

## LA *LEX COMMISSORIA* EN LAS GARANTÍAS REALES Y LA CAUSA *PRO EMPTORE* DE LA USUCAPIÓN\*

MARCELO NASSER

ABSTRACT: La *iusta causa pro emptore* fue ampliada jurisprudencialmente hacia situaciones que no se pueden identificar con la estructura de un contrato de compraventa. La retención de la garantía real por el evento de la *lex commissoria* es uno de los ejemplos, junto con el pago de la *litis aestimatio* que se suelen dar para reflejar esta ampliación. Este estudio pretende analizar la forma en que pudo establecerse una similitud entre la operación de esta institución y la *causa emendi* y las aplicaciones que tuvo la *lex commissoria* en las garantías reales.

ABSTRACT: La *iusta causa pro emptore* fu ampliata dalla giurisprudenza verso situazioni che non possono essere identificate con la struttura di un contratto di compraventa. La ritenzione della garanzia reale nella *lex commissoria* è uno degli esempi, insieme con il pagamento della *litis aestimatio*, che si sogliono dare per dare un corpo a questo ampliamento. Il presente lavoro intende analizzare le modalità con cui si giunse a identificare una tale similitudine tra l'operare di un tale istituto e la *causa emendi* e le applicazioni che ebbe la *lex commissoria* tra le garanzie reali.

PALABRAS CLAVE: prenda; *lex commissoria*; garantías reales; *iusta causa pro emptore*.

PAROLE CHIAVE: pegno; *lex commissoria*; garanzie reali; *iusta causa pro emptore*.

SOMMARIO: 1. La *lex commissoria*: cuestiones preliminares. – 2. La *lex commissoria* en la compraventa. – 3. La *lex commissoria* en la doctrina. – 4. La *lex commissoria* y la *fiducia cum creditore*. – 5. Naturaleza de esta *lex commissoria*. – 6. La *lex commissoria* en el *pignus* y la *causa pro emptore* de la usucapión. – 7. Asimilación de la operación de una *lex commissoria* a la *causa pro emptore*. – 8. La base textual general. – 9. Análisis particular. – 10. Aspectos conclusivos.

\* El presente artículo corresponde a una adaptación de un capítulo de la tesis doctoral del mismo autor llamada *Asimilaciones a la compraventa en derecho Romano*, publicada en Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.

### 1. *La lex commissoria: cuestiones preliminares*

Según se sabe, el *Codex Theodosianus* 3,2,1 (*de commissoria rescindenda*) y el *Codex* de Justiniano 8,34,3 *principium*, son las fuentes fundamentales en que se puede encontrar la histórica derogación de la *lex commissoria*. No obstante la derogación, existen vestigios en las fuentes que permiten pensar que el problema de la retención de la prenda y la *lex commissoria* aun existía en el siglo VI<sup>1</sup>.

En la SIHDA de Liège, ya hace algunos años, tratamos de mostrar que la *lex commissoria* tiene una conexión histórica muy cercana, acaso demasiado cercana, con la *fiducia cum creditore*. Pero al contrario de lo que ocurre en el más moderno *pignus datum*, la *lex commissoria* en la *fiducia* acarrea sólo la ‘consumición’ o ‘extinción’ de la *actio in personam* contractual, mas no producía cambios de ninguna especie en la posición jurídica del fiduciario con relación a la cosa, pues este era dueño *ab initio* y no tenía nada que adquirir por el efecto del *commissum*. En Liège, traté también de acreditar que la *lex commissoria* en la *fiducia* estaba vinculada necesariamente con una *mancipatio*, y funcionaba como una *lex mancipii* que comportaba – como todas las *leges mancipii* – no una *conventio*, sino una declaración más bien renunciativa al ejercicio de una *actio in personam*.

El caso del *pignus datum* es, sin embargo, diferente: la retención de la prenda en manos del pignoratario en caso de impago no resulta tan natural como en la *fiducia* pues, el asunto se acerca peligrosamente a un mejoramiento de la causa posesoria (y sabemos que nadie puede cambiar por sí solo su causa posesoria o de *usucapio*). También es complejo que un poseedor natural, como es el pignoratario, cambie repentinamente su posición a la del poseedor civil o a la posición del dueño<sup>2</sup>.

La situación es compleja desde un punto de vista posesorio, especialmente si nos acercamos al problema desde la *iusta causa* pues, dentro de ese mecanismo, resulta natural preguntarse cuál es el título que permite al pignoratario retener la prenda con efectos *erga omnes*, si la obligación principal garantizada no se paga. Obviamente que en el caso de la *fiducia*, la operación de la *lex commissoria* para el caso del impago de la obligación principal no es un problema de *iusta causa*, pues el fiduciario ya era dueño por *mancipatio* y su posición con relación a la cosa no muta. Pero el caso de la prenda es distinto.

Las fuentes indican que en el *pignus datum*, el título de la retención (al igual que en el caso del pago de la *litis aestimatio* en la acción real) fue modelado y construido como si se hubiese celebrado un contrato de venta<sup>3</sup>, a pesar de que el mecanismo no se puede identificar con la estructura propia de lo que conoce-

<sup>1</sup> B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972<sup>4</sup>, 436.

<sup>2</sup> Para una explicación de la prohibición de cambiar por sí y ante sí la causa posesoria, v. G. MACCORMACK, *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, en *BIDR* 75, 1972, 85 ss.

<sup>3</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, 114.

mos comúnmente como un contrato de compraventa. Con el objeto de verificar la forma en que pudo establecerse una similitud entre la operación de esta institución y la *causa emendi*, es necesario indagar sobre las aplicaciones que tuvo la *lex commissoria* en el tráfico jurídico romano.

La *lex commissoria* es una institución que aparece en las fuentes a propósito de dos tipos negociales fundamentales. En el ámbito jurisprudencial, se provee información acerca de esta institución de manera especial en el Libro 18, título 3 (*De lege commissoria*) del Digesto. A simple vista, puede apreciarse que el tratamiento que Justiniano otorga a la *lex commissoria* en ese apartado dice relación con su presencia en algunos contratos de compraventa, especialmente como una cláusula accidental. El segundo lugar donde puede encontrarse la *lex commissoria* en las fuentes, aunque esta vez de manera muy oscura, es en el tratamiento justinianeo de la garantía real posesoria o *pignus*<sup>4</sup>.

Decimos que esta segunda modalidad de la *lex commissoria* aparece muy oscura en las fuentes, debido a que, al momento de la composición del Digesto, la *lex commissoria* del *pignus* había sido derogada hacía ya mucho tiempo por el Emperador Constantino<sup>5</sup>. Sin embargo, rastros de esta antigua institución pueden igualmente develarse en el estudio de algunos pasajes.

## 2. La lex commissoria en la compraventa

Si seguimos las opiniones vertidas por Ulpiano en el libro 32 de sus *Comentarios a Sabino*, la *lex commissoria* en la compraventa puede explicarse como aquella condición negativa cuyo cumplimiento opera entre las partes la 'in-emptitud'<sup>6</sup> de la cosa que había sido vendida. Esta condición negativa consiste, justamente, en que el comprador no pague el precio a que se hallaba obligado por el contrato, dentro de cierto día preacordado:

D. 18,3,4 pr. Ulp. 30 ad ed.: *Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint, itemque si de-*

<sup>4</sup> Para A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 10 s., fuera del *Corpus Iuris*, la única referencia a la *lex commissoria* fiduciaria está en *PS*. 2,13.

<sup>5</sup> C.Th. 3,2,1 (*de commissoria rescindenda*); y C. 8.34.3 pr. Imperator Constantinus: *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri*. [Const. a. ad pop. <a. 326 d. II kal. febr. Serdicae Constantino a. VII et Constantio C. Cons. >].

<sup>6</sup> Pese a su inexistencia en el idioma castellano, el uso de la palabra 'in-emptitud' resulta muy cómodo y técnico para referirse a la operación de la *lex commissoria*. Por lo demás, lo tomamos de las fuentes. Así, v. D. 19,2,22 pr. Paul. 34 ad ed.: *Item si pretio non soluto inempta res facta sit ...* Sobre los efectos de esta regla en la compraventa y las posiciones sabiniana y proculeyana, v. D. DAUBE, *Tenancy of Purchaser and lex commissoria*, en *Collected Studies in Roman Law*, bajo el cuidado de D. COHEN, D. SIMON, vol. II, Frankfurt am Main, 1991, 723-730.

*terior fundus effectus sit facto emptoris. Et quidem finita est emptio: sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur.*

Como se puede observar, la clase de *lex commissoria* que está presente en algunos contratos de compraventa, se identifica con una simple condición de no pago del precio y acarrea efectos extintivos para las partes que la han acordado.

La presencia de la *lex commissoria* en la compraventa no acaba allí. La aplicación de la *lex commissoria* en este contrato puede también extraerse de algunas de las constituciones imperiales recogidas en el Libro 4, párrafo 54 del *Código* de Justiniano. Con todo, se trata del mismo negocio accesorio a la venta que presenta los efectos que van a describirse.

Los efectos resolutorios pre-pactados entre los contratantes (comprador y vendedor), se traduce en la facultad unilateral que tiene el segundo para resolver las relaciones obligacionales nacidas del contrato, háyase o no efectuado la tradición de la cosa, por el simple evento de no haberse cumplido la obligación de pagar el precio a que se haya sujeto el comprador.

Como se sabe, los romanos conocían dos tipos de garantías posesorias fundamentales: la *fiducia cum creditore* y el *pignus datum*. Veremos, en adelante, que la *lex commissoria* estaba presente en ambas clases de garantías. Sin embargo, también nos podremos dar cuenta que la misma *lex commissoria* adicionada a la garantía real arcaica llamada fiducia, no funcionaba igual que la del *pignus*, por lo que resulta más o menos comprobado que todas las *leges commissoriae*, si bien comparten el nombre, funcionan de manera bastante diversa, según el negocio a que accedan<sup>7</sup>.

En efecto, la *lex commissoria* de la compraventa difiere de la que aparece en ambas garantías reales por varias razones. En especial porque el contrato de compraventa a que accede es estructural y obligacionalmente distinto de ambas garantías. La *lex commissoria* de la compraventa difiere de la *lex commissoria* de la *fiducia*, en primer lugar, porque este último contrato acarrea efectos reales adquisitivos inmediatos en virtud de la *mancipatio fiduciae causa*, mientras que la compraventa consensual romano-clásica trae aparejados efectos puramente obligacionales y fundamentalmente el de pagar el precio. Sin embargo, este contrato, por sí solo, jamás opera a favor del comprador una transmisión de la propiedad de la cosa vendida<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> X. D'ORS, *Antología de textos jurídicos de Roma*, Madrid, 2001, 277 n.º 114.

<sup>8</sup> Es discutible, sin embargo, el caso de la venta de *res Mancipi* cuando ha habido *mancipatio* y no se ha pagado el precio; sobre esto v. G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, 115 ss. Con todo, también puede discutirse que la *lex commissoria* (y la *in diem addictio*) en este caso sea una verdadera *lex Mancipi*: G.G. ARCHI, *Il trasferimento* cit., 117 n.º 1 y 120.

La *lex commissoria* de la compraventa difiere, a su turno de la *lex commissoria* del *pignus*, porque también este préstamo de garantía opera con efecto posesorio, esto es, nace desde el momento mismo de la entrega de la cosa y no antes, y no genera para las partes obligaciones recíprocas, como ocurre con el contrato de compraventa. En efecto, y aunque sobre esto volveremos más adelante, no siendo la prenda posesoria un contrato, no puede generar como la venta, obligaciones para ambas partes bajo un supuesto de reciprocidad.

