

LAS TRANSACCIONES COMERCIALES A TRAVÉS DE LEASING EN LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS¹

por Carmen LÁZARO GUILLAMÓN

(*Universidad Jaume I. Castellón*)

I.- Introducción. **II.-** Las fuentes romanas: **II.1.-** Los gladiadores de Gai. III, 146. **II.2.-** Inmuebles: D. 19, 2, 21. **II.3.-** Leasing sobre equinos: D. 19, 2, 20pr y 19, 5, 20, 1. **III.-** Conclusiones.

I.- En las páginas que siguen nos proponemos analizar las fuentes jurídicas romanas en las que, en sentido general, podemos establecer ciertos paralelismos y similitudes y por tanto ejemplos *ante litteram* del *leasing*, contrato de financiación en el ámbito mercantil que desde mediados del siglo pasado ha adquirido importancia creciente. Siguiendo a Vicent Chuliá², el *leasing* o arrendamiento financiero, es un contrato en virtud del cual una Sociedad de *Leasing* cede a la empresa financiada el uso de un bien duradero, mueble o inmueble, durante un periodo irrevocable, contra el pago de una renta periódica -cuya cuantía incluye la amortización parcial del objeto- y con la opción de compra al fin de dicho período por un precio residual previamente fijado.

A decir de Trabucchi³, estamos frente a una nueva categoría de cambio en función de la consunción económica o de disfrute del bien objeto de *leasing*, es más, la relación jurídica entre los sujetos

¹ El presente artículo se realizó durante una estancia de investigación en el *Leopold Wenger Institut für Rechtsgeschichte* de la *Ludwig-Maximilians-Universität* de München financiada a través de una beca concedida por el *Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD)*.

² VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de derecho mercantil. Tomo II. Contratos-Títulos valores-Derecho concursal* (Barcelona 1990) p. 272.

³ TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile* (Padova 1991) p. 710.

y el objeto puede presentar una doble tipología, así, cabe hablar por un lado, del *leasing* financiero, en el que la finalidad fundamental del utente es obtener indirectamente la financiación para adquirir bienes instrumentales contra el pago de un canon periódico por dicha financiación⁴; por otro lado, nos encontramos con el denominado *leasing* operativo, contrato afín dentro de la institución, en el que prima el interés perseguido por el productor de los bienes para distribuirlos a los utentes por un tiempo que les agota el valor tecnológico o comercial a cambio del pago de un canon periódico, a la finalización del contrato, el utente tiene una triple posibilidad: la restitución del bien, la compra del mismo o la renovación del contrato.

De las dos categorías contractuales referidas nos vamos a centrar en la última, esto es, en el denominado *leasing* operativo, dado que en los textos romanos sometidos a examen el objeto del contrato es un bien productivo –gladiadores, equinos, fundo-. En este sentido, nuestro afán crítico va dirigido además de a la búsqueda del paralelismo entre el negocio jurídico de las fuentes romanas y el actual contrato de *leasing*, a revivir, como aconseja Guarino⁵, el problema práctico en su configuración romana para determinar los motivos de su resolución en tal forma por la jurisprudencia.

Entre otras, una de las razones que aduce la doctrina actual en orden a determinar las causas de la relevancia y crecimiento cuantitativo del *leasing*, se cifra en las específicas ventajas que tiene esta técnica financiera con respecto a los sistemas tradicionales de financiación, pues es una fórmula alternativa que posiblemente permite adaptarse mejor a las concretas necesidades de los empresarios; en particular, y con relación al *leasing* operativo, la ventaja deriva de evitar al utente del objeto los riesgos conexos a la propiedad y a la rápida consunción económica de ciertos bienes, garantizándole, al mismo tiempo, algunos servicios colaterales como por ejemplo el mantenimiento⁶. Muy posiblemente, en el

⁴ A decir de GUARINO, A., *Giusromanistica elementare* (Napoli 1989) p. 305, el papel de la Sociedad de *Leasing* en el financiero lo cumplirían en Roma los usureros, proporcionando a este respecto el ejemplo de Crasso, el triunviro, y Bruto, el asesino de César.

⁵ GUARINO, A., *Giusromanistica, cit.*, p. 302.

⁶ GHIA, L., *I contratti di finanziamento dell'impresa. Leasing e factoring* (Milano 1997) p. 10.

tráfico negocial romano, los sujetos contratantes se verían obligados a recurrir a figuras y formas contractuales cuyo régimen jurídico quizá no siguiera la estructura típica conocida; pues bien, si procedemos a su análisis, seremos capaces de entrever las razones que llevaron a los sujetos contratantes a servirse de formas negociales que, en particular, no son enteramente fieles al esquema de la *locatio* o de la compraventa, siempre teniendo en cuenta pactos y condiciones accesorias que *a priori* parecen favorecer una mutación en la estructura típica de estos contratos cuando no una miscelánea de ambos; en este sentido, y todavía en la doctrina actual, hay diferencia entre los que aproximan el *leasing* a los esquemas del arrendamiento y los que lo hacen más similar a la compraventa, ambos con pactos o disposiciones accesorias⁷.

Por último, acaso también seamos capaces de concretar más y mejor las razones de esta aparente atipicidad si prestamos una especial atención a los medios procesales que se ofrecen para resolver los conflictos que describen las fuentes que vamos a tratar, dado que los juristas romanos, guiados por su afán práctico, se preguntan por el medio de defensa procesal más adecuado.

II.- Parece ser, a decir de Ghia⁸, que las primeras formas de *leasing* aparecen en el tercer milenio a.C en Egipto, cuando un pequeño propietario de tierras concedía en arrendamiento un terreno a un *Muskerne* (o pequeño hombre) con todos los utensilios, esclavos, etc..., contra el pago de un canon periódico durante un periodo de tiempo igual a siete inundaciones del Nilo; similares actividades de *leasing* se han individualizado en Mesopotamia y en Roma.

II.1.- En efecto, uno de los textos en los que la doctrina ya ha reconocido la posibilidad de un *leasing*⁹ corresponde a Gayo, quien refiere una transacción comercial relativa al mundo de los juegos circenses, en concreto, nos habla del comercio con

⁷ En relación a estas posiciones doctrinales y jurisprudenciales vid. GHIA, L., *op. cit.*, pp. 11ss y bibliografía allí citada.

⁸ GHIA, L., *op. cit.*, p. 3.

⁹ GUARINO, A., *Il leasing dei gladiatori*, en *Index* 13 (1985) 461-464.

gladiadores o *auctorati*¹⁰, quienes pasaban a manos de un empresario que recibía el nombre de *lanistae*, encargado de su formación, toda vez que coordinaba este grupo de profesionales y lo ponía por dinero a disposición de los que organizaban espectáculos¹¹. Sin más, vayamos al texto:

Gai. III, 146: *Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denari XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. et magis*

¹⁰ Los gladiadores eran prisioneros de guerra, *servi poenae damnati in ludum* al fin de un proceso penal -Coll. 11, 7, 1-4 y P.S. 5, 17, 2-, esclavos cedidos al *lanista* por su dueño *depugnandi causa* o bien hombres libres que se metían a esa profesión para huir de un destino más duro; éstos prestaban al empresario un solemnísimos juramento sacral y jurídico, el *auctoramentum* -de *auctoramentum rogatum ad gladium* habla la Coll. 4, 3, 2-, en virtud del cual juraban sufrir las penalidades que el *lanista* ordenaba. De esta forma, parece ser que al final de la República, *auctoratus* era sinónimo de gladiador. Así HEUMANN, H., - SECKEL, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts* (Graz 1972) p. 43, *vox auctorati*, definen al término como *entrar o ponerse al servicio de -depugnandi causa auctoratus* de Coll. 9, 2, 2-. En cuanto al origen de los términos *auctoramentum* y *auctoratus*, a decir de SANFILIPPO, C., *Gli auctorati*, en *Studi in onore di A. Biscardi I* (Milano 1982) 181-192, p. 181, se encuentra en el significado de *auctorare* como *augere* en el sentido de aprobar, autorizar o incrementar el valor de un acto con la propia autoridad, de donde se desprende el significado subsiguiente de asumir una responsabilidad o un riesgo que en nuestro caso se cifra en someterse o ponerse al servicio del *lanista*, acto que es llamado técnicamente *auctoramentum depugnandi causa* -*Tabula Heracleensis (Lex Iulia Municipalis)* FIRA I, 13-. Particularmente, el juramento consistía en *me uri vinciri verberari virgis ferroque necari et quidquid aliud iusseris vel invitum me pati passurum*, en este sentido: Sen. *ep.*, 37, 1; Hor. *sat.*, 2, 7, 58-59; Petron. *satir.*, 117. Es más, SANFILIPPO, C., *op. cit.*, p. 183, opina que para los prisioneros, los *damnati in ludum* y los gladiadores esclavos, no era preceptivo prestar este juramento, dado que el *auctoramentum* es un acto voluntario del *auctoratus* que se da al *lanista*, y por tanto, esto sólo lo podría hacer un hombre libre; sin embargo, GUARINO, A., *Spartaco [Società e diritto di Roma 5]* (Napoli 1979) p. 148, afirma que el *auctoramentum* lo prestarían también los esclavos dada la naturaleza religiosa del acto.

