor* (argumento de Inst. II,1,41; Gayo, D. 18,1,53). Del *sponsor,* una vez introducido el principio de las promesas obligatorias, se ha pasado, por mediación de terceros, al *expromissor* (*expromissor datus.* Inst. II,1,41; D. 18,1,53), a la *expromissio nummorum* del comprador en persona (Varrón. *R.R.*2,2,5; Alf. D. 44,1,14). Por eso bién que el comprador pague el precio (*solvere nummos*) o que el vendedor le fie (*fidem emptoris sequi.* Inst. II,1,41; *fidem habere emptori.* Pomponio, D. 18,1,19) él le promete y la venta será válidamente formada, como venta al contado, con tal de que el vendedor cumpla su prestación propia.

Es esta una hipótesis, añade Meylan, (que es exactamente la de las ventas varronianas) en la que el vendedor ha sido obligado *ex fide bona* da una obligación de pago. Pero sin duda no lo fue de golpe y es por ello conveniente imaginar une andadura mas matizada. Cuando por una razón cualquiera el pago de la cosa era tardio, las dificultades podrán surgir con respecto a lo que deba comprender la prestación del vendedor para hacer la equivalencia con una prestación regularmente cumplida en el momento de la convención o acuerdo. Esta fue, quizá, en materia de venta, la primera ocasión de un *arbitrium* o de un *iudicium bonae fidei.* De ahi a admitir que el comprador pudiera escoger un juez si el pago mismo de la cosa era rechazado, no había mas que un paso a franquear en un sistema que permanecía siendo el de la venta al contado.

Longo ([44]), en un interesante apéndice histórico y en su curso de derecho romano ([45]) ha creido aunar una posición negativa bién frente a la teoría de Pringsheim, bién frente a las otras contrarias a esta. Aquellas se habrían destruido recíprocamente generando una apreciación escéptica y conclusiones agnósticas. Por eso, según Longo, anteriormente al sistema justinianeo que habría abandonado la regulación de la trasmisión de la propiedad a la voluntad del vendedor, el pago del precio habría sido necesario para tal trasmisión a menos que no se hubiese prestado una garantía (*satisfactio*).

El principio justinianeo que, según Longo, debe recabarse de estos dos textos: Inst. II,1,41 y D. 18,1,59 ([46]), debemos de verlo en su génesis como propone Biscardi ([47]) cuando dice que debemos excluir — como proponen muchos autores — que la *numeratio pretii* fuera esencial en derecho clásico para la transferencia de la propiedad por compraventa, pués, la jurisprudencia clásica era concorde en admitir que la *traditio* de una *res mancipi* por parte del vendedor propietario hacía adquirir al comprador la propiedad pretoria independientemente del pago del precio y esto puede verse en Gayo, 2,41:

> *Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias : semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.*

y en D. 40,12,38,2:

> *Quaesitum est, an emptor servo recte libertatem dederit nondum pretio soluto. Paulus respondit servum, quem venditor emptori tradidit, si ei pro pretio satisfactum est, et nondum pretio soluto, in bonis emptoris esse coepisse.*

(44) LONGO, *Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo*, BIDR. (45) (1938), p. 15-56.

(45) LONGO, *Corso di diritto romano*, Milano, 1937, p. 436 y ss.

(46) Vid. n. 37.

(47) BISCARDI, *Sulla genesi della norma giustinianea in materia di trasferimento della cosa venduta*, RIDA, 2 (1953), p. 271-288.

a pesar de la pálida interpolación [*si ei pro pretio satisfactum est*] (48).

En conclusión, apunta Biscardi, que la irrelevancia de la *numeratio pretii* para la transferencia de la propiedad *ex causa venditionis* armoniza perfectamente con la clara distinción concebida y rigurosamente aplicada en todo el campo de la ciencia jurídica romana entre negocios obligatorios y traslativos, mientras que sería un contrasentido que la ejecución de una obligación derivada de un contrato ya perfecto condicionase institucionalmente la manifestación de voluntad en la que se concreta el acto de alienación que tiene por base la compraventa pero que es completamente independiente en su estructura de aquella.

No es dificil, por tanto, en opinión de Biscardi, hacer hipótesis sobre cómo nació la norma contenida en Inst. II,1,41. Asi, para este autor, — tesis que comparto — Justiniano habría reafirmado solemnemente en su compilación la necesidad de la *traditio* como acto de transferencia de dominio restituyendo de tal forma a la compraventa su naturaleza puramente obligatoria. Si bién una vez restablecida la distinción entre negocios obligatorios y traslativos y queriendo mantener aún vivo el principio relativo al pago del precio fue preciso unir este principio al negocio mismo que determinaba el paso de la propiedad.