Un último elemento que distingue la *lex commissoria* de la venta con la de las garantías reales es que, si bien en ambos casos la *lex commissoria* es condición de la falta de pago, en el caso de la venta la falta de pago se conecta con el acto o contrato mismo, mientras que en el *pignus* debe conectarse con un negocio distinto al que accede la garantía, normalmente un mutuo que, justamente, es la obligación principal incumplida.

En cuanto a los efectos, debemos observar que ni la fiducia ni el *pignus* se ‘resuelven’ por la operación de una *lex commissoria*, debido a que los efectos reales de una y otra ya han operado desde el momento de su celebración. Por el contrario, la compraventa consensual queda irremediabilmente *in-empta* por causa de incumplimiento de la obligación de pagarse el precio<sup>9</sup>, haya o no el comprador recibido la *merx*, debido a que las obligaciones de los contratantes son una cosa muy distinta de los efectos reales. Estos últimos efectos sólo se producen con la tradición que cumpla con los requisitos para operar una transferencia jurídicamente válida.

Si analizamos en particular el caso del *pignus*, la situación puede complicarse. La *lex commissoria* de las garantías reales permite una retención lícita y definitiva de la cosa dada en garantía sin cometer, al menos en el caso del *pignus datum*, un delito de *furtum*<sup>10</sup>. En ese aspecto, como veremos, es que una vez evolucionada la fiducia hacia el *pignus*, la *lex commissoria* terminará por asimilarse a un verdadero acto de disposición del *dans*, *quodammodo condicionalis esse venditio*, tal como se puede leer de D. 20,1,16,9 Marcian. *lib. sing. ad form. hypoth.* salvando, de paso, el problema de la prohibición teodosiana de la *lex commissoria* pignoraticia.

En efecto, en el caso del *pignus*, la operación de la *lex commissoria* produce una verdadera mutación de la causa posesoria desde un título de simple posesión natural hacia uno de posesión civil, o incluso hacia el dominio, si se trata de *res nec mancipi*<sup>11</sup>. Esta mutación de causa posesoria es inimaginable en el caso de la *lex commissoria* en la compraventa, justamente por la falta de efectos reales en

<sup>9</sup> D. 18,3,2 Pomp. *35 ad Sab.*; D. 18,3,4 Ulp. *32 ad ed.*; D. 4,4,38 Paul. *1 decret.*; C. 4,54,4, etc.

<sup>10</sup> En el caso de la fiducia no cabe hurtar al *creditor*, pues la cosa es suya y no es posible hurtar cosas propias. Sobre la ‘ajeneidad’ como elemento del *furtum*, v., con numerosas fuentes, A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, vol. II, Santiago, 2001, 246.

<sup>11</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, 193.

dicho contrato. Así, y en definitiva, a pesar del nombre que las parece unificar y de tratamiento conjunto que en algunos casos ha recibido producto de la prohibición teodosiana<sup>12</sup> y de la acomodación consecuencial de las fuentes justinianas, la *lex commissoria* en la *fiducia cum creditore* o en el *pignus*, cumple un rol muy distinto que en el contrato de compraventa. Además, como se ha dicho, la *lex commissoria* es todavía distinta dentro de las mismas dos clases de garantías reales, en que no puede decirse que operen de manera perfectamente análoga.

### 3. *La lex commissoria en la doctrina*

Además de la cuestión relativa al ámbito de aplicación y extensión, la sola expresión *lex commissoria* trae aparejados problemas complejos. La primera dificultad que surge dice relación con el significado originario de la locución, pues resulta notorio que ni la voz *lex*<sup>13</sup> ni la expresión *commissoria*<sup>14</sup> son unívocas, y dependerán del contexto histórico y jurídico en que sean analizadas. Ello da lugar a variadas teorías sobre el origen y funciones de la *lex commissoria*.

En efecto, la doctrina romanística está dividida, básicamente, en dos sectores respecto del origen y aplicaciones de la *lex commissoria*. Por una parte, están quienes sostienen que una institución como esta, debió gestarse en el marco del contrato de compraventa que, como hemos recordado, es el único lugar en que Justiniano la transmite hasta nuestros días de manera sistemática u orgánica. Por el contrario, existen romanistas que discurren sobre un posible origen de la *lex commissoria* vinculado al ámbito de las garantías reales con desplazamiento posesorio.

Biscardi, quien ha dedicado más de una monografía a las garantías reales y a las declaraciones y pactos anejos a éstas, sustenta la tesis de que el origen de la *lex commissoria* debe encontrarse en la compraventa celebrada bajo condición suspensiva de no pagarse el precio. Así, para este autor, la *lex commissoria* en función

<sup>12</sup> Para las razones de la derogación de la *lex commissoria* en el *pignus*, v. M.I. FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, 35 s.; y, también, A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 209.

<sup>13</sup> E. CUQ, en *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, édité par C. DAREMBERG, E. SAGLIO, vol. III.2, Paris, 1918, 1107 ss., define *lex* (en general), como «un engangement pris soit par les citoyens romains les uns envers les autres, sur la proposition d'un magistrat, soit par un citoyen envers un autre». Sobre la *lex* como cláusula negocial, v. M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1999<sup>3</sup>, 104 s. Sobre las declaraciones de las partes en una *mancipatio* v. S. RANDAZZO, *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, 62.

<sup>14</sup> Para el uso de *commitere*, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 14 nt. 1 y 112 s. Cfr. también F. CANCELLI, *Origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano, 1963, 47 s.; especialmente, 48 nt. 112; para el uso de *commisum* como *poena*, v. D. 39,4,14 Ulp. 8 disp. y D. 39,4,16 Marcian. lib. sing. de del.

de garantía, no es más que una verdadera *emptio venditio in causam obligationis*<sup>15</sup>. Ello lleva a Biscardi a afirmar que no existieron dos *leges commissoriae* (una en el *pignus* y una en la compraventa) sino que genéticamente sólo una, ya que se trata en ambos casos, y en sus propias palabras, de ‘dos aplicaciones de un mismo instituto’<sup>16</sup>.

Si bien la posición de Biscardi es seductora, se enfrenta con varios problemas. En primer lugar, si de lo que se trata es de averiguar el origen de la *lex commissoria* debemos suponer que el ámbito histórico donde debe enmarcarse el análisis debe ser necesariamente preclásico. Antes de inventarse por los juristas la compraventa consensual, el derecho arcaico sólo conocía la compraventa de efectos reales inmediatos que operaba a la manera de un trueque de cosa por precio. En un estadio así de evolucionado, la *lex commissoria* por falta del pago del precio al que el comprador se halla obligado se torna imposible de imaginar, pues simplemente no existía la venta antes de efectuarse el pago. Ello comporta que, en un negocio de efectos reales inmediatos, se haga inimaginable configurar una condición de *pecunia non soluta* con efectos extintivos pues, de no pagarse el precio, no ha nacido nada que se pueda llegar a extinguir<sup>17</sup>.

En efecto, la postura de Biscardi es sólo sostenible cuando la compraventa transita hacia un negocio con pago diferido de precio<sup>18</sup>, esto es, cuando la compraventa romana se configura como contrato con obligaciones consensuales recíprocas para las partes, sancionadas por medio de acciones de buena fe. En este último escenario, la cuestión de la existencia de la *lex commissoria* en la compraventa puede recién aceptarse pues el pago del precio ha quedado diferido por lo que es posible de imaginar su incumplimiento<sup>19</sup>. Si aceptáramos, aún, que la *lex commissoria* en la compraventa estaba presente en una eventual compraventa garantizada por medio de promesas recíprocas, parece ser que la acción propia de la estipulación practicada a favor del vendedor es remedio suficiente para exigir el cumplimiento, sin que sea necesario pactar una *lex commissoria* anexa. Para la

<sup>15</sup> A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali* cit., 192.

<sup>16</sup> A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. II, Milano, 1962, 576 ss.; ID., *Appunti sulle garanzie reali* cit., 83-87 y 176-193; una última defensa en ID., *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991, 125 nt. 55; cfr. F. SENN, *La dation des arrhes* en *NRHDFE* 37, 1913, 61.

<sup>17</sup> Sobre la venta de *res mancipi* con *lex commissoria* y los efectos del no pago del precio, vd. G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà* cit., 132 ss.

<sup>18</sup> Sobre la compraventa como acto primitivo de efectos reales la cuestión es bien conocida. Un resumen en A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* II, cit., 125-127.

<sup>19</sup> Para una crítica a quienes han sostenido una posible *lex commissoria* en la *mancipatio* en función de venta, v. A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali* cit., 576 ss.; ID., *Appunti sulle garanzie reali* cit., 83 ss. Este autor sostiene (p. 87) que una clase de *lex commissoria* de este tipo sería un «mito» debido, en primer lugar, a que no caben las condiciones en los actos legítimos y, en segundo, a que las fuentes no la mencionan.

resolución de los efectos posesorios ya operados, habría que apuntar hacia la tradición, pero no a las obligaciones a que se encuentran sujetas las partes.

En una consistente monografía sobre el tema, Burdese sostiene, en contra la opinión de Biscardi que a pesar de que Justiniano sólo recoge una clase de *lex commissoria* (en el Libro 18,3 del Digesto y Código 4,54), las hubo de dos tipos y bien diversas: una en la *fiducia* y otra en el contrato de compraventa<sup>20</sup>. Ambas, dice, habrían compartido el carácter condicional suspensivo *soluta ad diem pecunia non sit*<sup>21</sup>. Pensamos, siguiendo a Burdese, que, si bien es cierto que Justiniano sólo recoge un tipo de *lex commissoria*, no puede olvidarse que la figura, de hecho sí existió en el *pignus datum*, y que justamente a ella se refieren no sólo los textos en que consta su derogación, sino que Vat. Fragm. 9<sup>22</sup> y D. 20,1,16,9 Marcian. *lib. sing ad form. hypoth.*, que analizaremos oportunamente.

Burdese afirma que los efectos de una y otra clase de *lex commissoria* no pueden equipararse, debido a que acceden a instituciones principales muy diversas<sup>23</sup>. En efecto, sostiene que la *lex commissoria* de la compraventa resuelve los efectos bilaterales del contrato de compraventa mientras que en la *fiducia*, lo que se resuelve es la obligación unilateral de restituir la cosa<sup>24</sup>. Las diferencias que se pueden detectar son, como se ve, muy relevantes y obedecen principalmente a las distintas estructuras de los negocios a que acceden.

Sin referirse específicamente al tema sino a las justas causas en general, Voci ha sostenido que la compraventa bajo condición suspensiva incumplida no puede configurar una *iusta causa usucapionis*<sup>25</sup>. En consecuencia, según esta postura, si la *lex commissoria* de la compraventa equivalía a una venta con condición suspensiva de no pago del precio, esa misma compraventa nunca pudo haber configurado una *iusta causa*. Del mismo modo, la misma compraventa consensual sería siempre rescindible por no pago del precio y, pensamos, la *lex commissoria* así entendida, se habría tornado inútil. Desde un punto de partida diverso, autores como

<sup>20</sup> Un *status quaestionis* completo en A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 11 nt. 5 y 12 ss.

<sup>21</sup> Para un supuesto carácter resolutorio de la *lex commissoria* (aunque en la venta), vd. P.E. VIARD, *Les pacts adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris, 1929, 74 ss.

<sup>22</sup> Para la fecha de Vat. Fragm. v. el *Estudio introductorio* en la versión de M.E. MONTEMAJOR ACEVES, *Fragmentos vaticanos*, México, 2003, XV. También de la interpretación correcta de *XII Tab. VIII*.

<sup>23</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 15 s. afirma que ambas *leges commissoriae* tenían en común la característica condicional suspensiva. En la p. 111 Burdese sostiene, sin embargo, que «non è tuttavia esatto concluderne che debba essere destinato all'insuccesso qualsiasi altro tentativo di individuare un punto di contatto tra la *lex commissoria* fiduciaria e quella in materia di vendita, come, sulla scia di Naber e Manigk, sostiene recisamente Erbe». Vd. W. ERBE, *Die Fideuzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, 44.

