

La Emptio Venditio

Luis Enrique Antúnez y Villegas

Abogado, Profesor de Historia de las Instituciones Privadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

La institución jurídica que hoy se conoce como compra venta es, con toda seguridad, una de las más antiguas de la humanidad y, posiblemente, haya sido en sus orígenes el cambio de una cosa por otra, vale decir el trueque. Con la aparición de una especie que servía como medio de cambio o como equivalente de los valores en cambio adquirió la configuración que, hasta estos momentos, conocemos.

En la Roma de los primeros tiempos, la transferencia de las cosas se realizaba a través de la *mancipatio*, tratándose de cosas *mancipii* o de la *traditio*, si eran *res nec mancipii*. En el primer caso el contrato era solemne y el vendedor prestaba declaración delante del emptor, cinco testigos púberes y el *libri pens*. Es conveniente anotar que esta forma contractual era aplicable sólo a los ciudadanos romanos y tenía como característica que transmitía la propiedad de la cosa transferida. Por ello, es importante

señalar que este acto jurídico no es la compra venta a la cual nos referimos sino una de las primitivas formas de transferencia de cosas, típica de los mecanismos jurídicos de esa época.

Cómo y cuándo aparece la *emptio venditio* en el Derecho Romano constituirá siempre motivo de arduo debate. Es posible que con la expansión romana se hayan producido situaciones novedosas derivadas de las necesidades comerciales; especialmente, las que tenían lugar entre romanos y no romanos. Ello dio origen a que se tratara de establecer normas que regularan la transferencia de cosas y su situación en relación al comprador. El genio innovador de los funcionarios romanos, específicamente el *Praetor Peregrinus*, hizo que se analizaran las formas jurídicas de otras sociedades, tales como la griega y la fenicia y, de ellas, se adoptaran y adaptaran las que se configuraron bajo el *ius gentium*.

Habida cuenta que el *ius gentium* regulaba las relaciones entre romanos y peregrinos, cabe concluir que la institución se daba en las relaciones comerciales de éstos y su control o jurisdicción correspondía al Praetor Peregrinus. No obstante, la agilidad que esta forma contractual suponía debe haber dado lugar a que sea utilizada entre romanos y bajo la jurisdicción del Praetor Urbanus.

Cabe anotar que, si bien es cierto el origen y regulación de la *emptio venditio* aparece incorporado al *ius gentium* y puede representar una adaptación de los sistemas de otras colectividades, ello no significa que haya constituido una mera imitación de instituciones jurídicas extrañas. Por el contrario, la *emptio venditio* tiene características propias que la distinguen de las extranjeras.

Una de ellas es la ausencia de formalidad, lo cual hace innecesario acto especial ya sea para la transferencia de la cosa o el pago del precio. Otra es que la cosa puede ser existente al momento del acto o por existir, así como que puede ser corporal o incorporeal. Este último carácter originó lo que conocemos como *emptio rei spei* y la *emptio spei*.

La ausencia de formalidad es lo que, justamente, origina su carácter consensual y lo incluye en la clasificación de contrato consensual; es decir que se perfecciona con el solo consentimiento. Así aparece del texto de la Instituta de Justiniano cuando se indica que no se necesita, para que se produzca, ni de escrito, ni de la presencia de las partes, ni de entrega de ninguna cosa.

Sin embargo, resulta evidente que debe establecerse un momento en el cual el contrato se perfecciona. Esto nos lleva a tratar de analizar qué es lo que comprende el consentimiento. Este vocablo supone manifestación de voluntad

y acuerdo sobre dos elementos: la cosa que se vende y el precio que se paga. Quiere decir, entonces, que, para el perfeccionamiento del contrato, deben producirse dos momentos, dos instantes en la inteligencia de los contratantes: primero, establecer qué es la cosa que se vende y, segundo, el precio que se paga. Los romanos señalaron que el momento en el cual se establece el precio es el momento en el cual la *emptio venditio* queda perfeccionada: "*Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit*" (Instituta, 3.23 (24)), que puede traducirse por "la compra venta se produce en el instante que se conviene el precio".