¹¹ En la ciudad de Roma, era el Estado Romano quien sostenía escuelas de gladiadores, mientras que en las provincias era un empresario -*lanista*-. De tal forma Gayo, como jurista provincial, contempla la situación en provincias y describe la relación entre el *lanista* y el organizador de los juegos, así, aquél cuidaba del sustento y formación de los gladiadores mientras que la organización de los juegos correspondía a un funcionario estatal u ocasionalmente a un promotor privado. En este sentido, WACKE, A., *Accidentes en deporte y juego según el Derecho Romano y el vigente Derecho Alemán*, en *Estudios de Derecho Romano y Moderno en cuatro idiomas* (Madrid 1996) 411-439, p. 432.

placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub condicione res venire aut locari possint.

En el pasaje¹², Gayo, metiéndose en el papel de *lanista*¹³, hace referencia al pacto entre éste y un empresario de juegos, en virtud del cual *-ea lege-* el empresario pagará al *lanista* por la prestación de cada gladiador¹⁴ que resulte sano al finalizar los juegos veinte denarios, mientras que por cada uno que resulte muerto o lisiado mil denarios; a continuación la cuestión *-quaeritur*¹⁵ que a Gayo le sugiere la *lex privata* es si el contrato celebrado es una compraventa o un arrendamiento¹⁶, la respuesta *-magis placuit*¹⁷ es

¹² No son pocos los que creen que el texto se encuentra alterado, entre otros: PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano I* (Firenze 1906) p. 155 n. 1; KNIEP, F., *Gai Institutionum Commentarius secundus* (Jena 1917) pp. 31 1ss, duda entre que el fragmento provenga de Gayo o sea añadido de un postgayano; GROSSO, G., *Gai. III, 146 e la retroattività della condicione*, en *SDHI* 9 (1943) 290-291; SOLAZZI, S., *Saggi di critica romanista. III Un tipo nuovo di condicio in Gai. III, 146*, en *BIDR* 8-9 (1947) 350-353, p. 352.

¹³ A decir de GUARINO, A., *Giusromanistica, cit.*, p. 306, Gayo habla en primera persona posiblemente por necesidades docentes.

¹⁴ SANFILIPPO, C., *op. cit.*, p. 183, opina que los gladiadores del texto son esclavos destinados al juego por voluntad de su dueño en virtud de arrendamiento o compraventa, en el mismo sentido BISCARDI, A., *Nozione classica ed origini dell'auctoramentum*, en *Studi in onore di P. di Francisci IV* (Milano 1956) 107-129, p. 122. Empero, para GUARINO, A., *Il leasing, cit.*, p. 464, Gayo no diferencia entre libres y esclavos porque está convencido de que el *auctoramentum* era común a libres y esclavos, en efecto, en opinión del autor, ser dado en arrendamiento o venta a terceros es posible, un hombre libre puede *operas suas locare* y en cuanto a la venta, a tenor de D. 18, 1, 70, sólo si el comprador es *sciens* del estado de libertad del hombre, dicha venta no se admite, aunque posiblemente se hubiera hecho excepción siempre y cuando la finalidad de la transacción fuera fijar un justo precio por los gladiadores que resultasen heridos o muertos, en expresión del propio GUARINO: "quien rompe paga y se lleva los pedazos".

¹⁵ Término que hace referencia a un supuesto de *ius controversum* a través del que se introduce la duda jurisprudencial.

¹⁶ No en vano el mismo Gayo plantea el parentesco entre los contratos de compraventa y arrendamiento: *Gai. III, 145: Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio [...]*; así también *Inst. 3, 24, 3*. Entre los ejemplos que nos ofrece de sus dudas nos encontramos con el texto de los gladiadores. PALAZZOLO, N., *Saggi in*

la de considerar que el pago de los veinte denarios para los que sobrevivan es resultado de una *locatio* mientras que el supuesto del pago de los mil denarios es el de una compraventa.

Por tanto, parece que de la verificación del evento futuro e incierto –muerte o herida de un gladiador- dependa una u otra eficacia contractual¹⁸, así, una de las primeras cuestiones que plantea el texto es la posibilidad o no de que estemos ante una venta o un arrendamiento condicionados, porque la determinación del tipo contractual parece hecha *ex accidentibus*, como si por cada uno de los gladiadores se hubiera hecho *sub condicione* venta o *locatio*, en palabras de Thomas¹⁹, parece que vivos o muertos fueran eventualmente el objeto de una venta condicionada o de un arrendamiento condicionado; en efecto, para Gayo son totalmente discernibles las relaciones contractuales de arrendamiento y compraventa, así, las acciones utilizadas son las proporcionadas por el *ius civile*, en concreto las acciones del *lanista* son la *actio locati* para los gladiadores vivos y la *actio venditi* para los muertos o lisiados²⁰, de forma que el jurista no cree necesario recurrir a

materia di locazione (Catania 1994) p. 19, opina que si examinamos los párrafos gayanos dedicados a la *locatio-conductio* (Gai. III. 142-147) podemos ver cómo el tratamiento siempre se dirige a la diferenciación entre *emptio-venditio* y *locatio-conductio*, de forma que parece que la jurisprudencia republicana debía poner el arrendamiento en relación con la compraventa para escoger y definir sus elementos típicos. Es más, GATTI, G., *Il "pactum displicentiae" nella vendita a prova e il contratto di "leasing" nel diritto romano*, en *Studi in onore di A. Biscardi V* (Milano 1984) 289-296, p. 289, escribe que las dudas de Gayo todavía permanecen en la actualidad, fundamentalmente donde la autonomía privada ha constituido figuras negociales cuyo fundamento, a pesar de que responde al interés de los contratantes, es de difícil adscripción a una u otra figura contractual, en este orden de cosas, afirma el autor que la alusión a un esquema contractual actualmente en auge -el *leasing*- es transparente, dado que incluso hoy día, observamos como los estudiosos del *leasing* se dividen en dos sectores a la hora de determinar su naturaleza jurídica: los que lo asimilan al arrendamiento y los que lo hacen paralelo a la compraventa, ambas posibilidades con suma de pactos accesorios.

¹⁷ Giro que refiere un supuesto de *ius non controversum* en virtud del cual se establece la posición jurisprudencial

¹⁸ Así, MAYER-MALY, T., *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (Wien-München 1956) pp. 72-74, argumenta que la diferencia entre compraventa y arrendamiento está en la posibilidad de restitución de gladiadores al *lanista*; en palabras de WACKE, A., *op. cit.*, p. 433, parece que el vínculo jurídico sobre cada uno de los gladiadores esté en un estado de pendencia.

¹⁹ THOMAS, J.A.C., *Gaius and the gladiators*, en *Temis 21 (Homenaje al profesor Sánchez del Río y Peguero)* (Zaragoza 1967) 151-156, p. 151.