<sup>24</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 12.

<sup>25</sup> P. VOCI, *Iusta causa usucapionis*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV. *Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, 1950, 163.



Samper afirman que la *lex commissoria* tiene su origen en el ámbito de las garantías reales, y más concretamente en el *pignus*<sup>26</sup>.

En general, nos parece que además de la gran cantidad de información aportada, la teoría de Burdese tiene la virtud de incorporar al análisis de la cuestión a la antigua institución de garantía denominada *fiducia cum creditore*. Esta institución de garantía se celebraba desde antiguo en el marco de una *mancipatio* en cuya virtud se transfería el dominio de una cosa a un acreedor, quien se obligaba a retransferirlo al *dans* si la deuda era extinguida. Por su calidad de negocio legítimo, la *mancipatio* no permitía pactar condiciones. Ahora bien, esta forma solemne sí permitía a las partes agregar declaraciones accesorias de carácter preceptivo<sup>27</sup>. Una de estas declaraciones preceptivas, aparentemente, habría sido la *lex commissoria*.

Otra virtud del estudio de Burdese, por el mismo hecho de incorporar la *fiducia* al análisis, es que advierte claramente que no debe confundirse la *lex commissoria* propia de esta modalidad de garantía (que más tarde se extendería al *pignus*), con la que operaba en el contrato de compraventa. En efecto, la *lex commissoria* de la compraventa trae aparejados efectos resolutorios del negocio mismo<sup>28</sup> pero no equivale a una condición suspensiva de *pecunia non soluta*.

#### 4. La *lex commissoria* y la *fiducia cum creditore*

La *fiducia cum creditore* se caracterizaba, en sus orígenes, porque la restitución de la cosa fiduciada y los efectos de la misma quedaban entregados a la *fides* del *creditor*, esto es, a la palabra empeñada por el fiduciario (*accipiens*) en favor del fiduciante (*dans*)<sup>29</sup>. Esta palabra empeñada se traducía, correlativamente, en

<sup>26</sup> F. SAMPER, *Derecho romano*, Santiago, 2003, 372.

<sup>27</sup> Sobre las declaraciones preceptivas de las partes en una *mancipatio*, vd. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato*, I. *El vocabulario de la negocialidad jurídica en el derecho romano*, en REHJ, 17, 1995, 121 s.

<sup>28</sup> Es lo que hoy en día se conoce como la condición resolutoria de no cumplirse lo pactado. Sobre los efectos resolutorios del negocio mismo v. F. WIEACKER, *Lex commissoria*, Berlin, 1932, 38 ss. y M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano, 1953, 61 nt. 39; con todo, ni la voz 'resolver' ni 'condición resolutoria' son clásicas. Las denominaciones suspensiva y resolutoria para las condiciones son medievales. Así, con algunas citas, en P. LAZO, *El problema del traspaso del riesgo en la jurisprudencia romana*, Tesis doctoral [inédita], Madrid, 2002 (separata), nt. 42. Recoge este autor la idea de que la expresión 'condición suspensiva' arranca de un concreto pasaje del Digesto: D. 35,1,79 pr. Pap. 1 def.: *Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato. Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere...* A su turno, hablan los medievales de 'condición resolutoria', a partir de D. 18,1,3 Ulp. 28 ad Sab.: *Si res ita distracta sit, ut si displicisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed solvi emptionem sub condicione*.

<sup>29</sup> Para el uso de *fides* en la fiducia como el abandono total de la cosa en manos del deudor que, sin embargo, tiene un deber moral – *fides* también –, de restituirla al *dans*, v. L. LOMBARDI,

la buena voluntad de restituir<sup>30</sup> (o remancipar)<sup>31</sup> la cosa una vez que se haya satisfecho la deuda principal<sup>32</sup>.

De tal manera, la fiducia originaria o de mera confianza, no engendraba una verdadera *obligatio fiduciae* debido a que la restitución de la cosa no era civilmente exigible, debido a que no existía una acción que la sancionase<sup>33</sup>. El carácter meramente fiduciario de la institución y la falta de acción y relación obligatoria hace explicable que, al menos durante este período histórico, una institución como la *lex commissoria* no hubiese tenido mayor sentido.

Como es sabido, la fiducia dejaría el ámbito meramente fiduciario para transitar hacia uno de los contratos desarrollados por la jurisprudencia en la época clásica, acaso el primero que se logró configurar conforme a la buena fe<sup>34</sup>. En este

*Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, 84. Sobre *fides* en este ámbito, v. A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, 57.

<sup>30</sup> Cuando la *fiducia* queda sancionada *iure civili*, la *obligatio fiduciae* es *restituere* y no *reddere*. Sobre esto v. N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, II. *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983, 43 nt. 52 *bis*.

<sup>31</sup> Boeth. *Ad Top. Cic.* 4,10,41. Véase, sobre este texto, F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012 (rist. 2014), 40-43.

<sup>32</sup> También existió la *fiducia* sin desplazamiento como se desprende de Gai. 2,60. Afirma P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. III. *Diritti reali*, Milano, 1933, 198 que el deudor que transmitía la cosa al acreedor formalmente en propiedad, pero realmente en garantía de su deuda, solía impetrar de la concesión precaria de la cosa, con lo que podía mantener, al menos, el precario. También A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* II cit., 109 que explica que al no ser la *mancipatio* (o, si cabe, la *in iure cessio*) un negocio posesorio sino que de efectos dominicales, el *dans* podía mantener el arrendamiento o el precario de la cosa.

<sup>33</sup> F. SAMPER, *Derecho romano* cit., 343 ss.; afirma este autor que en derecho antiguo (pero ya convertida en contrato) debió de haber existido una acción especial para este negocio, probablemente la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, origen de todos los juicios causados; sobre la posible aplicabilidad de la *condictio*, v. A. D'ORS, *Recensión a A. BURDESE, Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* cit., en *Iura* 1, 1950, 422 fin. Sobre la analogía de la fiducia con la *datio ob causam* y las acciones crediticias que se habrían generado, v. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1997, § 464. En todo caso, el sentido originario de *creditum* (= entrega con seguridad de restitución de lo dado) no cuadra con la entrega sometida a la sola *fides* o palabra empeñada del *accipiens*, por lo que pensamos que la *fiducia* como negocio no puede haber quedado en su origen sometida a ninguna de las acciones de la ley, salvo que se conjeturase sobre una acción *in fidem*, del todo improbable (con todo v. W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Florida, 1921, 429). Sobre el sentido originario de *creditum*, v. A. CASTRESANA, *Reflexión sobre la significación jurídica de auctoritas, credere y pontifex en las etimologías de A. Pariente*, en *BIDR* 91, 1988, 435-437.

<sup>34</sup> Dice A. D'ORS, *Derecho Privado Romano* cit. § 464, que la fiducia se hallaba a la cabeza de la serie de acciones contractuales. Sobre la fiducia como contrato, v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* vol. II, Padova, 1963, 12 s.; una lista de juicios con cláusula *ex fide bona* (según la buena fe), atribuida a Quinto Mucio Scévola el pontífice, en *Cic., De off.* 3,17,70; sobre este texto cfr. P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette)*, *Il contenuto dell'obligatio*, vol. I, Milano, 1969 65 s.; otros textos en p. 65 nt. 67; sobre la fiducia v. N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, I, *Le nuncupationes*, Napoli, 1979, 15 nt. 9 y 16 ss.; sobre la *fiducia cum creditore*, en particular, v. A. D'ORS, *Derecho privado romano* cit., §§ 464 y 465.

contexto, la ‘obligación fiduciaria’ propiamente tal, nace de un acto complementario y anexo a la *mancipatio fiduciae causa*, bilateralmente acordado entre el *dans* y el *accipiens* que se denomina *pactum fiduciae*<sup>35</sup>. Con ello, la obligación se hace exigible civilmente por medio de una acción de buena fe.

Aun cuando existieron dos clases de fiducia, como apuntan los autores siguiendo a Gayo<sup>36</sup>, es conveniente recoger, en parte, la objeción de Grosso en cuanto afirma – al comentar una monografía de Erbe –, que el estudio de este contrato hace necesario el análisis conjunto, y no particular, de ambas formas negociales<sup>37</sup>. Es así como, aun cuando en esta sede nos interesa la *fiducia cum creditore* y no la modalidad *cum amico*, algunas de las afirmaciones que haremos, especialmente en relación con el *pactum fiduciae* que delimita el contenido del contrato, son aplicables a ambos tipos de fiducia.

La *fiducia cum creditore* es una institución contractual de garantía caracterizada por una transferencia dominical<sup>38</sup> de *res Mancipi*<sup>39</sup> a favor del *creditor*, quien la adquiere por medio de un modo solemne, corrientemente una *mancipatio*, aun cuando bien puede servir la *in iure cessio*<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia* I cit., 22 nt. 28 y 29 y EAD., *La struttura del negozio della fiducia* II cit., 50 con relación a la interpretación de Isid. *orig.* 5,25,23. Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* II cit., 9. Para el contenido del *pactum fiduciae*, como delimitador de la obligación fiduciaria, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 51.

<sup>36</sup> Gai. 2,60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua usucapio competit.*

<sup>37</sup> G. GROSSO, *Recensión a W. ERBE, Die Fiduzia in römischen Recht*, en *SDHI* 7, 1941, 426 s.

<sup>38</sup> Para A. D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 464, en el caso de la *fiducia cum creditore* la causa con la que adquiere el fiduciario es una *causa credendi*. Cfr., sin embargo, § 170 nt. 6, donde afirma, «No en la *fiducia*, pues ésta requiere el negocio abstracto de la *mancipatio* o la *in iure cessio*». La *fiducia* es un acto solemne de transferencia de la propiedad con efecto real inmediato. Sin embargo, la *fiducia* en cuanto contrato no es una *iusta causa traditionis* ni *usucapionis*. Por el hecho de ser la *mancipatio* un acto abstracto, no puede hablarse, técnicamente, de *iusta causa* para su operación. En este tipo de actos, sabemos, la causa subyace, aunque no debe probarse. Ello no significa, empero, que la *mancipatio* o la *in iure cessio* carezcan de causa, sino que ella no es relevante para los efectos mancipatorios; v. también N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia* I cit., 22 ss.

<sup>39</sup> Aunque no es completamente pacífico que la cosa que es objeto de una *mancipatio* deba ser necesariamente una *res Mancipi*. Sobre esto v., especialmente, P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* I cit., 15 ss.

<sup>40</sup> Sobre la posibilidad de contraer *fiducia* por medio de una *in iure cessio* v. Gai. 2,59 y 3,201 que menciona expresamente esta opción. Al respecto v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* I cit., 6-13 y 15 ss., con el *status quaestionis*; N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia* II cit., 43 nt. 54; cfr. Isid. *orig.* 5,25,23: *fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur*. Cfr. Boeth. *Ad Top. Cic.* 4,10,41 que, por ejemplo, no menciona la *in iure cessio*. Para la *in iure cessio* en general como medio alternativo a la *mancipatio*, v. Gai. 2,22: *idem valet et in iure cessio*, (por adición, es verdad, de GOESCHEN); para el supuesto ‘deseuetudo’ de

El contenido del contrato de *fiducia cum creditore* comporta que el fiduciante entrega en propiedad la cosa al fiduciario con el objeto de garantizar el pago de una deuda, normalmente un mutuo<sup>41</sup>. El fiduciario, como contrapartida, queda obligado – civil y no sólo fiduciariamente<sup>42</sup> –, a restituir la propiedad de la cosa una vez que el crédito quede satisfecho<sup>43</sup>. En este sentido, resulta razonable que la *mancipatio fiduciae causa* pudiese albergar una declaración preceptiva de aquellas que solían acompañar a estos negocios, y una de éstas podría haber sido una *lex* denominada *lex commissoria*. Por medio de ésta, el acreedor de la obligación principal renunciaba definitivamente a reclamar la cosa que había entregado en fiducia si es que no pagaba el crédito. Pero el asunto no es tan sencillo. En efecto, el fiduciante es, a su vez, acreedor. Además, no cabe duda de que la propiedad de la cosa entregada se transfiere por medio del modo solemne (*mancipatio*) inmediatamente al fiduciario.