Como puede observarse, para los juristas romanos la *emptio venditio* es un sólo acto consensual constituido por dos estados de la inteligencia que, como es natural, no se producen simultáneamente sino sucesiva e inmediatamente.

En nuestro Código Civil vigente, no se ha expresado con claridad el momento en que la compra venta queda perfeccionada. Ello nos obliga a efectuar un análisis de los artículos 1373, 1543, 1544 y 1545 del mismo.

El art. 1373 señala que "el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente". En esta norma, a diferencia del Derecho Romano encontramos, habida cuenta que se trata de las normas generales de los contratos, que el momento de perfeccionamiento del contrato es aquel en donde el oferente conoce la aceptación.

Como se puede observar, pareciera que los legisladores han querido entender por consentimiento la aceptación de una de las partes a los términos o condiciones que otra propone, variando así el real significado del vocablo *consensus*, el cual, a mi criterio, debe traducir-

se como "acuerdo", "coincidencia en" y que, además, implica una suerte de simultaneidad, con las reservas ya señaladas en lo que a aspectos de la manifestación psicológica se refiere.

Por lo demás, podría entenderse, para el específico caso de la compra venta, que el "oferente" proponga, simplemente, la venta de la cosa y el posible comprador "accepte" esa oferta, con lo cual, sin que se haya establecido el precio, tendríamos que la compra venta se ha perfeccionado.

Los artículos 1543, 1544 y 1545, se refieren a situaciones de validez de la compra venta mas no al momento en que ésta se perfecciona. Inclusive podría pensarse que existe una suerte de contradicción entre los artículos 1373 y 1543, si admitimos como posible el hecho descrito en el párrafo anterior. Por ello, considero que la solución propuesta por el Derecho Romano resulta más exacta y adecuada ya que no puede existir venta sin precio y, además, éste debe ser determinado. Recordemos, sobre este punto, la frase de Ulpiano, "Imaginaria venditio non est, pretio accedente" (Dig. 50,17,16).

Otra característica de la *emptio venditio* es que el vendedor no transfiere la propiedad de la cosa al comprador. Lo que se transfiere es la *possessio* y ésta se garantiza hasta el momento en que se produzca la *usucapio*. Para entender esta característica debe considerarse que la *emptio venditio* es un contrato que surge y se regula con el *ius gentium*, derecho asequible a los no romanos para los cuales no existía la posibilidad de uso de los actos solemnes del *ius civile*. Cuando se trataba de *emptio venditio* entre romanos no resultó necesario modificar esta circunstancia en tanto que cualquiera de ellos, por su calidad de ciudadanos, podía siempre emplear las acciones del *ius civile*.

También aquí surge otra diferencia con nuestro ordenamiento. El Código Civil de 1984 establece que, por la compra venta, se transmite la propiedad de la cosa vendida. Esta diferencia de criterios ha dado, igualmente, origen a profundos debates.

Hemos señalado ya la razón por la cual en el Derecho Romano se consideró adecuado establecer que se transmitía la *possessio* y no la *proprietatis*. ¿Qué razones han llevado a nuestros legisladores a establecer que, en la compra venta, se transmite la propiedad? ¿Acaso una razón de seguridad y certeza para el comprador?

Para tratar de obtener una respuesta aceptable, habida cuenta que, hasta el momento, desconocemos la exposición de motivos del Código Civil por no haber sido publicada, debemos acudir a las definiciones que el Código da a los conceptos de posesión y propiedad.