²⁰ GUARINO, A., *Giusromanistica, cit.*, p. 307.

ninguna nueva acción fundamentada en la buena fe o en circunstancia ajena a los contratos aludidos, es decir, parece que se reconduce la posible atipicidad del negocio jurídico a categorías contractuales conocidas y determinadas; en definitiva, para Gayo, este negocio es un tipo contractual mixto, en concreto una combinación alternativa entre compraventa y arrendamiento. Esta mixtura de figuras contractuales ha dado lugar a profundas disputas sobre la dogmática jurídica de las condiciones; en efecto, para Beseler²¹ no ofrece duda la existencia de dos contratos sometidos a dos condiciones contrarias entre sí, en el sentido de que el cumplimiento de una de ellas correspondería al incumplimiento de la contraria; en sentido similar argumenta Masi²², quien apuesta por la existencia de dos condiciones opuestas. Sin embargo, Solazzi²³, afirma que en principio, no estamos ante una venta condicionada, las condiciones no son dos y ni por tanto, contrarias entre sí, dado que el hecho de que los gladiadores volvieran vivos o muertos son las dos facetas de una misma condición, así, se han dispuesto dos casos correspondientes a la *condicio extans* y a la *condicio defficiens*, regulándose variadamente los efectos del negocio para una u otra hipótesis, es más, no hay que olvidar que vuelvan vivos o muertos el negocio jurídico tiene lugar, de forma que si estuviéramos ante una venta condicionada de los que resultarían muertos o heridos y la relación se concibiera como una *locatio* para todos los gladiadores, el arrendamiento sería puro, y en cualquier caso el empresario debería pagar por los muertos y lisiados la *merces* y el *pretium*. Por su parte Calonge²⁴ también se decanta por la condición única, la duplicidad depende únicamente de la relación contractual: si se produce la muerte del gladiador la *locatio*, que es pura *ab initio*, dejará de existir, porque se le adjunta

²¹ BESELER, G., *Einzelne Studien*, en ZSS 47 (1927) 355-378, p. 357.

²² MASI, A., *Studi sulla condizione nel diritto romano* (Milano 1966) p. 153.

²³ SOLAZZI, S., *op. cit.*, p. 353. No obstante, para SECKEL, E - LEVY, E., *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en ZSS 47 (1927) 117-263, p. 167, sólo la compraventa de gladiadores estaría sometida a condición (herida o muerte), una vez ésta se cumpla, la venta es perfecta; en el mismo sentido HAYMANN, H., *Zur Klassizität des periculum emptoris*, en ZSS 48 (1928) 314-418, p. 335.

²⁴ CALONGE, A., *En torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico*, en *Studi in onore di E. Volterra III* (Milano 1971) 143-172, p. 162.

un pacto de resolución sometido a condición suspensiva. A estas opiniones hay que añadir las de los que optan por otras posibilidades; así Mommsen²⁵ ha intentado eliminar la dualidad de transacciones sugiriendo que todos los gladiadores fueron vendidos pero con un pacto de retrocompra sobre los vivos; Krückmann²⁶ opta por la realización de una *locatio* aunque con una cláusula penal para compensar al *lanista* por aquellos que mueran o resulten heridos; Prichard²⁷ afirma que el negocio se habría hecho a través de estipulaciones y la discusión de Gayo no es más que resultado de un ejercicio de escuela o un debate sin eficacia práctica.

De todas, la argumentación que más nos convence es la expuesta por Guarino²⁸, afirma el autor que la solución jurídica propuesta por Gayo no resulta del todo convincente si tenemos en cuenta que el contrato se establece como tal -venta o arrendamiento- en el momento del *consensus* entre las partes, no en el momento en que se produce la lucha y se hace el inventario de los actores supervivientes. En efecto, posiblemente el problema de Gayo se encuentra en que en su obra el jurista es esclavo de los esquemas expositivos y simplificativos que él mismo ha adoptado²⁹. Así, acaso la solución la podamos encontrar desde el punto de vista de la retroactividad de la condición; en este sentido, parece que en ningún momento quede clara la posición interina de una compraventa, pues no se puede interpretar que se produjo la venta de cadáveres, sino que resultando muertos los gladiadores, se verifica la condición y se perfecciona la venta en el mismo momento de la muerte, dejándose en evidencia la retroactividad de la condición³⁰; a decir de Grosso³¹, a pesar de que la

²⁵ MOMMSEN, T., *Gessammelte Schriften VIII*, erster Band (Berlin 1911) p. 526.

²⁶ KRÜCKMANN, P., *Periculum emptoris*, en *ZSS* 60 (1940) 1-79, p. 61.

²⁷ PRICHARD, A.M., *Sale and hire*, en *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta* (Oxford 1959) 1-8, p. 5.

²⁸ GUARINO, A., *Il leasing*, *cit.*, p. 462.

²⁹ En sus *Instituciones*, se limita a la reducción del contrato a cuatro categorías - Gai. III, 135-, no obstante, no esconde del todo la insuficiencia de estos esquemas pues hace referencia, como hemos visto, a las dudas que le provoca la diferenciación entre arrendamiento y compraventa, es más, en D. 44, 7, 1 (*Gaius libro secundo aureorum*) *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* [...], esto es, el mismo jurista determina que otras *variae causarum figurae* también deben ser tenidas en cuenta.

³⁰ THOMAS, J.A.C., *Gaius and the gladiators*, *cit.*, p. 153.

irretroactividad de la condición es la regla general, también se quiso admitir la retroactividad para ejemplos concretos como el de Gayo³². Wake³³ va más allá y aunque admite la condición, la califica de impropia, dado que el organizador de los juegos no tiene la voluntad de comprar a los gladiadores muertos o heridos³⁴, ello conllevaría cargar con los gastos de curación o funeral y ambas obligaciones corresponden siempre al *lanista*, en realidad, lo que adquiere o ha adquirido el organizador de los juegos es la prestación, la productividad de los gladiadores.

Por todo ello, y siguiendo de nuevo a Guarino³⁵, podemos advertir en el pasaje la configuración romana de un *leasing* operativo³⁶, y en concreto, en lo que afecta al pago del canon de los veinte denarios por uso del bien, donde el *lanista* es el concedente y el empresario de juegos es el concesionario o utente; empero, falta la referencia a la posible opción de compra de los gladiadores supervivientes por parte de este último, quien debe restituirlos a la finalización del contrato³⁷. En efecto, la compra, de producirse, no es opcional, sino pura *ab initio* y verificada cuando se produce la muerte o herida del gladiador; esto es, la posibilidad de compra no

³¹ GROSSO, G., *op. cit.*, p. 290. En sentido similar: CALONGE, A., *op. cit.*, p. 162, quien afirma que el cumplimiento de la condición decidirá sobre el tipo de contrato, imponiéndose la retroactividad de aquella dado que no es posible aceptar que al cumplimiento de la condición el arrendamiento se transforme en venta (precisamente cuando los gladiadores han muerto), sino que al cumplirse la condición, se entiende realizada una venta de los gladiadores *ab initio*.

³² A este respecto apunta CALONGE, A., *op. cit.*, p. 164, que no hay un criterio general entre los juristas romanos por el que se considere como norma la irretroactividad de la condición, los romanos no dogmatizaron, sus reflexiones son producto de la praxis jurídica de cada caso concreto; de esta forma, la condición juega diferente papel según el particular supuesto de que se trate y según el tipo de negocio al que responde.

³³ WACKE, A., *op. cit.*, p. 434.

³⁴ Recuerda el autor a este respecto el dictado del párrafo 306 del BGB: *ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig*.

³⁵ GUARINO, A., *Giusromanistica*, *cit.*, p. 307; también GATTI, G., *op. cit.*, p. 289.

³⁶ GUARINO, A., *Il leasing*, *cit.*, p. 463, escribe que el *leasing* de los gladiadores es un *leasing* operativo porque no está basado en una financiación, sino que su objeto son bienes productivos; en concreto, se sustancia en un contrato atípico mixto de arrendamiento -que es el paradigma dominante-, de venta y de otras figuras atípicas privadas de *nomen iuris*.

³⁷ No en vano PALAZZOLO, N., *op. cit.*, p. 22, determina que uno de los criterios diferenciadores entre la *locatio* y la compraventa es el de la posibilidad de reintegrar o no la cosa.

depende de los sujetos, sino del objeto, es más, la adquisición de los gladiadores infortunados se presenta, en el momento del *consensus* entre las partes contratantes, como *condicio sine qua non*³⁸, pues muy probablemente, el *lanista*, no hubiera enviado al empresario de juegos sus gladiadores de no verse garantizado con el pago de mil denarios en el supuesto de que sus adiestrados luchadores quedaran incapacitados para su oficio o resultaran muertos.

Precisamente, es el elevado precio³⁹ que debe pagar el empresario de juegos en el supuesto de herida o muerte lo que hace plantearse a la doctrina la posibilidad de que dicha cantidad pudiera ser más asimilable a una multa⁴⁰ que al *pretium* de la compra del gladiador, en este sentido, Gatti⁴¹ supone que tan alto precio puede encontrar fundamento en el evidente interés del *lanista* por la integridad física de sus gladiadores⁴², en el sentido de que podría utilizarlos muchas veces, lo que proporcionaría asimismo una experiencia en combates reales, circunstancia que posiblemente, también haría crecer su cotización en el mercado de los juegos⁴³.