En consecuencia, la declaración preceptiva del fiduciante (*mancipio dans*) sólo puede decir relación con su calidad de acreedor de la obligación nacida *fiduciae causa* pues es la única posición que goza, y justamente por ello la puede renunciar, aunque sea condicionalmente. Analicemos el asunto con detención.

Nos parece que una cosa es la disposición abstracta de la propiedad por medio de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, y otra muy diversa es el hecho de que las partes juntas o separadamente puedan delimitar sus relaciones futuras en relación con la cosa entregada, por medio de un *pactum fiduciae*<sup>44</sup>. En ese ámbito propio del derecho de obligaciones, y no en relación con el dominio, es donde se debe enmarcar la posibilidad que tiene el *dans* para renunciar condicionalmente a su calidad de acreedor, esto es, en definitiva, para renunciar al ejercicio de la *actio fiduciae*.

En efecto, en el caso de la *fiducia*, tal como ocurre en otras instituciones, los efectos de la propiedad y los de las obligaciones corren por vertientes diversas. La cosa ya había pasado a la propiedad del *accipiens* aun cuando éste mismo, a su vez, la deba. Al *dans* no le legitiman acciones *in rem*, puesto que el fiduciante no es ni dueño ni poseedor civil de la cosa dado que ha transferido la cosa al *accipiens*.

la *in iure cessio*, v. Gai. 2,25 y P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* I cit., 15. También véase, con cita a Cic. *pro Flacco* 21,51, F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico* cit., 48.

<sup>41</sup> Es la interpretación de Isid. *orig.* 5,25,23: *Fiducia est, cum aliqua... mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur.*

<sup>42</sup> A. CASTRESANA, *Fides, bona fides* cit., 71 s.

<sup>43</sup> El *creditor* adquiere los frutos y cualquier otro provecho de la cosa. Ahora bien, en el caso de tener que restituir, deberá también los frutos y provechos y con ello se evita el enriquecimiento injusto. Esta es la posición de A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei* cit., 116.

<sup>44</sup> A. D'ORS, *Recensión* a A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., en *Iura* 1, 1950, 422 afirma: «El *pactum fiduciae* es algo agregado a la *mancipatio fiduciae causa*: no queda incluida en ella».

### 5. Naturaleza de esta lex commissoria

La renuncia condicional a la calidad de acreedor para el caso de no satisfacerse la deuda principal puede identificarse perfectamente con una idea de *lex commissoria* en una *mancipatio fiduciae causa* pues se limita a extinguir (también condicionalmente) la obligación de restituir que había nacido a favor del fiduciario. Así, como cualquiera de las *leges mancipi* o también llamadas *leges in mancipio dictae*, la *lex commissoria* modifica los *verba sollemnia* de una *mancipatio*<sup>45</sup>.

Mediante la declaración de esta *lex*, el *accipiens* queda facultado para retener definitivamente la cosa (*committere*), sin que le quepa al *dans* la posibilidad de demandar ni real ni personalmente en el caso de no pagar al acreedor la obligación principal.

Como toda renuncia, la renuncia a pedir la cosa *ex iure civili*, esto es, la renuncia a ejercer la *actio fiduciae*, debe estructurarse unilateralmente. En efecto, no se ve en qué medida podría participar el *accipiens* en la disposición potestativa y renunciativa del *dans* o fiduciante. Tampoco se ve cómo la voluntad del *accipiens* pudiera ser jurídicamente relevante si, de hecho, participara en la renuncia<sup>46</sup>. Así, las declaraciones preceptivas hechas en el marco de una *mancipatio* más bien son impuestas a la contraparte con carácter de *lex* y es justamente por ello que los efectos le alcanzan<sup>47</sup>. En efecto, y aun cuando la *lex commissoria* se encuentra enmarcada en un acto perfectamente bilateral como es la *mancipatio* que da cuenta de la celebración de una *fiducia cum creditore*<sup>48</sup>, la *lex commissoria* aparece, como todas las *leges* de este tipo, con una estructura unilateral pues sólo cabe al fiduciante, y a nadie más, disponer de una cosa que se le debe<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Para la idea de una *lex commissoria* como una *lex dicta*, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 13. Sobre el concepto de *lex mancipi* y su funcionamiento v., por ahora, N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia I* cit., 48 «...e fra essi di fondamentale importanza appaiono le *nuncupationes* o *leges mancipi*, che inserendosi nel formulario stesso della *mancipatio* la determinerebbero nel suo contenuto intrinseco e provocherebbero l'accoglimento di una manifestazione unilaterale di volontà, non solo necessaria da un punto di vista sostanziale a produrre l'effetto voluto, ma anche tesa a temperare il formalismo della *mancipatio* stessa attraverso l'introduzione di clausole, che modificherebbero i suoi *verba sollemnia*» Para las dos teorías (amplia y restrictiva) sobre el contenido de las *nuncupationes*, v. 53 s. y EAD., *La struttura del negozio della fiducia II* cit., 154; para una asimilación entre *nuncupationes* y *leges mancipii*, v. S. RANDAZZO, *Leges mancipii* cit., 62 ss.

<sup>46</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 13 nt. 3 considera esta posición como hipotética.

<sup>47</sup> A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto* cit., 121.

<sup>48</sup> No decimos con esto que la *mancipatio* sea un acto de violencia unilateral, como ha sido afirmado por autores como Jhering y Kaser (v. G. DIÓSDI, *Ownership in ancient and preclassical Roman Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970, 67 s.), sino que limitamos nuestra afirmación solamente a la *lex commissoria*.

<sup>49</sup> Sobre la unilateralidad o bilateralidad de las *leges*, F. CANCELLI, *L'origine del contratto* cit., 45 n° 105]. Para la *lex commissoria* (y el *ius vendendi*) como acuerdo que hace surgir la facultad de obtener la retención del *pignus*, v. U. RATTI, *Sull'accessorietà del pignone e sul ius vendendi del credito-*

Sin embargo, aun existiría la posibilidad, al menos ideal, de considerar la *lex commissoria* como un *pactum* y no como una *lex privata* o *lex dicta*<sup>50</sup>. Esto puede verse reforzado por la confusión que suele denunciar la doctrina respecto de estas dos instituciones, y acaso el tránsito histórico desde una a otra<sup>51</sup>.

En efecto, la sola idea de *pactum* implica la presencia y voluntad de, al menos, dos personas en relación con un objeto determinado<sup>52</sup>.

D. 2,14,1,2 Ulp. 4 ad ed. *Et est pactio duorum plurimve in idem placitum consensus.*

La *lex*, en cambio, en todas sus clases y formas, no necesita una doble estructura consensual. A nuestro juicio, el apelativo de *lex* presente en la locución *lex commissoria* no puede ser casual y ello, desde luego, conspira contra una posible teoría del *pactum*. Como hemos dicho, la *lex commissoria* se configura dentro de una *mancipatio fiduciae causae* a la manera de una *lex in mancipio dicta* o también llamada *lex privata* y ella debe identificarse con un acto renunciativo. Si bien es cierto que la doctrina ha hablado de una especie de pactos llamados ‘pactos renunciativos’<sup>53</sup> y las fuentes nos hablan de pactos en los que se renuncia al ejer-

*re pignoratio*. *Studio di diritto romano*, Macerata, 1927, rist. *Antiqua* 34, Napoli, 1985; también para A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 92, la *lex commissoria* es fruto de un acuerdo entre las partes y en esto la opone a la *impetratio dominii* de D. 13,7,24 pr., que califica como una imposición unilateral. V. A. D’ORS, *Derecho privado romano* cit. § 414 nt. 3 y P. FREZZA, *Le garanzie* II cit., 44.

<sup>50</sup> Sobre la diferencia estructural de *lex dicta* o *data* y *pactum*, v. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto* cit., 121. Para las diferencias entre *lex* y *pactum*, v. A. D’ORS, *Derecho privado romano* cit., § 33. Para X. D’ORS, *Antología de textos jurídicos de Roma* cit., 227 nt. 114, entre muchos otros autores, la *lex commissoria* es un pacto.

<sup>51</sup> R. DURÁN RIVACOBA, *La propiedad en garantía. La prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, 1998, 17. La confusión entre *lex* y *pactum* y *condicio* se observa, por ejemplo, en el caso de las llamadas *leges venditionis* del contrato de compraventa, repartidas en D. 18,1,22 Ulp. 28 ad Sab.; D.18,1,33 Pomp. 33 ad Sab.; D.18,1,60 Marcell. 6 dig.; D.18,1,78 pr. Lab. 4 post. a Lav.; D.19,1,13,14 Ulp. 32 ad ed.; para el tránsito de *lex dicta* a *condicta* y, por ello, de *lex* a modalidad negocial, v. F. CANCELLI, *L’origine del contratto* cit., 42 ss.; sobre las arras penitenciales como *leges venditionis*, v. M. TALAMANCA, *L’arra della compravendita* cit., 61. Por ejemplo, pensamos que A. BISCARDI, *Sul concetto romano di lex*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, vol. I, Madrid, 1988, 158 asimila demasiado *pactum* a *lex privata*.

<sup>52</sup> Sobre *pacisci* en general, v. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto* cit., 90 s. Para A. BISCARDI, *La dottrina romana dell’obligatio rei* cit., 46, la expresión ‘*pactum fiduciae*’ y ‘*lex fiduciae*’ parecen análogas. En relación con *XII Tab.* I,7, v. F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, en *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo repubblicana (Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della Florentina)*, Napoli, 1998, 151 ss. Con todo, p. 155 en relación con D. 47,22,4 y *XII Tab.* VIII,7; para las acciones *quae infitiatione duplantur*, que no admiten *pactum*, *PS.* I, 19,2.

<sup>53</sup> Sobre pactos renunciativos, v. J.M. ALBURQUERQUE, *Historia del pactum antes del edictum: pactum como acto de paz en las XII Tablas*, en *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, vol. III, Madrid, 1988, 1116.

cicio de una acción (como D. 2,14,7 13 a 15 todos Ulp. 4 ad ed.), ninguno de los ejemplos provistos por Ulpiano puede conectarse con una *mancipatio* y menos con una *mancipatio fiduciae causa* y más bien se refieren a negocios de otra clase.

Pensamos que, si bien la *lex privata* se puede asimilar al *pactum*, tal asimilación refleja sólo una proximidad, pero no una identificación total, pues, en el fondo, se trata de dos instituciones distintas con génesis y efectos no siempre parangonables<sup>54</sup>. Las propias fuentes conocen esta distinción cuando recogen el siguiente texto como una regla de derecho antiguo:

D. 50,17,73,4 Quint. Muc. lib. sing. ὄρων: *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

Tampoco la *lex commissoria* puede ser una *condicio*. En efecto, y acá el argumento tiene base textual muy precisa. Las *mancipationes* y los demás actos legítimos prohibían las condiciones (D. 50,17,77 Pap. 28 quaest.). El hecho de que la *lex commissoria* revista forma de *lex* permite superar la objeción de Biscardi<sup>55</sup> que niega la calidad genéticamente ‘condicional’ de esta institución. En efecto, ya hemos visto como las *leges* sí cabían en las *mancipationes*.