Propiedad es el "poder jurídico" que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Posesión es el "ejercicio de hecho" de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Puede observarse que ambas instituciones están referidas a un "dominio" que una persona ejerce sobre una cosa. En el primer caso se indica la existencia de un elemento de juridicidad y, en el segundo, de un hecho. Partiendo de estas premisas, que el propio Código señala, podemos colegir que puede darse el caso que una persona, "de hecho" tenga la facultad de disposición, lo que los romanos definían como *ius abutendi*. Si es así, encontraremos que un poseedor, que por cierto no es propietario, en ejercicio de la facultad que, "de hecho", tiene podría vender el bien. Siendo así, ¿puede transmitir la propiedad?, es decir, ¿un poseedor que no es propietario, pero con facultad de hecho, entrega en propiedad la cosa de la cual no es el propietario? o, en su

defecto, en razón que no es propietario, porque carece del poder jurídico, no puede vender y en caso que lo haga, ¿la venta es nula?

Otro aspecto a considerarse es la norma contenida en el artículo 898, el cual señala que el poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le transmitió válidamente el bien. Esta transmisión a la que se hace referencia, ¿puede haber sido a través de una compra venta? Y si así fuere, ¿cabe la posibilidad que por compra venta se transmitió posesión y no propiedad?

Estas interrogantes no pueden ser absueltas tan fácil ni tajantemente, pero sí resulta coherente el tratamiento que el Derecho Romano da a la compra venta cuando fija que, a través de ella, se transmite la posesión. Y lo es más, si incorporamos a este aspecto la problemática de la *emptio spei*. Veamos. En el momento en que el vendedor y el comprador se ponen de acuerdo en el precio, puede concluirse que el vendedor no es propietario de la cosa que está en posibilidad de existir y aún cuando el contrato se ha perfeccionado no puede haber transmisión de propiedad porque todavía no la tiene. Ciertamente que puede afirmarse que la compra venta no transmite la propiedad sino que como consecuencia de ella, existe la obligación del vendedor de transmitir la propiedad. En este sentido, la obligación del vendedor surgirá sólo cuando se haya producido la existencia de la cosa. Pero, habida cuenta del carácter aleatorio de la *emptio spei*, ¿no es cierto, acaso, que pueda darse la imposibilidad de la transmisión de la propiedad porque el vendedor no pudo tenerla?

Tema tan interesante como la *emptio venditio*, nos obliga a señalar otros aspectos. Nos referimos a los requisitos que deben tener la cosa (*res*) y el precio (*pretium*). En cuanto a la primera se exigía la

existencialidad presente o futura y que estuviere en el comercio. En tanto a la segunda, debía consistir en dinero (*pecunia numerata*), verdadero (*verum*), cierto (*certum*) y justo. Se entiende que debe consistir en dinero porque en caso contrario se trataría de una permuta: debe ser verdadero, es decir, que realmente exista intención de exigirlo o de pagarlo, por cuanto si no fuere así nos encontraríamos ante una simulación; debe ser cierto ya que así se cumple el *consensus* y, finalmente, debe ser justo en tanto que el precio y la cosa vendida deben encontrarse equiparadas evitando así la lesión.

Nuestro Código ha asumido gran parte de los conceptos romanos y los ha legislado en los artículos 1529, 1531, 1532, 1534, 1535 y 1536. Así, se distingue la compra venta de la permuta, señalándose que en la primera el precio será siempre en dinero. La cosa debe tener existencialidad presente o futura y su enajenación no debe estar prohibida por la ley, vale decir, que se encuentre en el comercio.

Finalmente, podemos señalar que los caracteres de la *emptio venditio* son la consensualidad, la bilateralidad, el sinalagmatismo, la onerosidad, la conmutatividad y, en algunas modalidades, la aleatoriedad.

La consensualidad significa que el contrato se perfecciona con el consentimiento; la bilateralidad representa la participación de dos partes: un *emptor* y un *venditor*, de tal forma que no existe la compra venta consigo mismo; el sinalagmatismo, da lugar al surgimiento de obligaciones recíprocas; la onerosidad está constituida por el desprendimiento patrimonial de las partes, pero que tiene su correlato en la conmutatividad y la aleatoriedad se produce en los casos de la *emptio rei sperata*, la *emptio spei* o cuando se establecen pactos adjuntos que tengan ese carácter.