Otro de los fundamentos de esta aproximación al sincretismo contractual lo encontramos en el ámbito de la responsabilidad, en este sentido, y teniendo en cuenta que la estructura del *leasing* la

³⁸ GATTI, G., *op. cit.*, p. 292, advierte la clara interdependencia entre los dos contratos, y cree plausible la posibilidad de fusión de los mismos en un tipo mixto que los romanos todavía no reconocen a tenor de ciertas prohibiciones formales que impiden el sincretismo.

³⁹ DE MARTINO, F., *Historia económica de la Roma antigua*, trad. de E. Benítez (Madrid 1985) pp. 98 y 103, calcula el valor de un esclavo en 2000 sestercios, siendo su precio todavía bastante elevado en tiempos de Catón, estableciéndolo en unos 1500 sestercios -Plut. *Cato mai* 4, 5-, posteriormente cae a 500 denarios.

⁴⁰ Aunque no estimamos que se trate de una multa, dado que el daño producido -herida o muerte de un gladiador- es un resultado previsible, sin que sea consecuencia de una actuación culposa o dolosa.

⁴¹ GATTI, G., *op. cit.*, p. 296.

⁴² Siguiendo a KRÜCKMANN, P., *Periculum emptoris*, en ZSS 60 (1940) 1-79, p. 61, quien no se preocupa por la referencia a la problemática de la tipología contractual del texto, si que apunta que la venta se concebiría como un contrato de seguro.

⁴³ Hay que tener en cuenta que el *lanista* no podría volver a utilizar su fuente de ingresos, DE MARTINO, F., *op. cit.*, p. 222, afirma que en casos excepcionales se pagaban sumas enormes, por ejemplo, por el asesinato de Panurgo, joven esclavo de Fannio, instruido por el actor Roscio, se pagaron más de 100.000 sestercios: Cic. *pro Roscio.*, 9, 27.

encontramos sólo si estimamos la *locatio* como la figura básica de contratación de nuestro texto, si quien en aquella quien soporta el riesgo por perecimiento fortuito de la cosa es el arrendador -*periculum est locatoris*-, y por perecimiento de la cosa se libra de dar en goce el bien toda vez que pierde el derecho al pago del canon⁴⁴, nos encontramos con que la muerte o la herida de un gladiador no comportaría otra consecuencia más que el fin del contrato, y como dichos percances son cosa bastante probable, el *lanista* sufriría una pérdida económica sustanciosa. En nuestro pasaje, esa pérdida es suplida por el *pretium* de una compraventa, en la que quien soporta el riesgo de perecimiento del bien es el comprador -*periculum est emptoris*- sobre la base de la no funcionalidad del sinalagma⁴⁵, es decir, el cumplimiento de las contraprestaciones no es recíproco, dado que el perecimiento de la cosa no implica un impago del precio⁴⁶.

⁴⁴ COSTA, E., *La locazione di cose nel diritto romano* (Torino 1915) pp. 48ss. No hay que olvidar que en el contrato de arrendamiento no hay discusión sobre el sinalagma funcional dado que una prestación depende de la otra.

⁴⁵ Bien entendido que para los romanos no hay una máxima general sobre la cuestión de quién soporta el riesgo. No obstante, parte de la doctrina: POTHIER, R.J., *Traité du contrat de vente et des retraits. Nouvelle Édition XIII* (París 1825) pp. 185-186; SALEILLES, R., *Etude sur la théorie de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire Allemand* (París 1914) n. 183; ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano II* (Napoli 1954) pp. 250ss; PROVERA, G., *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, en *Studi in onore di E. Betti III* (Milano 1962) 691-724, pp. 721ss; opinan que para el derecho clásico, el comprador soporta el riesgo de la desaparición fortuita del bien desde el momento de la conclusión del contrato, en este sentido, fundamentalmente, la doctrina tradicional que afirma que la regla *periculum est emptoris* es clásica, se basa en la no reciprocidad de contraprestaciones. Sin embargo, la doctrina más reciente ve en la máxima *periculum est emptoris* la mano de los compiladores, es decir, para los juristas clásicos el riesgo será soportado normalmente por el vendedor hasta la *traditio*, y sólo después de esta será aplicable el principio *periculum est emptoris*; con el derecho justinianeo, sin embargo, la *traditio* habría perdido su carácter de vehículo de transmisión del riesgo, es más, se pone en relación la adopción de Justiniano de la regla *periculum est emptoris* con el dogma bizantino de la *emptio perfecta*; en este sentido: ARNO, C., *La teoria del periculum rei venditae nel diritto romano classico*, en *Guirispudenza Italiana* 49 (1897) 209-239, p. 209; HAYMANN, F., *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, en *ZSS* 40 (1919) 167-350, pp. 254ss.

⁴⁶ Sin embargo, en el *leasing* operativo de la actualidad, el utente tiene a su cargo la responsabilidad por daño. Como advierte TRABUCCHI, A., *op. cit.*, p. 710, hoy en día, las condiciones generales del contrato, muy probablemente, van a obligar al utente a contratar un seguro para cubrir cualquier tipo de responsabilidad.

En definitiva, a través del texto de Gayo observamos como la *locatio* ofrece la estructura para relaciones diversas de las que presenta su finalidad fundamental⁴⁷, que proporcionan una nueva categoría de cambio en función del valor de la consunción económica del bien o del disfrute del mismo. No obstante, esta nueva relación comercial no abre las puertas a una nueva tipología negocial, en este sentido, hay que tener en cuenta que falta todavía la plena libertad contractual, los juristas debían trabajar con contratos nominados, ya hacían bastante con adaptarlos a las nuevas situaciones. Siguiendo a Guarino⁴⁸, aunque Gayo no lo diga, estamos frente a un contrato mixto, en concreto, frente a un ejemplo *ante litteram* del contrato actual de *leasing*, y en nuestro caso, de *leasing* operativo, cuya finalidad fundamental es la de evitar al utente o beneficiario los riesgos parejos a la propiedad y a la rápida consunción del bien garantizándole algunos servicios⁴⁹.

II.2.- El segundo de los textos que nos proponemos analizar como posible aproximación de las fuentes romanas a la estructura del *leasing* es el siguiente:

D. 19, 2, 21 (*Javolenus libro undecimo epistolarum*) *Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.*

En el texto, Javoleno nos refiere la venta de un fundo, negocio jurídico al que se le incorpora el pacto de que el comprador tendrá el inmueble en concepto de arrendamiento hasta el momento en que se produzca el pago del precio total de dicho fundo⁵⁰. En principio, no vemos en el texto la referencia a un arrendamiento con opción de compra, parece claro que la voluntad inicial de las

⁴⁷ TRABUCCHI, A., *op cit.*, p. 709.

⁴⁸ GUARINO, A., *Il leasing, cit.*, pp. 462-463.

⁴⁹ GHIA, L., *op. cit.*, pp. 10-11.