Por el mismo hecho de adoptar la forma de una *lex dicta* y no otra, es que la renuncia unilateral del *dans* no queda sujeta a la aprobación negocial del acreedor (*accipiens*) que participa de la *mancipatio fiduciae causae*, aunque los efectos del incumplimiento perfectamente lo pueden alcanzar<sup>56</sup>. La operación de la *lex commissoria* se traduce en que el acreedor principal se libera de la obligación civil de remancipar la cosa al fiduciante, pues se han cumplido los requisitos para retenerla definitivamente (*commisum*). El fiduciante no sólo pierde la acción, sino que consecencialmente también pierde la posibilidad de volver a poseer la cosa civilmente con miras a la *usureceptio* pues, como afirma Gayo, ésta sólo procede si se ha pagado la obligación principal<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Para la evolución de *pactum* en época republicana, y sus diversos sentidos, v. F. STURM, *Il pactum e la sua molteplice applicazione* cit., 155 ss.; Cic. *de inv.* 2,22,68: *Pactum est quod inter aliquos convenit quod iam iustum putatur, ut iuri praestare delicatur* ... Para la raíz y usos de ‘*pactum*’, v. J.M. ALBURQUERQUE, *Historia del pactum* cit., 1109 ss. y 1119 para el uso de *pactum* como ‘acuerdo para evitar sanciones y ejecuciones’ (en relación con Gell. 20,1,46).

<sup>55</sup> A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit., 586.

<sup>56</sup> Cfr. F. CANCELLI, *Origine del contratto* cit., 35: «Nella *mancipatio*, la pronuncia, *nuncupatio*, e la validità quindi del pronunciato, è atto del *mancipio accipiens* ... e non del *mancipio dans* ...». La afirmación de Cancelli se opondría a la consideración de la *lex commissoria* como *nuncupatio*, pero no como *lex mancipi* si es que se entienden como conceptos distintos como hacía Belloci. En efecto, la *lex commissoria* es una renuncia al ejercicio de una acción por parte del *dans*, y ello es plenamente acorde con el carácter estructuralmente unilateral de toda *lex privata*. Cfr. C. BREZZO, *La mancipatio*, Roma, 1972, 121 ss. Para un estado de la cuestión v. S. RANDAZZO, *Leges mancipii* cit., 15 ss.

<sup>57</sup> Sobre la *usureceptio* y su funcionamiento, v. Gai. 2,59 y, especialmente, 2,60.

Nuestra impresión, sin embargo, es que para el caso de la *fiducia*, la *lex commissoria* siempre se estructuró como una *lex privata* y no como un *pactum*, aunque la confusión de las categorías hagan que modernamente se diga ‘pacto comisorio’ sin mayores problemas.

Sin embargo, las razones para considerar que la *lex commissoria* en la *fiducia* es una *lex privata* y no *pactum* o una *condicio* van más allá de la mera denominación de *lex connatural* a la *lex commissoria* y de los efectos que hasta ahora hemos explicado.

Pese a las variadas acepciones, al menos genética y procesalmente, un *pactum* es distinto de una *lex* por cuanto el *pactum* genera (o ‘pare’) una *exceptio pacti*, lo que se suele identificar con los ‘efectos negativos’ del pacto<sup>58</sup>. Por otra parte, la *lex* produce, ordinariamente, efectos de cualquier tipo. Álvaro d’Ors ha sostenido que la *lex commissoria* genera para el pignoratario una *exceptio pacti*<sup>59</sup> cuando se frustraba la condición del pago del crédito principal garantizado con un *pignus*. Ello, como veremos, es válido para el caso del *pignus*, pero no puede afirmarse sin encontrar graves dificultades en el caso de la *fiducia*, pues, entre otras cosas, el fiduciario es titular de la *exceptio iusti dominii*, sin que le sea necesario acudir a un pacto para defender su posición. Más aún, el *pignus* no reconoce como el escenario natural para su gestación a una *mancipatio* o a una *in iure cessio*, que es donde las *leges mancipii* deben evidentemente operar. En efecto, veremos que tratándose del *pignus*, todo indica que la *lex commissoria* más bien debe identificarse con un *pactum*, y no con una *lex*, pero esto definitivamente no ocurre en la *fiducia*. Lejos de ser esta una mera conjetura, esto se puede desprender de Vat. Fragm. 9, que analizaremos más adelante.

En efecto, el pignoratario en su calidad de poseedor natural e interdictal, necesita un medio procesal idóneo para defender su posición cuando se incumple la obligación de pago de la deuda principal, si es que había mediado una *lex commissoria*. En efecto, no vemos cómo podría el pignoratario mutar su posesión natural a posesión civil (o a dominio) sin que medie una *iusta causa* en su favor. Claramente ello se debió lograr adjudicando a la *lex commissoria* efectos de título traslativo. En el caso de la *fiducia*, ello era absolutamente innecesario.

Además, si es que lo la *lex commissoria* hubiese sido un *pactum*, la función pretoria de guardar los pactos, manifestada en D. 2,14,7 Ulp. 4 *ad Ed.*, incluso hubiese permitido al pretor denegar la *actio fiduciae ab initio*<sup>60</sup>. Pero como la *lex commissoria* de la *fiducia cum creditore* es una *lex*, el pretor no denegará la *actio*

<sup>58</sup> Célebres son los pasajes de D. 2,14 en relación con este tema. Así D. 2,14,7,4 Ulp. 4 *ad ed.*: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*; F. SAMPER, *Derecho romano*, Santiago, 2003, 32 dice que la *lex* produce, a diferencia del pacto, efectos ‘positivos’.

<sup>59</sup> A. D’ORS, *Recensión* a A. BURDESE cit., 422 afirma: «frustrada la condición, el acreedor disponía de una *exceptio pacti*...». Para la forma de la *exceptio pacti* (de *non petendo*), v. Gai. 4,119 y 4, 126; v., también, A. RUDORFF, *ed. perp.* § 277.

<sup>60</sup> F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni* cit., 164.



*fiduciae* contra el fiduciario, pero el fiduciante perderá invariablemente frente al fiduciario si es que opone la *exceptio iusti dominii*<sup>61</sup>. Contra esta situación no proceden alegaciones procesales posteriores, pues los efectos dominicales de la fiducia misma hacen innecesaria, además de improcedente, una *exceptio pacti*.

Una cosa muy distinta, pensamos, es la renuncia del fiduciante a su calidad de acreedor (o lo que es lo mismo, a la *actio fiduciae*), después de celebrada la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Esta institución, perfectamente posible, evidentemente no puede identificarse con una *lex mancipii* y, dentro de ellas, menos puede corresponder a una *lex commissoria*. Una renuncia de este tipo, a lo sumo, puede encuadrarse técnicamente en una estipulación o en un negocio de carácter pacticio, como puede ser una transacción con pago de precio<sup>62</sup>, todos institutos de estructura perfectamente bilateral.

En efecto, aun cuando el contenido de la renuncia sea el mismo, los actos que la sostienen son diversos. En estos casos no es posible hablar de *lex commissoria*, pero nada obstaría para llamar, por ejemplo, a tal institución, como ‘pacto comisorio’. Mediante este pacto, las partes acuerdan que el fiduciario quedará procesalmente a salvo, pues cesa la obligación de remancipar la cosa. Sin embargo, la situación es distinta a la que genera la *lex commissoria* pues, como se ve, el fiduciario no queda solamente protegido por una *exceptio iusti dominii*, sino que típicamente en virtud de una *exceptio pacti* que nace de este acuerdo posterior. Con todo, y por las razones que hemos apuntado que dicen relación con la desaparición de la *fiducia*, no existe en las fuentes un registro de un acuerdo de este tipo en relación con esta figura.

#### 6. La lex commissoria en el pignus y la causa pro emptore de la usucapión

Las diferencias entre *pignus* y fiducia, tanto en su naturaleza como en sus efectos, saltan a la vista y esto, evidentemente, tiene complejas consecuencias cuando se examina el tránsito de la *lex commissoria* desde una figura a otra<sup>63</sup>. Pero las diferencias son mucho más profundas. En primer lugar, y aunque hemos visto que el tema es discutible, el ámbito original de aplicación de la fiducia se limitaba naturalmente a las *res mancipi*. El *debitor* podía garantizar el pago de la deuda por medio de un *pignus*, en cambio, con cualquier cosa mueble, fuera o no *mancipi*<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> En su caso, también puede fructificar una *exceptio doli* general como supletoria no a la *exceptio pacti* como en D. 2,14,10,2 Ulp. 4 ad ed., sino a la de justo dominio.

<sup>62</sup> No una compraventa ni una *datio in solutum* pues no cabe ‘dar’ ni entregar lo que ya se dio o se entregó por medio de un negocio solemne que además es un modo de adquirir.

<sup>63</sup> Sobre *pignus* y *fiducia*, v. K. VISKY, *Clausole accessorie di garanzie delle obbligazioni nell'epoca di Gaio*, en *Atti dell'Accademia Romanistica Constantiniana*, vol. IV, Perugia, 1981, 490 s. Sobre la traslación de *fiducia* a *pignus* en las fuentes, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 7

<sup>64</sup> Para A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei* cit., 51, el objeto originario del *pignus* eran las *res nec mancipi* y sólo con el tiempo se pudo extender a toda clase de cosas muebles.

Desde el punto de vista de la posición jurídica que ostenta uno y otro acreedor principal (fiduciario y pignoratorio), el *pignus datum* convierte al pignoratorio sólo en poseedor natural que, aunque protegido por interdictos<sup>65</sup>, no puede alcanzar la *usucapio* ni goza de legitimación activa en la *actio Publiciana* ni menos en la reivindicatoria, en tanto la *fiducia* suponía una transferencia dominical. Aun así, la *lex commissoria* debió transitar por extensión desde la *fiducia* hacia la prenda, que es una institución de carácter crediticio, y meramente posesoria. Veremos que esta adaptación presentaría – por razones de forma y de fondo –, diferencias conceptuales relevantes.

En el caso de la *fiducia*, la operación de la *lex commissoria* comportaba que el dominio que ya ostentaba válidamente el fiduciario desde la *mancipatio*, se tornase inexpugnable pues, para el caso del no pago, se extinguía irremediablemente la acción que sancionaba la relación obligacional por la que el fiduciario debía restituir la cosa al fiduciante<sup>66</sup>.

Para la época de la recopilación de las fuentes bajo Justiniano, la *fiducia* había desaparecido del espectro jurídico. Asimismo, la *lex commissoria* que había transitado al *pignus* había sido derogada por decisión imperial hacía ya dos siglos, presumiblemente con el objeto fundamental de evitar la usura escondida tras los créditos garantizados<sup>67</sup>.

C.Th. 3,2,1 (*de commissoria rescindenda*); y C. 8.34.3 pr.: IMPERATOR CONSTANTINUS, *Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri* [Const. a. ad pop. <a. 326 d. II kal. febr. Serdicae Constantino a. VII et Constantio c. cons. >].

Esta prohibición oficial trajo como consecuencia que los textos que nos podrían haber dado testimonio del funcionamiento de la *lex commissoria*, en general, no sólo son escasos y oscuros, sino que además resultan poco confiables. Además, la azarosa vida de la *lex commissoria* en la historia del derecho en general hace que la complejidad de la institución aumente considerablemente<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Sobre esta protección v. P. BONFANTE, *Corso* III, cit., 171, 195 y 234; G. BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, en *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, vol. III. *Diritto privato*, Padova, 1950, 391.