Esta norma justinianea, creo, sería, en realidad, un compromiso entre dos concepciones profundamente diversas como la de la venta obligatoria y la venta real y sí un compromiso bastante barroco aunque responde en la práctica a las exigencias (sobre todo comerciales) de una mas eficaz tutela del vendedor que no ha cobrado. Por eso Biscardi, concluye siguiendo a Feenstra (49) afirmando que el principio base de esta norma es concordante con la estructura de la compraventa

(48) PRINGSHEIM, *Kauf.* ZSS, 50 (1930), p. 413 y ss; APPLETON, RH, 7 (1928), p. 43 y ss; BOYER, *Recherches*, 79, p. 101, n. 92; MEYLAN, Studi Bonfante, I, p. 471; PRINGSHEIM, ZSS, 35 (1914), p. 328 consideran interpolado [*si - satisfactum est*].

(49) BISCARDI, *Ob.cit.* p. 260.

real pero se reduce a algo ilógico cuando encuentra aplicación en un sistema en el cual está vigente la compraventa obligatoria distinta como tal del acto de transferencia y siendo, por tanto, una regla simplemente facultativa en la que puede decirse que el pago del precio no es mas que un *naturale negotii* en la *traditio ex causa venditionis*.

Todavía he de señalar como contraria a la opinión que trato de sustentar en estas notas, la de Filippo Gallo (50) fuertemente criticado por Talamanca (51) quien afirma, plenamente de acuerdo con Arangio-Ruiz (52), que en el derecho clásico el pago del precio no era requerido cualquiera que fuese el medio escogido para actuar la trasmisión de la cosa *emptionis causa*.

Aunque, quizás demasiado esquemáticamente en algunos supuestos, creo que las diferentes posiciones doctrinales sobre el problema del cual el D. 18,1,53 no es mas que un eslabón, han quedado perfiladas en lineas anteriores y esto me permite, a la luz de lo expuesto y de los diferentes textos concordantes con aquel, iniciar mi argumentación que había dejado perfilada en las primeras páginas de este trabajo.

Ya en 1907, Bonnet (53) sostenía— y no comparto su opinión — que el vendedor está obligado a transferir la propiedad y basaba su argumentación fundamentalmente en un texto, el D. 18,1,25,1:

> *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit.*

En opinión del autor citado, de este texto se desprende que son obligatorias para el vendedor la *mancipatio* si la cosa es *mancipi* y la *traditio* con intención de transferir la propiedad si es *nec mancipi*. Y añadía que el vendedor en el caso en que

(50) GALLO, Filippo, *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustinianeo*, Torino, 1955, p. 28 y ss.

(51) TALAMANCA, *Ancora sul principio emptione dominium transfertur*. Studi econ. giuridici. Cagliari, 43 (1962-63), p. 9-23.

(52) ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*. I. Napoli, 1956. p. 14 y ss.

(53) BONNET, Émile, *Le vendeur obligé de donner*, Mélanges Gérardin, Paris, 1907, p. 43-61.

sea propietario, o mas generalmente, en el caso de que la traslación de la propiedad sea posible — es el caso ordinario — debe transferir la propiedad. Si la cosa es *nec mancipi* esta obligación está comprendida en la de liberar la posesión. Si la cosa es *mancipi* estará comprendida en una obligación que nace con ocasión de estar exenta la cosa de dolo. Habrá dolo por parte del vendedor cuando se contente con hacer la tradición de forma que no transfiera mas que la propiedad bonitaria y retenga el *dominium ex iure Quiritium.*

En contra de esta argumentación, creo, que si partimos de la base establecida en el texto de Gayo correspondiente al libro II de las *res cotidianae* y recogido en D. 41,1,9,5:

> *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi : licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio.*

la mera voluntad del dueño, aún sin la entrega, es suficiente para transferir una cosa y pone al respecto varios ejemplos entre los que se encuentran el de una compra de una cosa que está en comodato o en arrendamiento.

Por otra parte si analizamos con un poco de detenimiento el texto de Ulpiano contenido en D. 19,1,11,2:

> *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere : quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur.*

que Pringsheim (54) considera interpolado [*si modo — satisfactum*], vemos que la obligación principal del vendedor es entregar la cosa (y en esta parte del texto no existe duda sobre su autenticidad), como la del comprador es hacer del vendedor las monedas, con lo que hasta ahora este texto concuerda con lo establecido por Gayo en D. 41,1,9,5. Otra cosa distinta es,

(54) PRINGSHEIM, *Kauf*, p. 62.

a mi modo de ver, el cómo ha de realizarse la obligación del vendedor establecida por D. 19,1,11,2 que recoge el texto de Ulpiano contenido en el libro 46 *ad Sabinum* y que si aceptamos como interpolación del mismo lo que ya varios autores han señalado como tal (55), y admitimos, en consecuencia, (lo cual por otra parte parece lógico teniendo en cuenta la importantísima división de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi* que opera en época clásica) las reconstrucciones que para el *tradere* se han propuesto por algunos, vemos que para Bonfante (56) *id est* debería reconstruirse por <*aut mancipare aut*> y para Scialoja (57) *tradere* debería sustituirse por <*et, si mancipi est, mancipare similave*> mientras que para Naber (58) [*ipsam-tradere*] está interpolado y debe de reconstruirse de la siguiente forma: <*mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere, si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit*>.