⁵⁰ En el sentido genérico de arrendamiento sometido a la opción de compra manifestado en D. 19, 2, 20, 2 (*Paulo libro trigesimo quarto ad edictum*).- *Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti quum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat*, del que D. 19, 2, 21 no es más que un ejemplo.

partes es realizar una compraventa a la que se adjunta un pacto, que ciframos en un pacto de *lege commissoria* en virtud del cual la transacción se resolvería en el supuesto de que no se pagase el precio en el momento convenido⁵¹. Hasta el momento, nada parece ser extraño al negocio jurídico de la compraventa. Sin embargo, lo que llama la atención es que el término de la condición no es gratuito, esto es, el comprador debe de pagar una *merces* en concepto de arrendamiento hasta que se produzca el pago del precio total del fundo. Por tanto, la condición suspensiva provoca *ipso iure* una obligación de pago que a tenor de la manifestación de voluntad de las partes encuentra su fundamento en un arrendamiento del fundo. Precisamente sobre esta obligación de pago en concepto de arrendamiento se sustancia la duda jurisprudencial, en concreto, se pregunta si el adquirente estará obligado a pagar el alquiler también cuando haya completado el pago en el caso de que éste se realice antes de la fecha establecida, Javoleno, apoyándose en la buena fe, determina que se deben realizar los acuerdos, cosa que hace pensar en que un pago del *pretium* antes de la fecha del vencimiento no conllevaría dejar de abonar la *merces*. Sin embargo, continua el pasaje *sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset*, esto es, parece que habiendo efectuado el pago total del *pretium* antes de la fecha acordada, el adquirente ya no debe pagar el alquiler, la *merces* sólo se debe pagar en proporción

⁵¹ Así fue en el derecho clásico D. 18, 3, 1 (*Ulpianus libro vigesimo octavo ad Sabinum*).- *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvit emptio, quam sub conditione contrahi videatur*, y así lo describe SANTA CRUZ TEJEIRO, J., *Manual elemental de instituciones de Derecho Romano* (Madrid 1946) p. 394. Es más, a decir de SOHM, R., *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. de W. Roces (México 1975) p. 127, las condiciones resolutorias no hallan buena acogida en los actos de disposición, principalmente de enajenación, dado que una propiedad temporalmente limitada representa para el Derecho Romano una contradicción -aunque Paulo en D. 41, 4, 2, 4 y 5, posibilita que los derechos reales puedan estar resolutoriamente condicionados-, es más, esta idea de una propiedad no limitada temporalmente favorece que las partes entiendan el periodo hasta que se cumple o no la condición como un arrendamiento. En sentido similar: PANERO, R., *Derecho Romano* (Valencia 2000) p. 571, que recuerda a Ulpiano -D. 18, 3, 1-, jurista que en relación al *pactum de lege commissoria* afirma que es más cierto que la compraventa se resuelve bajo condición -*magis est ut sub conditione resolvit emptio*- que parezca que se contrae bajo condición -*quam sub conditione contrahi videatur*-.

al tiempo que no se hubiese pagado el precio, en este sentido, puede presumirse que las partes habrían acordado con exactitud el momento a partir del cual debe realizarse el pago del *pretium* y sólo para el tiempo en que éste no se pague, es reclamable la *merces*; no obstante, muy probablemente, esta última posibilidad, es fruto de una reinterpretación justiniana⁵², parece que los compiladores suman a la buena fe de Javoleno cuestiones de equidad dirigidas -en contra de la corriente jurisprudencial clásica- a la protección de la parte contractual más débil, en nuestro caso el arrendador-comprador, que habiendo pagado el precio de la cosa debería seguir, según Javoleno, abonando la *merces* -cosa que parece inaceptable para los compiladores-. Es más, debemos considerar que desde el momento del pago del *pretium*, el comprador deja de ser arrendatario, dado que nadie puede tener en concepto de alquiler algo que es propio.

Asimismo, en el supuesto de que el comprador no pague el precio en tiempo, y que por tanto, a tenor del pacto, la compraventa se resuelva, el texto inmediatamente posterior proporciona al vendedor-arrendador la acción de locación para reclamar la *merces* que pudiera ser debida en virtud del negocio jurídico realizado:

D.19, 2, 22pr (*Paulus libro trigesimo quarto ad edictum*) *Item si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio.*

En el pasaje, Paulo, al hilo de la posibilidad de que un arrendamiento quede sujeto a la eventualidad de la compra de la cosa arrendada por parte del arrendatario⁵³, escribe que en el supuesto de que dicha compraventa no se lleve a término, el vendedor-arrendador tendrá derecho a percibir el pago de la cantidad debida por el arrendamiento a través de la *actio locati*. Es más, D. 19, 2, 22pr es parte de una cadena de textos⁵⁴: D. 19, 2, 20,

⁵² Así DAUBE, D., *Si... tunc in D. 19, 2, 22pr. Tenancy of purchaser and lex commissoria*, en *RIDA* 5 (1958) 425-435, p. 434; THOMAS, J.A.C., *Tenancy by purchaser*, en *IURA* 10 (1959) 103-109, p. 104; DAJZAK, W., *L'uso della locuzione "bona fides" nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali*, en *RIDA* 44 (1997) 71-84, p. 73.

⁵³ A decir de THOMAS, J.A.C., *Gaius and the gladiators, cit.*, p. 156, el texto es clara muestra de la posibilidad de compraventa o arrendamiento simultáneos.

⁵⁴ La colocación en ese orden de los textos de Paulo y de Javoleno responde a la sistemática de los compiladores, dado que LENEL, O., *Pal. Paul.* 518, sólo une D. 19, 2, 20, 2 y D. 19, 2, 22pr.

2 y D. 19, 2, 21 cuya interpretación debe de realizarse de forma conjunta, dado que sólo así cobran sentido. Dicha concatenación acentúa el pensamiento de los compiladores con relación a que la *merces* sólo será reclamable hasta que, en su caso, se hubiera producido el pago del precio, dado que únicamente el impago va a proporcionar al vendedor-arrendador la posibilidad del ejercicio de la *actio locati*. No hay que olvidar que, transcurrido el plazo, si el vendedor reclama el *pretium* de la cosa en virtud del contrato de compraventa, significa que quiere continuar con el contrato, dado que en el *pactum de lege commissoria*, la resolución del contrato es una simple facultad del vendedor que la utilizará *si volet*⁵⁵ pues puede renunciar a ella y continuar con el contrato si exige el precio. Es más, hay que tener en cuenta, siguiendo a Daube⁵⁶, que la construcción *si... tunc* de D. 19, 2, 22pr, sólo se emplea por motivos muy concretos, en nuestro caso, para dejar constancia de hasta el momento del pago hay una acción: *ex venditio*, pero no después, que se actúa sólo *ex locato*; no en vano, con relación a los términos que acompañan a la venta y a los efectos que producen estos términos hay una clara disputa entre escuelas, los sabinianos pretenden reclamar las obligaciones nacidas de los mismos a través de la *emptio-venditio*, mientras que los proculeyanos aconsejan las acciones derivadas del arrendamiento⁵⁷.

No obstante, todavía podemos hacernos una pregunta clave en la interpretación de D. 19, 2, 21: ¿Cuál fue la idea de las partes cuando conectan un arrendamiento a una posible venta de la cosa?, Thomas⁵⁸, entre otras, apunta la posibilidad de que el arrendamiento tuviera como objeto dar al vendedor una cantidad garantizada de los intereses del precio de la compraventa, de forma que en tal caso, el hecho de que el precio fuera pagado totalmente

⁵⁵ D. 18, 3, 3pr (*Ulpianus libro trigesimo ad edictum*) *Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus*. En el mismo sentido: D. 18, 3, 4, 2 (*Ulpianus libro trigesimo ad edictum*) *Eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit, statim atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoriam elegit, postea variare*. Bien entendido que en el supuesto de que la venta se resuelva puede exigir el vendedor la devolución de la cosa a tenor de D. 18, 3, 2-3 y 5.

⁵⁶ DAUBE, D., *op. cit.*, p. 425.

⁵⁷ Así: D. 18, 1, 79; D. 19, 1, 21, 4; D. 18, 1, 75.

⁵⁸ THOMAS, J.A.C., *Tenancy, cit.*, p. 105.

en el periodo permitido, no alteraría el derecho del vendedor a reclamar una suma calculada con relación al periodo completo fijado para el pago del precio.

A nuestro entender, todavía podemos apuntar alguna otra posible motivación en cuanto al pacto de *lege commissoria* no gratuito, parece plausible ver en dicho pacto una garantía a favor del vendedor, dado que si la compraventa se resuelve, por lo menos verá resarcido el uso que el comprador ha hecho del fundo, pues la resolución es siempre retroactiva: D. 18, 1, 6, 1; D. 18, 2, 4pr; D. 18, 2, 4, 4; D. 18, 2, 14, 1, donde los textos dicen que el comprador con pacto de resolución condicional, cuando la condición se cumple, está obligado a retroceder la cosa al vendedor en el estado en que esta se hallaba al celebrarse la venta, respondiendo, por tanto, de las alteraciones y deterioros que le sean imputables; también está obligado a poner al vendedor en la posición en que se hallaría si no hubiese vendido la cosa, por ello, si la cosa es fructífera debe reintegrar al vendedor los frutos naturales y civiles que de la cosa hubiera percibido o hubiera debido percibir⁵⁹. Todo ello se evita si el tiempo en que se realiza la compraventa hasta que se produce la condición y por tanto la resolución de aquella, el comprador tiene la cosa en concepto de arrendamiento, de forma que las obligaciones que le son reclamables son las inherentes a esta figura contractual⁶⁰, toda vez que se evitaría un pleito por deterioro; es decir, parece que la devolución de frutos se sustituye por el pago de la *merces*⁶¹.