<sup>66</sup> P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit., 43 « ... l'efficacia propria della *lex commissoria* nella rescissione definitiva del rapporto obbligatorio concluso per mezzo del *pactum fiduciae*, attribuendo al creditore la cosa, e la facoltà di disporre di essa *iure dominii*, senza alcuna limitazione di responsabilità contrattuale, e liberando al tempo stesso il debitore da qualunque delle responsabilità verso il creditore ... ».

<sup>67</sup> B. BIONDI, *Istituzioni* cit., 436 afirma que la *lex commissoria* en el *pignus* habría seguido en uso en oriente después de la prohibición imperial.

<sup>68</sup> Sobre las modificaciones al régimen de la *lex commissoria* anteriores a Justiniano y las propiamente justinianas, v. W.W. BUCKLAND, *A Text book of Roman Law* cit., 474 ss.

Los efectos jurídicos que la *lex commissoria* tenía en la fiducia contractual traslativa de dominio habrían de cambiar necesariamente al ser reemplazado paulatinamente este contrato por una forma más moderna de establecer garantías<sup>69</sup> o *pignus datum*. En el *pignus* se presentan cuestiones distintas ya que esta modalidad de garantía, como hemos advertido, no aparejaba efectos reales adquisitivos de dominio que tenía la *fiducia cum creditore*<sup>70</sup>. Algunos autores, sin embargo, afirman que el *pignus* es histórica y jurídicamente anterior a la misma *fiducia cum creditore*. Estos autores sostienen que en este *pignus* arcaico, la falta de pago de la deuda traía como consecuencia el traspaso del dominio de la garantía al acreedor principal (*Verfallspfand*)<sup>71</sup>. La oscuridad de esta institución no nos permitiría ahondar sobre este tema además de sobrepasar aquello los intereses de este trabajo.

Entre prenda y *fiducia* se presentan diferencias insalvables. Así, en el caso del *pignus*, la *lex commissoria* no podía consistir en una renuncia a la acción contractual que tenía por objeto pedir la restitución *bonae fidei* de la cosa como en la *fiducia*, pues la prenda no es una institución contractual<sup>72</sup>. Más bien la *lex commissoria* en el *pignus* puede identificarse como un verdadero pacto que debe acordarse al hacerse el negocio<sup>73</sup>. En efecto, esta se configura como uno de los préstamos de garantía sancionados mediante una acción especial y pretoria. Tampoco podría decirse que la renuncia tiene carácter de *lex privata* o de *lex in mancipio dicta* como ocurre en la fiducia, pues la prenda no se celebra dentro de una *mancipatio* sino de manera totalmente informal.

### 7. Asimilación de la operación de una *lex commissoria* a la causa pro emptore

Existen algunas huellas en las fuentes que permiten afirmar que los juristas romanos asimilaron la retención del *pignus* en manos del acreedor pignorati-

<sup>69</sup> Sobre este reemplazo, v. B. BIONDI, *Istituzioni* cit., 473 nt. 50; U. RATTI, *Sulla accessorietà del pegno* cit., 35 nt. 2; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 95 ss. También v. A. D'ORS, *Derecho privado romano* cit., § 465 nt. 5.

<sup>70</sup> V. N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia* II cit., 80 ss.; sobre el *pignus* dice A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei* cit., 50: «Quanto alla sua struttura, la *datio pignoris* consisteva in una *traditio possessionis* e generava un rapporto, che era in sé essenzialmente possessorio: un rapporto che, dal punto di vista della sua struttura dommatica, deve essere posto accanto a rapporti come il sequestro e il possesso precario» (con cita a G. LA PIRA, *La struttura classica del pignus*, en *Studi Canmeo* vol. II, Padova, 1932, 3 ss.). Existe un sector importante de la doctrina que afirma que el *pignus* originario o arcaico tenía carácter dispositivo y, derechamente, carácter comisorio. Sobre esto, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 96 nt. 1 y 110 s.

<sup>71</sup> V. W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht* cit., 52; cfr. G. GROSSO, *Recensión a W. ERBE, Die Fiduzia* cit., en *SDHI* 6, 1961, 426. Para un comentario sobre el tema, v. G. DIÓSDI, *Ownership* cit., 118 s.

<sup>72</sup> El tema, con todo, no es pacífico. Para la inexistencia de una *actio contraria* v. A. D'ORS, *Recensión a A. BURDESE*, cit., 426.

<sup>73</sup> Vat. *Fragm.* 9.

cio, cuando se había establecido una *lex commissoria* por el no pago de la obligación principal.

El asunto se puede explicar de la siguiente manera: Ticio le pide prestados 100 sestericios a Cayo. Para garantizar el pago, Ticio deja a Cayo una bandeja de plata en prenda posesoria (*pignoris datio*). Al momento de perfeccionar el negocio pignoraticio, las partes pactan o acuerdan que para el evento incierto de no pagarse la obligación principal (condición de *pecunia non soluta*), Cayo podrá quedarse lícitamente con la prenda.

Como se ve, la situación es compleja desde el punto de vista posesorio y, especialmente, desde el punto de vista de la *iusta causa possessionis vel traditionis*. En efecto, al observar el funcionamiento de la institución arriba descrita resulta natural preguntarse sobre el título o causa con que Cayo puede retener la prenda. Otra pregunta que puede formularse es desde cuándo se entiende que la posesión natural (de 'pignoratario') que ostenta Cayo muta hacia una posición más cómoda (de poseedor civil, o bien, de dueño). Aún más, resulta necesario preguntarse acerca del fundamento y estructura de dicha mutación. Las fuentes nos indican que el problema, igual que en el caso de la *litis aestimatio*, se solucionó recurriendo a la asimilación a la compraventa mediante los giros *similis est venditioni* (D. 6,2,7,1), *emptoris loco habendum est* (D. 25,2,22) y *similis est emptioni* (D. 41.4.3)<sup>74</sup>.

Se ha afirmado sobre la base de D. 20,1,16,9 Marcian. *lib. sing. ad form. hypoth.*, que para el caso de la retención posesoria del *pignus* en manos del acreedor principal o pignoratario, la *lex commissoria* tiene caracteres de venta. Una asimilación de este tipo, evidentemente, asemejaría su funcionamiento a los contratos más que a los meros préstamos<sup>75</sup>.

Pero existe un segundo problema. Si, por ejemplo, utilizamos el mismo razonamiento que veníamos usando para el caso de la *fiducia*, sería lógico decir que la *lex commissoria* en el *pignus* equivale a una renuncia del pignorante a la *actio pigneraticia in personam*. Ahora bien, tal afirmación debe ponerse en duda. En efecto, la renuncia a una acción como es la *pigneraticia*, no puede traer como consecuencia una mutación de la situación posesoria o dominical del pignoratario desde la posesión natural hacia la posesión civil, ni menos hacia el dominio. Aún así, el asunto es más complejo: si se tratase de una renuncia al ejercicio de una acción, la *lex commissoria* en el *pignus* no podría funcionar coherentemente. En efecto, según opinaba Lenel<sup>76</sup>, el ejercicio de la *actio pigneraticia* presupone

<sup>74</sup> A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 114 ss. trata sobre esta asimilación y recoge la analogía que puede presentar ésta con el caso de la *litis aestimatio*. En general véase E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano*, Milano, 1934.

<sup>75</sup> F. SAMPER, *Derecho romano* cit., 312 s., opina que más que prenda este negocio es una venta con entrega inmediata sujeta a un *pactum de retroemendo* para el caso del pago.

<sup>76</sup> O. LENEL, *ed. perp.* § 99; cfr. A. RUDORFF, *ed. perp.* § 100.

siempre el haberse satisfecho la deuda principal (*si pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse...*)<sup>77</sup>. En cambio, la *lex commissoria* presupone la falta de pago de la deuda principal (*pecuniam non solutam*)<sup>78</sup> por lo que el ejercicio de la *actio pigneraticia* sería igualmente imposible por falta de legitimación, se haya o no renunciado a ésta.

Como bien se sabe, el préstamo pretorio (en este caso *pignoris causa*), no tiene la virtualidad de transferir al pignoratario la propiedad de la cosa pignorada<sup>79</sup> pues la *datio pigneraticia* no es una *iusta causa traditionis*, mientras que la *mancipatio fiduciae causa* transfiere *ipso iure* el dominio de la cosa al fiduciario. De ello se puede colegir que la retención definitiva de la cosa pignorada en manos del pignoratario por no pagarse la obligación principal (*lex commissoria* en el *pignus*) no acarrea una adquisición *ipso iure* del dominio. Produce, más bien, una retención posesoria que no tiene una causa jurídicamente válida para conducir al poseedor a la usucapión ni para la legitimación activa en la acción publiciana, salvo que se entienda que dicha retención se pueda asimilar a una compraventa o a otra *iusta causa*.

En efecto, hasta la asimilación jurisprudencial de la *lex commissoria* en el *pignus* con la *emptio venditio*, no vemos cuál podría ser ésta *iusta causa* justificante del cambio en la situación posesoria. Sólo con la asimilación de la *lex commissoria* a la *causa emendi*, el problema de la causa se simplifica por razones de conveniencia, pues se encuentra una causa negocial y *bonae fidei* para sostener la posesión civil o el dominio (causa *pro emptore*) del pignoratario, tal como había ocurrido con el caso de la *litis aestimatio*.

## 8. La base textual general

El asunto de la asimilación de la retención de la garantía real por *lex commissoria* aparece en las fuentes, primeramente, a propósito del tratamiento especial de la prenda y la hipoteca (D. 20,1 *De pignoribus et hypothecis et qualiter ea con-*

<sup>77</sup> El presupuesto básico de esta acción puede verse en D. 13,7,9,3 Ulp. 28 *ad ed.* cuyo texto Lenel (*Pal.* II 583,809) ubica en relación con la *actio pigneraticia*. V. también D. 13,7,10 Gai. 9 *ad ed. prov.*

<sup>78</sup> Una aparente excepción en D. 13,7,9,5 Ulp. 28 *ad ed.* pero que igualmente supone pagar la deuda principal en el juicio (*in iudicium*); en cualquier caso este pago debe, más que *in iudicium*, hacerse *in iure*, esto es *ante litem contestatam*, pues de lo contrario no resultará comprobada la hipótesis de la fórmula. Esto puede, a su vez extraerse de la cita posterior (en la *Palíngenesia*) que es D. 13,7,11: *Solutum non videtur si lis contestata cum debitore sit de ipso debito...* (V. O. LENEL, *Pal.* II 584, 809).

<sup>79</sup> D. 13,7,35,1 Flor. 8 *inst.*; D. 13,7,9,2 Ulp. 28 *ad ed.*: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit...*; D. 50,16,238,2; Gai. 6 *XII Tab.*; C. 4,24,9; v. F. CUENA BOY, *Emptio suae rei*, en *BIDR* 91, 1988, 686 nt. 34. Sobre la falta de verdadero *creditum* en los préstamos pretorios v. A. CASTRESANA, *Reflexión sobre la significación jurídica de auctoritas cit.*, 437. Para la ampliación del concepto de *creditum* a las cosas entregadas a la *fides* ajena, v. D. 12,1,1 Ulp. 26 *ad ed.*

*trahantur et de pactis eorum*). El texto propiamente tal está, a su vez, tomado de la obra del jurista Marciano, concretamente de su tratado singular sobre estas mismas garantías reales (*lib. sing. ad form. hypoth.*).

En dicho texto, Marciano considera lícita la posición del acreedor principal que retiene definitivamente la cosa pignorada cuando la obligación principal no le era satisfecha en tiempo y forma. Es más, el fragmento afirma que la causa de dicha retención posesoria presenta los caracteres de una compraventa condicional, o de algo muy similar a esta institución (*quodammodo condicionalis venditio*)<sup>80</sup>.

Además del texto de Marciano, esta misma idea puede rastrearse en Vat. Fragm. 9, aparentemente tomado de Papiniano.