Admitidas, pués, las posibles y señaladas interpolaciones de este texto y, admitidas también, por mi parte, las posibles reconstrucciones de Scialoja y Naber por considerarlas concordes con la distinción aún vigente en época clásica entre cosas *mancipi* y *nec mancipi* en cuanto a la forma de su trasmisión, creo que para las cosas *mancipi* trasmitidas *emptionis causa* no es necesario el pago del precio y una prueba de ello la tenemos en el texto de Paulo: D. 40,12,38,2 ya recogido en otro lugar de estas notas donde, tratándose de un esclavo (*res mancipi*) se pregunta si el comprador le habrá dado válidamente la libertad a aquel no habiéndose pagado todavía el precio, a lo que Paulo responde que el esclavo que el vendedor entregó al comprador (y aquí el *tradidit* hemos también lógicamente de sustituirlo por *mancipavit*) comenzó a estar en los bienes del comprador aún no habiéndose pagado el precio porque el fragmento comprendido entre [*si — satisfactum est*], como ya hemos señalado en otro lugar, debe de considerarse interpolado.

(55) [*Id est tradere*] (?) BRUGI, Studi Perozzi, p. 305; [*qua res - satisfactum*] MONIER, Mél. Cornil, 2, p. 146; [*qua res - obligat*] RABEL, ZSS, 47 (1927), p. 487; [*si modo - satisfactum*] PRINGSHEIM, *Kauf*, p. 62.

(56) BONFANTE, *Ist. dir. rom.*, p. 469, n. 1.

(57) SCIALOJA, Bull, 18 (1907), p. 187, n. 1.

(58) NABER, Mnemeion, 17 (1889), p. 339.

Resumiendo, creo, que podemos concluir que la norma general para la transferencia de la propiedad en la compraventa en la época clásica contenida en Inst. II,1,41 y Pomponio, *Libro 31 ad Quintum Mucium*: D. 18,1,19 (59)

> *Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum.*

no está reñida, en absoluto, ni con lo contenido en Gayo, 2,20 ni en D. 18,1,53, y esto porque la norma general señalada en lineas *supra* está, sin duda, haciendo referencia al modo normal de trasmitir las cosas en una época en la que ya la *mancipatio* ha caido en desuso y donde la *traditio* ha venido a suplantarla para todo tipo de trasmisiones de cosas. Esta norma está pués, sin la menor duda, recogiendo el sentir normal de operatividad de la *traditio*.

Por otra parte, el D. 18,1,53 recoge, como ya se señaló anteriormente, un fragmento de las *res cotidianae* presuntamente atribuidas a Gayo y que, a no dudarlo, han sufrido profundos remanejamientos postclásicos, por lo que no es de extrañar que (como ya señalaba al principio) desde *an eo* hasta el final del texto estuviera interpolado. Este remanejamiento postclácico, habrá contribuido, en mi opinión, a que no se haya hecho distinción en el texto entre cosas *mancipi* y *nec mancipi* porque la *mancipatio* empezaba a estar en desuso. Por eso el propio Gayo, cuando en la Instituta, 2,20 se refiere a las *res nec mancipi* entregadas *venditionis causa*, no exige el pago del precio porque ya la *traditio* en esta época es el modo normal que conduce (si el que la hace es *dominus*) a la *usucapio* y a las protecciones pretorias a través de fórmulas ficticias.

Pero lo que aquí sí es claro, a mi modo de ver, es que cuando la *mancipatio* cumple su misión de trasmitir la propiedad de las *res mancipi* ella solo de por si se basta para efectuar la transferencia de propiedad de tales cosas independientemente

(59) A parte de Boyer, quien considera interpolado todo el parágrafo, otros como Pringsheim, ZSS, 35 (1914), p. 328 consideran interpolado desde [*aut pretium - fin*] y el mismo autor en ZSS, 42 (1921), p. 659, n. 2 también considera interpolado [*vel etiam*].

de la causa (*venditionis* o *donationis*). Otra cosa distinta ocurre con las *res nec mancipi* trasmitidas por *traditio* en las cuales sí creo es de aplicación la norma general de Inst. II,1,41 que, en mi opinión, por generalización debida al desuso de la *mancipatio* en época postclásica, se extendió a todas las cosas sin distinguir entre *mancipi* y *nec mancipi*.