No obstante, en D. 19, 2, 21 lo que prima es una estructura de compraventa si tenemos en cuenta la acción aconsejada *-actio locati-* sólo para el caso de que dicha compraventa se resuelva. De

⁵⁹ Así por ejemplo, en D. 18, 3, 5, Neracio afirma que la venta con pacto de *lege commissoria* permite al comprador adquirir los frutos, sin embargo, si se cumple la condición, esto es, si no hay pago, y el comprador ha actuado de mala fe, el jurista, fundamentado su postura en una respuesta de Aristón, concede la acción de venta al vendedor para reclamarlos. Pero en nuestra opinión, si utiliza la acción de venta, significa que todavía existe contrato con el consiguiente riesgo de la no realización del objeto procesal: reclamación de frutos, por lo que estimamos más factible la opción del arrendamiento por el periodo de uso.

⁶⁰ SANTA CRUZ TEJEIRO, J., *op. cit.*, pp. 112-113.

⁶¹ La contrapartida se encuentra en que, el vendedor, que en tal caso ocuparía la posición de *locator*, responderá por riesgo, dado que *periculum est locatoris*, pero la responsabilidad por culpa la tiene el comprador-arrendatario.

ello no se desprende hasta el momento ninguna presunción de atipicidad, los juristas reconducen el medio procesal adecuado a los ya conocidos, sin embargo, entendemos obligada la referencia al siguiente texto:

D. 19, 3, 1pr (*Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*) *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.*

En el pasaje, con la finalidad de eliminar dudas entorno a la protección procesal de los contratos de compraventa con *pactum de lege commissoria* se produce una reconducción inicial de los medios adecuados para dicha protección a los de las figuras contractuales típicas -acción de venta, o la derivada del arrendamiento *quasi rem vendendam locasse videor* o incluso la derivada del mandato-, sin perjuicio de que Ulpiano aconseje como más idónea -*melius*- la *aestimatoriam praescriptis verbis actionem*, fundamentando su resolución en la *fides* sobre la que descansa el negocio jurídico realizado. De esta forma, parece que Ulpiano se da cuenta de la carga de atipicidad del negocio jurídico y utiliza el medio procesal que permite actuar según las palabras preestablecidas por las partes en el momento de realización de aquél. No en vano, a tenor de D. 19, 5, 2 (*Celsus libro octavo digestorum*) : *nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*, cuando faltan los nombres corrientes y usuales de las acciones, ha de actuarse por la acción de palabras prescritas⁶², idea que se desarrolla en D.19, 5, 3

⁶² Parece que el empleo de la forma *praescriptis verbis agendum* debe considerarse clásica, dado que la *actio praescriptis verbis* es de calado postclásico y justiniano, en este sentido GRADENWITZ, O., *Interpolationen in den Pandekten* (1887) pp. 123ss. A decir de VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. de J. Daza (Madrid 1986) p. 533 n. 203, la *actio praescriptis verbis* es una denominación incorrecta en latín, probablemente se trata de un término

(*Iulianus libro decimo quarto digestorum*) : *in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt*, aunque con clara referencia a los contratos innominados, en los que, siguiendo el orden compilatorio y según D. 19, 5, 4 (*Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum*) : *natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula*, se otorga primacía a la voluntad de las partes expresada en el negocio jurídico frente a la tipicidad del mismo.

Por lo que a nosotros nos afecta, con relación a la proximidad del negocio jurídico referido en D. 19, 2, 21 a nuestro actual contrato de *leasing*, cabe decir que en principio, parece que la destinación económica y el beneficio obtenido del fondo por parte del presunto comprador están cubiertos por la *merces*, reclamable a través de su acción correspondiente y que posibilita al vendedor, en cualquier caso, un resarcimiento por el uso y disfrute del inmueble, de nuevo, solventando la cuestión sobre la responsabilidad. Es más, si tenemos en cuenta la opinión nada desechable de Thomas⁶³ en cuanto a que la cantidad debida en concepto de arrendamiento no es más que una concreción de los intereses del precio que se deberá pagar en concepto de una plausible compraventa, a nuestro entender, la similitud con el contrato de *leasing* es inmediata.

forjado por los bizantinos a partir de la expresión *praescriptis verbis agere*, esto es, actuar en juicio con las palabras preestablecidas. En sentido similar: SOHM, R., *op. cit.*, p. 223; MURGA, J.L., *Derecho Romano clásico II: El proceso* (Zaragoza 1983) p. 377; SANTORO, R., *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo IV* (Milano 1983) 681-717, pp. 684-685, escribe que lo que puede afirmarse no es la clasicidad de una acción llamada *actio praescriptis verbis* que tenga la función general de proteger cualquier acuerdo atípico, esto último es resultado del derecho justinianeo, lo que es clásico es el procedimiento de la *actio praescriptis verbis*. No obstante, esto no quiere decir que el diagnóstico sobre su alteración o no por los compiladores deba limitarse a aquellos textos que hablan de *agere praescriptis verbis* y condenar a los que hablan de *actio praescriptis verbis*, esta se aplicará en todo caso a los acuerdos innominados anteponiendo a una fórmula de *actio civilis incerti* la *praescriptio* que describa el hecho generador de la pretensión, tal y como argumenta KASER, M., *Das Römische Privatrecht I* (München 1971) p. 583.

⁶³ THOMAS, J.A.C., *Tenancy, cit.*, p. 105.

II.3.- Vayamos ahora al análisis de aquellos textos en los que los equinos son el objeto de la transacción comercial; comencemos por:

D. 19, 5, 20pr (*Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*) *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.*

Ulpiano nos refiere una duda planteada por Labeón que se sustancia en lo siguiente: se realiza una venta de caballos entregados al comprador con el pacto de que después de tres días de prueba gratuita, si no le gustaban⁶⁴, podían ser restituidos. El comprador⁶⁵ los utiliza, no sólo para probarlos, sino para participar en una carrera en la que resulta ganador del premio; a pesar de ello, decide no adquirir los caballos.

Esta circunstancia hace a Labeón aconsejar al vendedor la *actio venditi*, es decir, parece que el jurista pretenderá exigir que la compraventa surta los efectos normales⁶⁶, y así, reclamará las obligaciones que genera dicho contrato, posiblemente sobre el fundamento de la carga de atipicidad que en nuestro texto presenta la actuación del comprador respecto al *pactum displicentiae*: el comprador ha usado los caballos no sólo para su prueba, sino para participar en una carrera de la que obtiene resultado satisfactorio y por el que habrá recibido una cantidad en concepto de premio, sin embargo, se niega a la adquisición; en definitiva, el uso del *desultor* es más asimilable a una efectiva compraventa que a una simple

⁶⁴ Se trata de un *pactum displicentiae* que SANTA CRUZ TEJEIRO, J., *op. cit.*, p. 393, define como pacto resolutorio sujeto a condición suspensiva. En efecto, a tenor de D. 18, 2, 2pr, en caso de condición resolutoria, el negocio es originariamente perfecto y los romanos lo consideran como negocio puro.

⁶⁵ Nos dice el texto que se trataba de un *desultor*, acróbata o artista ecuestre, que corría con dos caballos sin silla de montar y con destreza saltaba de uno a otro.

⁶⁶ Es interesante poner de manifiesto nuevamente la controversia entre sabinianos y proculeyanos, para los primeros, aun resuelto el contrato, subsisten las obligaciones nacidas de los pactos, y en este sentido aconsejan las acciones derivadas de la compraventa –D. 18, 5, 6 y 18, 1, 6, 1-; los segundos niegan la posibilidad de utilización de estas acciones *iure civile* y aconsejan su utilización *in factum* –D. 19, 5, 2-.

prueba, esto es, ha utilizado la cosa como si la hubiera comprado. No hay que olvidar que en época de Labeón los pactos resolutorios fueron concebidos como condiciones suspensivas⁶⁷, en nuestro texto, el pacto parece excluido tácitamente por la participación en una carrera, frente a lo que Labeón aconseja la *actio venditi* para reclamar el precio⁶⁸.