Nos parece que los dos textos constituyen la base para explicar coherentemente este asunto. Además, existe un fragmento del jurista Cervidio Scaevola que parece recoger la idea de la asimilación de la retención de la garantía en manos del acreedor, aunque en este caso por una vía más larga, cual es la liberación del deudor pignoraticio por el pago de la obligación hecho por el fiador, que por tal pago se convierte en dueño *emptionis causa*.

### 9. *Análisis particular*

A continuación, entraremos al análisis más particular del asunto, comenzando con el texto que, a nuestro juicio, mejor señala el funcionamiento de la asimilación entre compraventa y retención por *lex commissoria*. Transcribiremos, para mayor facilidad expositiva, el texto de Marciano:

D. 20,1,16,9 Marcian. *lib. sing. ad form. hypoth.: Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris*<sup>81</sup> *possideat rem iusto pretio tunc aestimandam*<sup>82</sup>: *hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

Si analizamos cuidadosamente la parte del texto *Potest ... aestimandam*, nos podremos dar cuenta que Marciano no afirmaba que el acto subyacente detrás de la operación de esta *lex commissoria* haya sido derechamente una compraventa. Marciano, sin entrar a calificar el negocio, se refería a la ‘posición’ en que quedaba el acreedor principal tras verificarse la condición de *pecunia non soluta*. En

<sup>80</sup> La cuestión no es pacífica, debido a que algunos autores entienden que Marciano no trata en este caso precisamente de una *lex commissoria* sino de otra institución. Al respecto v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 119 s. quien considera esta institución como una ‘convención análoga’ a la *lex commissoria* y no una *lex commissoria* propiamente tal.

<sup>81</sup> La Edición *Vulgata* y la de Haloandro no dicen *iure emptoris* sino dicen *iure emptionis*.

<sup>82</sup> O. LENEL, *Pal. I*, 649-29 n. 2; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law* cit., 474 consideran probablemente *itp., iusto ... aestimandam*; también A. D’ORS, *Derecho privado romano* cit., § 426 nt. 2.

efecto, el jurista en vez de usar los giros *similis emptionis causa* o *loco emptoris* que se utilizaron a propósito de la asimilación de la compraventa y la *litis aestimatio*, prefiere una expresión distinta, acaso más técnica. Marciano habla de una posesión *iure emptoris*.

Antes de entrar al análisis y los efectos que esta asimilación pudiera tener, es necesario resaltar que la cuestión terminológica no puede ser mirada en menos. En efecto, una retención *iure emptoris* significa, al menos para el caso del *pignus datum*, que el pignoratario puede mantener lícitamente la posesión de la cosa fundado en una 'justa posición' que antes no ostentaba<sup>83</sup>. Esta posición justa es nada menos que la misma que tienen los compradores (*iure emptoris possideat rem*).

También debe llamar la atención la referencia expresa a la hipoteca que Marciano hace en la primera parte del texto (*pignoris datio hypothecaeve*). La institución hipotecaria de garantía, como se sabe, carece de desplazamiento posesorio<sup>84</sup> y, por ello, no puede transformar al pignoratario en poseedor del *pignus*, a ningún título. En este caso, a falta de posesión primigenia por parte del *creditor*<sup>85</sup>, mal puede pensarse en una mutación de causa posesoria de ninguna especie. Por esta razón nos inclinamos a pensar que la referencia al *pignus conventum* puede ser una interpolación. Ello, además, concuerda perfectamente con lo que se suele decir en la doctrina cada vez que se encuentra la expresión *pignus hypothecaeve*<sup>86</sup>.

Para autores como Burdese, efectivamente pudo existir una *lex commissoria* en el *pignus conventum*. En ese sentido afirma que el incumplimiento de la obligación de pagar la deuda permitía al acreedor la disposición de los medios procesales y de favorecerse con sus eventuales *condemnationes*. Sin embargo, nos cuesta imaginar que el acreedor pueda ejercer la *reivindicatio* a falta de *traditio* dominical en su favor, ni la acción Publiciana a falta de posesión civil. Acaso podría intentarse la primera entendiendo que por causa de la *lex commissoria* operó en su favor una adquisición dominical ficta (*traditio brevi manu*), la que sólo serviría, empero, para legitimar al *creditor* en la *reivindicatio* en el caso de las *res nec mancipi*, pues esta clase de tradición no transfiere el dominio de las cosas mancipables.

<sup>83</sup> Sobre *ius* como 'justa posición', v. A. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. II, Milano, 1953, 283 s.; F. SAMPER, *Derecho romano* cit., 28.

<sup>84</sup> Sobre la hipoteca o *pignus conventum*, v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* II cit, 8 ss.; A. D'ORS, *Derecho privado romano* cit., §§ 418 s.; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali* cit., 150 ss.

<sup>85</sup> Para la terminología *debitor* y *creditor*, tanto como *is qui fiduciam dedit* y *is qui fiduciam accepit*, v. A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali* cit., 20 s.

<sup>86</sup> Sobre este asunto, v. A. D'ORS, *Derecho privado romano* cit., § 418 nt. 1. V., también, A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., 113 s. y 120. Sobre la *actio Serviana* y su fórmula *in factum* (presuntamente con cláusula arbitraria), v. O. LENEL, *Ed. Perp.*, 473 ss. y E. CARRELLI, *Sulla accessorietà del pegno* cit. 5 ss.

Ahora bien, el *creditor* goza de legitimación activa en la *actio Serviana*, lo que tornaría una *lex commissoria* en algo completamente inútil, pues gozaba de tutela real de todas maneras. Lo mismo respecto del interdicto Salviano.

En fin, producto de las críticas mencionadas, juzgamos que de la primera parte del texto recogido, sólo *si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem* puede seguir en pie como segura, y en tal carácter es susceptible de aplicación a las demás garantías reales que sí cuentan con desplazamiento posesorio pero no a la hipoteca.

Si seguimos adelante con el análisis del texto, veremos que Marciano asimila derechamente la *lex commissoria* a una compraventa ‘de alguna manera’ condicional (*hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio*). A nuestro juicio esta equiparación no debe ser aceptada sin crítica, pues refleja una concepción tardía del enunciado *iure emptionis possideat*. En efecto, el subfragmento *hoc ... venditio* permite suponer que, en algún momento determinado, la prenda de efecto comisorio transitó efectivamente hacia la compraventa misma, sin referencia al *ius emptionis* reconocido al acreedor. Dicha compraventa era, sin embargo, condicional. Esta forma de ver la institución es claramente distinta de lo expresado por Marciano en la primera parte del texto y, en consecuencia, debe considerarse probablemente interpolada, particularmente por la falta de coherencia lógica que acarrearía su aplicación<sup>87</sup>.

Resta ahora por verificar si lo dicho para D. 20,1,16,9 concuerda con lo que se puede desprender del segundo texto que citábamos como fundante de la asimilación entre la operación de una *lex commissoria* y una compraventa:

Vat. Fragm. 9: *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea; nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia feneratoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.*

De la simple lectura de este texto, no puede caber duda que el autor (probablemente Papiniano), se está refiriendo al *pignus datum* y no a otra clase de garantía real. En este entendido, se sostiene que el acreedor (*creditor*), puede comprar válidamente la prenda a su deudor (*debitor*). Además, el fragmento afirma que esta venta puede ser acordada al inicio del contrato, o bien después. Nos interesa la presunta compraventa que se pacta al momento de hacerse el contrato (*in exordio contractus*).

Esta supuesta compraventa *in exordio contractus* se conviene entre *creditor* y *debitor* para el caso futuro e incierto en que no se llegue a pagar la obligación prin-

<sup>87</sup> Es justamente la frase *iusto pretio... rescipserunt* la que ha dado lugar a mayor cantidad de dudas interpolacionísticas. Sobre esto, v. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi cit.*, 121; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali cit.*, 191.



cial, pudiendo el acreedor retener la cosa en dominio, fundado en la justa posición derivada de la compra (*iure empti*).

Una visión similar, del propio Papiniano pero referida, a nuestro juicio sólo a convenciones posteriores a la gestación de la prenda la revela Trifonino. Se trata de un caso similar al anterior, que viene acaso a confirmarlo:

D. 20,5,12 pr. Tryph. 8 disp.: *Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.*

Este fragmento nos dice poco<sup>88</sup>. Sin embargo, al igual como ocurría con Vat. Fragm. 9, se puede observar que para Trifonino es lícito al acreedor comprar la prenda al deudor. Ahora bien, el jurista simplemente lo afirma, pero no nos informa sobre la forma que debe revestir esa compra (*in exordio contractus o postea*). Con todo, el texto nos otorga un dato cronológicamente útil que es la existencia de un rescripto imperial que decía relación con el *pignus*, debido intelectualmente a Papiniano. Este rescripto, permitía que el acreedor pignoraticio pudiese comprar válidamente la prenda al deudor pignorante, lo que no podría suceder, por ejemplo, en la *fiducia* debido a que el fiduciario es dueño y ya sabemos que la compra de cosa propia no existe.

Tal parece que Vat. Fragm. 9, arriba citado, permite que la cuestión se comience a ver bastante más clara. Ocurre que en el caso del *pignus*, afirma este texto, las partes pueden perfectamente acordar al inicio del negocio que, de cumplirse la condición de *pecunia non soluta*, el acreedor principal podrá retener la cosa como si la hubiese comprado (*creditor iure empti dominium retineat*). Tal retención sería, además, en dominio.

En el ámbito de los conceptos, la renuncia unilateral del dueño y deudor a reclamar la cosa que es suya no instala al acreedor pignoraticio en una mejor posición posesoria que la que originalmente tenía, que es la del simple poseedor natural<sup>89</sup>. En ese mismo orden de ideas, resulta claro que sólo tras la correcta operación de una *iusta causa* podrá el acreedor pignoraticio mutar su posesión hacia una verdadera posesión civil. Además, para el caso de permitirlo la calidad de la cosa, esto es, que se trate de una *res nec mancipi*, y que estén presentes los requisi-

<sup>88</sup> Además de D. 20,5,12 Tryph. 8 disp., para respaldar esta afirmación existe un texto casi contemporáneo de Q. Cervidio Scaevola maestro de Trifonino y *praefectus vigilum* en el 175 v. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, 347 *addenda*), en D. 18,1,81 pr. Scaev. 7 dig. En este texto se considera que el fiador no liberado por el deudor principal puede retener *pro emptore* la cosa pignorada al acreedor si es que paga la deuda principal. Evidentemente, el caso es distinto, pero da igualmente cuenta de un tránsito a la causa *pro emptore* por el hecho de un pago. Sobre este texto, v. A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit., 580 y 585; v. también D. 13,7,39 Mod. 4 resp.

<sup>89</sup> Diverso de lo que ocurría con la fiducia, donde el fiduciario era dueño y los efectos de la renuncia no eran reales sino de extinción de una acción meramente personal, sin mutar la *causa possidendi*.

tos mínimos de la transferencia dominical (*potestas alienandi*), la posesión natural podría mutar válidamente hacia el dominio.

A falta de *iusta causa*, el pignoratario seguiría reteniendo el *pignus* como simple poseedor natural, aunque goza de la *exceptio doli* general en contra del pignorante que pretendiera reivindicar la cosa pignorada. Esta excepción, sin embargo, la tiene no en virtud de una *iusta causa pro emptore*, en cuyo caso tendría acaso la *exceptio rei venditae et traditae*, sino por aplicación de la regla de lógica de que a nadie es lícito venir en contra de sus propios actos. Si la asimilación a la *causa emendi* no hubiese existido, la posición del pignoratario sólo sería oponible al pignorante y no a terceros, pues no hubiese ostentado jamás una mejor preferencia posesoria fundada en una justa causa<sup>90</sup>. Asimismo, estaría desprovisto de los recursos propios de los compradores.