Sin embargo, Ulpiano y Paulo, siguiendo el sentir de la jurisprudencia postclásica, ven el *pactum displicentiae* como resolutorio a tenor de D. 18, 1, 3 y 18, 5, 6, y en tal caso, parece más oportuna la solución que propone Ulpiano *-praescriptis verbis agere-*, en efecto, debemos tener en cuenta que en el caso que nos ocupa, la falta del comprador ha proporcionado un vacío a tenor de las acciones derivadas del contrato de compraventa, de forma que se aconseja al vendedor litigar *praescriptis verbis*. En definitiva, a decir de Gatti⁶⁹, el jinete acróbata ha ido más allá de la prueba, y además, no comprando los caballos, cuando los ha usado para la carrera, ha contravenido las reglas de lo correcto y de la buena fe y ha sacado un beneficio que podría obligarle a adquirir. La resolución del contrato se produce por un ir más allá de la simple prueba, lo cual proporciona un resultado atípico que posibilita al

⁶⁷ Aunque FLUME, W., *Die Aufhebungsabreden beim Kauf -Lex Commissoria, in diem additio un sogenanntes pactum displicentiae- und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, en *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag* (München 1976) 309-327, p. 325, opina que el comprador sólo los tiene a prueba, en el texto, el contrato de venta todavía no se ha cerrado. En contra BESELER, G., *Romanistische Studien*, en *ZSS* 54 (1934) 13-34, p. 14.

⁶⁸ BESELER, G., *Romanistische Studien, cit.*, p. 14; WIEACKER, F., *Lex commissoria: Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht* (Berlin 1932) p. 74, quien habla de la *actio venditi* como medio de resarcir el *furtum usus* y obtener el dinero de la victoria, aunque opina que el medio de defensa dependerá en todo caso de la solución que se adopte respecto al contrato celebrado, y hay que tener en cuenta que dicha solución no es unívoca. D'ORS, A., *In diem additio*, en *AHDE* 16 (1945) 193-289, p. 278, escribe que la *actio venditi* va dirigida a hacer cumplir el contrato. Lo lógico, siguiendo el punto de vista de los proculeyanos, hubiera sido utilizar una *actio in factum decretalis*, en claro acuerdo con la creciente relevancia de la *voluntas*. En este sentido: POTHIER, R.J., *Le Pandette di Giustiniano II* (Venezia 1833) pp. 842ss; BISCARDI, A., *Lezione sul processo romano antico e classico* (Torino 1968) pp. 227ss y 450ss; GATTI, G., *op. cit.*, p. 293. En efecto, a tenor de D.19, 5, 1pr (*Papinianus libro octavo quaestionum*).- *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. sed ne res exemplis egeat, paucis agam.*

⁶⁹ GATTI, G., *op. cit.*, p. 293.

vendedor reclamar, bien el cumplimiento del contrato, bien la entrega del premio⁷⁰.

Más aún, en el sentido de la apuntada atipicidad, a decir de Panero⁷¹, nos encontramos frente a un ejemplo de entrega de cosas a prueba o examen: *datio ad experiendum inspiciendum vendendum*, cuya protección se encuentra en el derecho clásico y en cuanto a la conducta desleal del *accipiens* frente al *tradens*, encajada en otras figuras típicas de contratos⁷², sin embargo, con Justiniano, la problemática se resuelve configurando tales supuestos como contratos innominados y por tanto su protección procesal viene de la mano de la *actio praescriptis verbis*.

A nuestro entender, y por lo que respecta a la similitud del negocio realizado con el *leasing*, nos encontramos frente a una figura contractual de opción de compra *si placuit* asimilable a aquél, aunque desde el estricto punto de vista de que pensar en la estructura de tal contrato sólo es posible después del uso de los caballos que ha hecho el *desultor*, éste ha sacado un beneficio económico del bien que no es el esperado o permitido en un supuesto de prueba gratuita, con el agravante de que se niega a su adquisición después de haber obtenido beneficio que posiblemente le sea requerido por el supuesto vendedor⁷³.

El segundo ejemplo con relación a supuestos donde el objeto de la transacción son equinos lo encontramos en:

D. 19, 5, 20, 1 (*Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*) *Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium*

⁷⁰ D. 13, 6, 13, 1 (*Pomponius libro undecimo ad Sabinum*).- *Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit qui experiendum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit*; es decir, si el comprador obtuvo la cosa a prueba y con la cosa obtuvo algún beneficio, deberá entregarlo al *tradens* dado que no es lícito sacar provecho de la cosa entregada sin asumir el *periculum*.

⁷¹ PANERO, R., *op. cit.*, p. 647.

⁷² No obstante, según LEVY, E., *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, en *Gesammelte Schriften II* (Köln-Graz 1963) 261-286, p. 275, en nuestro texto no se llega a pensar en una *actio locati*.

⁷³ Vid. de nuevo D. 13, 6, 13, 1.

petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.

En principio, en el pasaje se describen los efectos típicos de una compraventa sometida a *pactum displicentiae*: si las mulas son del agrado del comprador, se va a producir la compra de las mismas y si no, dicha compra no se va a llevar a cabo. La dificultad se plantea cuando para el periodo de prueba acordado por las partes contratantes, se fija una cantidad *-merces-* que deberá pagar el presunto comprador al vendedor por cada día de examen y durante dicho periodo las mulas son robadas. Esta eventualidad obliga a hacer referencia al riesgo, esto es, al *periculum* que soporta el comprador dado que Mela se cuestiona por cuanto habrá de responder dicho comprador: del precio de las mulas y de la *merces* o sólo de ésta última. Para dar respuesta a la pregunta el jurista plantea que si la venta fue *contracta*, el comprador debe pagar el precio, por el contrario, si la compraventa es *futura*, sólo la *merces*; la diferencia, a nuestro entender, se fundamenta en un doble paralelismo: entre *si placuissent* y *contracta*, y entre *si displicuissent* y *futura* dado que el primero es un pacto a prueba que somete el contrato de compraventa a una condición suspensiva: que el comprador diga que sí son de su agrado y ello marca el comienzo de los efectos de dicho contrato, -entonces habla Mela de *emptio contracta-*, en tal caso, y teniendo en cuenta que *periculum est emptoris*, el vendedor puede reclamar al comprador el precio de las mulas que han sido robadas. El segundo es un *pactum displicentiae*, que se cifra en un pacto resolutorio sujeto a condición suspensiva *-emptio futura-*, la compraventa se encuentra *pendente condicione*, es decir, el negocio jurídico existe, aunque no genera todavía las obligaciones típicas sino una expectativa *-spes debitum iri-*, y como Mela refiere un *pactum displicentiae* no gratuito, es decir, durante el periodo de prueba, el comprador debe de pagar una *merces*, en el supuesto del robo de las mulas, el arrendador-vendedor sólo podrá reclamarle al comprador arrendatario esa *merces*, puesto que *periculum est locatoris*, bien entendido que el arrendatario estará obligado al pago de la *merces*

hasta que fueron robadas⁷⁴. Por tanto, la solución de Mela -aunque sin llamar a acción concreta- a la controversia de si el comprador debe de pagar tanto el precio como el alquiler⁷⁵ o sólo el alquiler, depende de si hablamos de *emptio contracta* o *futura*, en el primer supuesto, se debe de pagar el precio -*periculum est emptoris*-, y en el segundo caso, debe de pagar la *merces* dado que la compraventa se encuentra *pendente condicione*.

Así, parece que es la naturaleza de la condición la que influye en la decisión de Mela, toda vez que somos conscientes de que estamos trabajando con una configuración del *pactum displicentiae* como condición suspensiva con efectos resolutorios o no del negocio jurídico, dado que podrían relacionarse los supuestos de *emptio contracta* o *futura* de Mela con la conceptualización del *pactum* como condición resolutoria o suspensiva respectivamente, sin embargo, no hay que olvidar que al tiempo de Mela todas son suspensivas.

Todo ello provoca *in fine* una opción de tutela procesal que es donde se plantea el verdadero problema⁷⁶: Ante el robo, Mela se plantea si el comprador ha de responder del precio de los caballos o sólo del alquiler, esto es, quién soporta el riesgo de desaparición de la cosa, aunque no ofrece medio procesal concluyente.

Es Ulpiano quien, ante la falta de referencia a las acciones concretas, fundamenta su tutela procesal progresando a partir del paralelismo planteado por Mela: en primer lugar entre la *emptio contracta* de Mela y *emptio perfecta*⁷⁷, y entonces opta por la misma solución que Mela, esto es: puede pedirse el precio y como medio procesal idóneo propone la *actio venditi*; en segundo lugar entre *emptio futura* de Mela y *emptio non perfecta* y en este caso, parece que la solución de Ulpiano es la ofrecida por la *actio*

⁷⁴ Hay que tener en cuenta que en el supuesto del arrendamiento causa efectos el sinalagma funcional entre las partes, esto es, las obligaciones son recíprocas.

⁷⁵ MOMMSEN, T., *Digesta Iustiniani Augusti I* (Hildesheim 1997, 3.Nachdruck Berlin 1868) p. 579 n. 1, dice que la referencia a la doble posibilidad [*et merces*] está equivocada, es una alteración, se considera añadido. Recordemos en este sentido el supuesto del fundo ya revisado, cuando lo que se puede reclamar es sólo el alquiler si efectivamente no se produce el pago del precio por la compraventa en el tiempo convenido.

⁷⁶ En este sentido: GATTI, G., *op. cit.*, p. 294.

⁷⁷ La referencia a la *emptio perfecta* es interpolación. Así, GRADENWITZ, O., *op. cit.*, p. 139.

*praescriptis verbis*⁷⁸ -*actionem talem qualem adversus desultorem dari-*, lo que significa que no ve clara la reclamación de la *merces* a través de la acción civil de arrendamiento, con lo que falla la reconducción clásica del negocio jurídico a una categoría contractual conocida. Es más, estimamos que esta opción procesal se construye sobre una interpretación justiniana de *contracta* y *futura* si tenemos en cuenta que, en la época clásica, la venta se perfecciona por el consentimiento o acuerdo de las partes tanto en cosa y precio como sobre los posibles pactos que puedan realizarse, de forma que los efectos de dicha venta pueden quedar en suspenso o puede que produzcan la resolución del negocio jurídico, es más, el consentimiento no requiere en la compraventa clásica la observancia de una forma especial de manifestación; sin embargo, en el derecho justiniano, y en el supuesto de que las partes hayan convenido redactar por escrito el contrato de compraventa, se establece -C. 4, 21, 17 e Inst. 3, 23pr- que en tal caso, la compraventa no tuviese efecto obligatorio sino desde el momento en que el documento hubiese sido redactado; hasta ese momento las partes podían desistir libremente del contrato⁷⁹. En definitiva, parece que esta nueva visión justiniana sí que nos permitiría relacionar el medio procesal empleado con la conceptualización del *pactum* como condición suspensiva o resolutoria de la compraventa⁸⁰.

De lo expuesto, puede concluirse que la referencia a la compraventa perfecta es clara alteración de los compiladores⁸¹; el robo de los caballos proporciona a Ulpiano una opción de tutela procesal que relaciona con la perfección o no del contrato, que en

⁷⁸ D'ORS, A., *Una nota sobre la contractualización de entregas a prueba en Derecho Romano*, en *AHDE* 45 (1975) 595-603, p. 598, no cuestiona la validez de la *actio praescriptis verbis*, dado que estamos ante un especial contrato de cesión de mulas como negocio preparatorio de una venta. En contra, COLLINET, P., *Contribution à l'histoire du droit romain*, en *NRH* 34 (1910) 155-173, p. 157, afirma que la diferencia entre *actio praescriptis verbis* y *actio ex empto* probablemente no pertenecen a Ulpiano.

⁷⁹ SANTA CRUZ TELJEIRO, J., *op. cit.*, p. 391.

⁸⁰ De acuerdo entonces con los postulados de la jurisprudencia postclásica, recordemos a Paulo en D. 41, 4, 2, 4 y 5.

⁸¹ BETTI, E., *Periculum. Problema del rischio contrattuale in Diritto romano classico e giustiniano*, en *Studi P. de Francisci* I (Milano 1956) 131-197, p. 153.

esta ocasión enerva el fundamento de la reconducción del negocio jurídico a la *locatio* y por tanto, la posibilidad de ejercicio de las acciones derivadas de la misma. Ya en D. 19, 2, 20pr la opción entre la *actio venditi* y *praescriptis verbis agere* dependía del punto de vista de los juristas pertenecientes a diversa época, en D. 19, 2, 20, 1 la opción depende además de la consideración de condición resolutoria y de un juicio justiniano. Es más, parece que en este supuesto también encaja la consideración del negocio jurídico como una *datio ad experiendum inspicendum vendendum*, en efecto, siguiendo a D'Ors⁸², tanto en D. 19, 5, 20pr, como 1, no estamos tanto frente a un *pactum displicentiae*, cuanto ante una *datio* preparatoria de una venta, es decir, un contrato de entrega de cosa a prueba que encuentra tutela procesal a través de la *actio praescriptis verbis*. Siguiendo esta línea argumentativa, parece que tampoco estaríamos ante un verdadero arrendamiento, sino frente a una entrega temporal especial sujeta al pago de una *merces* para evitar la responsabilidad por custodia y preparatoria de una posible venta y por tanto, ante un contrato innominado que se protege a través de la *actio praescriptis verbis*.

Así, a nuestro entender, no hay duda de que en el pasaje, la autonomía contractual y negocial es manifiesta, las partes están lejos del esquema contractual del *ius civile*, y detrás de ello también encontramos cuestiones directamente relacionadas con el riesgo, a saber, si el comprador, opte o no por la compra, debe pagar una cantidad durante el periodo de prueba, ello genera una serie de ventajas para las partes contratantes dado que quien soporta el riesgo durante el periodo de prueba es el *locator* -vendedor- quien, como contrapartida recibirá una cantidad por el uso que haya podido realizar el posible comprador -*conductor*-. De tal forma parece estar cubierto el beneficio económico cuya protección, en ese caso, viene de la mano de un medio procesal atípico.

III.- A la luz de los textos analizados y en sentido formal, podemos concluir que las figuras negociales referidas en las fuentes romanas son muy similares a la estructura del *leasing*, está clara la intervención de dos sujetos: el concesionario que en el caso

⁸² D'ORS, A., *Una nota sobre la contractualización*, cit., p. 598.

de los gladiadores se concreta en el *lanista* y en los restantes supuestos en el vendedor. En cuanto al objeto del contrato, observamos como éste es un bien productivo, susceptible en todo caso de beneficio económico, el único elemento que puede presumirse diferente es la duración del contrato, que en las fuentes romanas, además de no encontrar concreción se supone bastante breve.

Por otro lado, estimamos que el cruce entre compraventa y arrendamiento es lo que provoca dudas a los juristas romanos, entre éstos, los clásicos proponen la reconducción del contrato a las categorías conocidas de arrendamiento o compraventa a tenor de la consideración del paradigma dominante en el acuerdo entre las partes y teniendo en cuenta a este último, van a ejercitar su opción en relación al medio procesal adecuado para reclamar las obligaciones que derivan del contrato, bien entendido que sobre el contenido típico de un contrato de venta o de arrendamiento los juristas nos hablan tan poco como nada⁸³; así, desde un punto de vista material, es la relevancia de la *voluntas* y el interés particular de las partes contratantes lo que va a provocar la atipicidad en dichas estructuras contractuales, de forma que la guía básica para la resolución de conflictos que puedan derivarse de dichas relaciones va a ser la fidelidad a la palabra dada, como consecuencia, el medio procesal adecuado para reclamar las obligaciones derivadas del contrato se encauzará a través de *praescriptis verbis agere* con lo que se tenderá a la demanda del cumplimiento del compromiso que dio lugar a un acuerdo comercial, en definitiva, siempre estará cubierta la defensa procesal.

A *priori* parece ésta una solución forzada a nivel teórico, pero que goza de la característica de la funcionalidad en la praxis, pues por encima de la categoría dogmática, los contratantes van a primar su interés en la celebración del negocio jurídico. En los textos sometidos a examen, tanto el concedente-vendedor como el utente-comprador ven garantizado el vínculo obligacional y el riesgo, el primero asegurándose el resarcimiento en caso de incumplimiento, y el segundo evitando recurrir al negocio jurídico crediticio oportuno que le posibilitará el disfrute económico del objeto del

⁸³ SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*, trad. de M. Abellán (Madrid 1990) p. 43.

contrato o someterlo a prueba de forma que asegure su convencimiento para ejercitar su opción adquisitiva. En definitiva, intereses que pueden asimilarse a los de los empresarios de hoy día, que encuentran en el *leasing* una figura adecuada a sus perspectivas económicas y de financiación.