Como puede apreciarse, un acto unilateral renunciativo del pignorante, que consiste en abstenerse de reclamar la cosa dada en prenda si es que no paga, no tiene conceptualmente efectos posesorios relevantes, pues no puede identificarse en tal renuncia ninguna de las *iustae causae* originales que facultan para tener una cosa en calidad de dueño o de poseedor civil bonitario.

Enfrentados a una situación conceptualmente compleja como ésta, los juristas se habrían visto en la necesidad de buscar, acomodaticiamente, una causa posesoria justa que le garantizara a dicho poseedor incausado, a lo menos, la acción Publiciana y la *exceptio rei venditae et traditae*, vistiendo asimismo al pignoratario con un manto de buena fe del que antes carecía por completo. Ello trae como consecuencia que se acepte la retención de la cosa pignorada por *lex commissoria* como una situación no unilateral renunciativa sino que pacticia. Con ello el *pignus* con *lex commissoria* transita hacia un acto ‘acordado’ y condicional de disposición, con estructura claramente bilateral. Por esta misma asimilación *iure emptoris* revelada por Marciano y refrendada por Papiniano, la institución de la *lex commissoria* puede entenderse como una especie de retención posesoria con *iusta causa*. Esta estructura no estrictamente contractual, puede fácilmente asimilarse a la compraventa, que es el negocio de buena fe por antonomasia, que además configura una *iusta causa* de posesión civil y de usucapión.

Evidentemente no se trata en el caso del *pignus* de una *lex dicta* ni de una *lex mancipii* como ocurriría presuntamente en la *fiducia*, pues el escenario que funda la prenda posesoria está muy lejos de ser una *in iure cessio* o una *mancipatio*. En este caso, en cambio, estamos frente a un simple préstamo pretorio de garantía, que

<sup>90</sup> Sobre la formulación del principio *non venire contra factum proprium*, v. O. RAFAEL DOMINGO, B. RODRÍGUEZ ANTOLÍN, *Reglas y aforismos jurídicos*, Pamplona, 2000, 135; también este principio, en materia de disposición y propiedad en M. SANSÓN RODRÍGUEZ, *La transmisión de la propiedad*, Madrid-Barcelona, 1998. 170.

170; véase también, A. BURDESE, *Convalida del pegno e convalida della vendita*, en *Labeo* 6, 1960, 132 ss.

permite la existencia y convivencia con condiciones y pactos mientras no alteren el normal funcionamiento del negocio. Según el testimonio de Vat. Fragm. 9 las partes son libres de pactar desde el principio una venta condicional, que operará eventualmente como *iusta causa* en el caso de no pagarse el crédito garantizado.

Si leemos el texto, además, nos podremos dar cuenta que la referida en Vat. Fragm. 9 no es una *iusta causa usucapionis* sino que derechamente una *iusta causa traditionis*. Ello significa que si la cosa es *nec mancipi, habilis* y de propiedad del pignorante, se produce la adquisición del dominio por parte del *creditor* o pignoratario.

Como se ve, el texto de Vat. Fragm. 9 concuerda perfectamente con lo expresado por Marciano en D. 20,1,16,9 y ello nos permite deducir que, al menos para el caso del *pignus datum*, la asimilación de la retención de la prenda por *lex commissoria* a la compraventa funcionaba como un principio general.

Finalmente debemos decir que la asimilación a la compraventa a la manera que hacía Marciano en el texto recogido en D. 20,1,16,9 y Papiniano en Vat. Fragm. 9, no puede hacerse coherentemente en el caso de la *fiducia cum creditore* por varias razones y resulta solamente aplicable al *pignus datum*.

En primer lugar, ambos textos están referidos expresamente al *pignus*. El primero de ellos, es más, está escrito por Marciano en un libro que versaba sobre una clase particular de *pignus* (*Liber singularis ad formulam Hypothecariam*). Ello incluso permite decir con alguna certeza que no se trata en este caso de un reemplazo compilatorio de una institución por otra tal como ocurrió en numerosas oportunidades. En cambio, la obra de Marciano de donde está tomado el fragmento, corresponde a una monografía que aparentemente excluye el tratamiento fiduciario en beneficio del *pignus* y la hipoteca exclusivamente. Un argumento similar vale para *Vaticana Fragmenta* que, a pesar de ser una obra que no se caracteriza por su depuración conceptual, está lejos de ser un libro compilatorio como son los escritos justinianos, en donde el reemplazo textual de *pignus* por *fiducia* se hizo sistemáticamente.

Pero el argumento decisivo para excluir la aplicación de los textos a la *fiducia* dice relación con la transferencia de la propiedad y los efectos reales de la *mancipatio fiduciae causa*. En efecto, en el caso de la *fiducia cum creditore*, la cosa fiduciada se hace de propiedad del *accipiens* desde el momento en que opera el modo solemne de adquirir (*statim*). Como dueño de la cosa, el *accipiens* no podrá comprarla, pues habría de contraer compraventa consigo mismo.

Los efectos de la *lex commissoria* en la *fiducia*, como se ve, son puramente obligacionales, en cuanto se hace efectiva una renuncia unilateral a la *actio fiduciae*, extinguiendo la calidad de acreedor del *dans* para el caso del no pago. Sin embargo, no porque ello ocurra, se muta la causa de la adquisición del dominio o de la posesión civil. Por el contrario, en el caso del *pignus datum*, los efectos de la *lex commissoria* no son meramente obligacionales. Se trata, en cambio, de efec-

tos de corte real, manifestados en el tránsito de la posesión natural del pignoratorio hacia una posición más preferente o intensa. En el *pignus*, el pignoratorio no se había hecho dueño por medio de la *pignoris datio*, sino que sólo poseedor natural. En tal calidad, la falta de pago de la obligación principal no es equiparable a la posición del fiduciario y se debe haber hecho absolutamente necesario buscar una causa de posesión, usucapión o incluso de tradición para validar la posesión del pignoratorio frente a terceros.

Por todo lo anteriores es que pensamos que la jurisprudencia, acudiendo a necesidades prácticas, hubo de recurrir a la operación de una *iusta causa* asimilada en favor del *creditor*, simulando que había comprado la prenda de manos del pignorante (*iure emptoris*). Ello, al contrario de lo que ocurría en la *fiducia*, en donde la compra de la cosa sería paradójal, pues pertenece al *accipiens* en virtud de la *mancipatio*, es plenamente válido en el *pignus*, tal como se desprende, aunque para otros efectos, de Vat. Fragm. 9: ... *Creditore a debitore pignus recte emit.*

Como puede verse, el jurista Marciano usa casi las mismas palabras que Papiniano y, en especial el ablativo *iure*, lo que denota todavía un elevado sentido de la técnica, que no se aprecia, por ejemplo, en la asimilación sustantiva que hacen los compiladores justinianos en la segunda parte del ya citado D. 20,1,16,9 (*hoc enim casu videtur quomodo condicionalis venditio*).

#### 10. Aspectos conclusivos

Con lo que se ha dicho respecto de la *lex commissoria* en general, podemos sostener que esta institución perdió, en algún momento temprano su carácter de *lex privata* renunciativa que la caracterizaba originalmente. En este ámbito, podemos decir que de *lex* sólo conservó el nombre, mantenido incluso en derecho bizantino.

Con la información textual con que contamos, es posible sostener, aunque con carácter de conjetura, que fue el jurista Marciano quien juzgó que la *lex commissoria* no debía entenderse como una mera renuncia a una acción determinada, como nos parece que debió suceder en el caso de la renuncia del *mancipio dans* a la *actio fiduciae*, sino que se trataba propiamente de un acto dispositivo, que situaba al poseedor del *pignus* en posición justa de comprador. Esto habría sido entendido de igual manera por juristas epigonales de la talla de Papiniano.

De esta manera, no pudo tardarse mucho en asimilar la retención comisoría con una institución del derecho sustantivo con nombre propio. Así, se entendió que dicha retención tenía características similares (*quodammodo*) a la *emptio venditio*, aunque condicionada al hecho incierto del no pago de la obligación principal.

Es el nuevo carácter de la *lex commissoria* el que la hace transitar desde aquel acto originalmente unilateral renunciativo presente en la *fiducia*, hacia un verda-

dero negocio jurídico de estructura bilateral asimilable, primero a un simple pacto, y luego a un contrato con nombre propio (*emptio venditio*).

El hecho de acercar la retención posesoria por operación de la *lex commissoria* a una justa posición de comprador, y no a la posición que genera otra clase de contrato o negocio, debe haber obedecido – tal como ocurrió cien años antes en el caso del demandado que pagaba la estimación del litigio – a la necesidad de dispensar la protección de la acción Publiciana a un poseedor que, a pesar de haber sufrido una merma económica importante, carecía de *iusta causa* para sustentar su retención posesoria. Asimismo, al poder basar su posesión en una justa causa, el *creditor* ahora podía usucapir.

En la época anterior a aquella en que la fiducia fuera definitivamente reemplazada por la prenda (Gayo aún la conocía y Juliano también<sup>91</sup>) no era necesario otorgar la protección publiciana al acreedor que retenía la *res mancipi* dada en garantía, pues este mismo tenía la *exceptio iusti dominii* pues, simplemente, era dueño desde el momento en que había sido celebrada la *mancipatio fiduciae causa*. La protección del dueño (*vindicatio*) es, evidentemente, más intensa que la del simple poseedor (incluso el poseedor civil), por lo que el fiduciario no necesitaba otra protección.

Pero tratándose del *pignus datum*, en aquella misma época el pignoratorio carecía de protección posesoria y dominical *erga omnes*, aun cuando era titular de los interdictos que se concedían al acreedor pignoraticio<sup>92</sup>. Sin embargo, la mera concesión de interdictos y de excepciones generales contra el pignorante no resolvía el problema de la persecución real absoluta del *pignus*, puesto que la posesión que ostenta el pignoratorio es una posesión natural, y tal clase de posesión no puede transitar a posesión civil *ad usucapionem* por la sola voluntad unilateral del poseedor.

La defensa interdictal que podía concederse a los poseedores naturales, por excepción, tampoco solucionaba el problema de la buena fe<sup>93</sup>, ni menos el asunto de la *iusta causa usucapionis* que es, en definitiva, lo más relevante. Mediante la asimilación de la retención por *lex commissoria* en el *pignus* a la compraventa, en primer lugar, se presupone la existencia de la *bona fides* (reciprocidad) y, en

<sup>91</sup> V. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 465 nt. 5. Para la fecha de la aparición del *pignus*, v. ID., *Recensión a A. BURDESE cit.*, 424. Sobre el *pignus*, la *fiducia*, y su tratamiento en los Comentarios al Edicto de varios juristas post julianos, v. A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano I*, cit., 779.

<sup>92</sup> La protección del acreedor pignoraticio es comúnmente clasificada dentro de las posesiones anómalas junto con la del *sequester* y la del precarista; v. P. BONFANTE, *Corso III cit.*, 173 y 195. Nada tiene que ver esta protección con el *animus possidendi*, como bien es demostrado por el mismo autor.

<sup>93</sup> Tampoco resolvía la cuestión hacer la aproximación hacia las causas *pro suo* o *pro possessore*, que eran las otras posibilidades.

segundo y más importante, se verifica una *iusta causa usucapionis* a favor del pignoratario, transformándolo en un verdadero poseedor civil.

Finalmente nos parece que la asimilación de la retención del *pignus* por *lex commissoria*, si bien reconoce las mismas razones que las tenidas por Juliano para la asimilación de la *litis aestimatio* a la *emptio venditio* (posibilidad de dispensar defensa publiciana, *exceptio rei venditae et traditae* y considerar la posesión que era incausada, como causada y de buena fe) se debe a la autoría de Papiniano.