

LECCIONES

LOS CONTRATOS DE PERMUTA Y ESTIMATORIO

PROF. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN*

SUMARIO: A) Contrato de permuta: I.- Introducción. II.- Naturaleza jurídica. III.- Similitudes y diferencias con la compraventa. IV Configuración como contrato innominado. V.- Elementos y tutela procesal. VI.- Derecho vigente. Proyección futura de la Institución. B) *Aestimatum* o Contrato Estimatorio: I.-Naturaleza Jurídica. II.- Propiedad de las Mercancías. III.- Riesgo en el caso de pérdida o deterioro.

A) CONTRATO DE PERMUTA

I. INTRODUCCIÓN

Son numerosos, en las fuentes jurídicas y literarias, los textos en los que se presenta al trueque o permuta como el medio originariamente adoptado en la comunidad política romana para hacer las transacciones. En la sociedad de la época, los trueques o permutas de cosas, constituirían la primera forma de comercio y se realizarían con carácter generalizado en los mercados ordinarios, que se celebraban en días fijos en el Foro.

En el seno de la economía doméstica agrícola, centrada en la casa familiar o *domus*, que constituye una comunidad de vida y de trabajo, el cultivo de la tierra, como forma de sustento e instrumento de autoabastecimiento, constituye el medio de vida que, muchos siglos después es todavía añorado, en la obra de algunos autores. Así Plinio, en su Historia Natural, (18, 3, 33, 11) se refiere a una dichosa etapa primitiva en la que se permutaban las cosas «*quantum feliciore aevo eum res ipsae permutabantur inter se...*», frente a la época que vive el escritor muchos siglos después, caracterizada –en opinión de Gluck- por la corrupción, que Plinio cree poder atajar, mediante la vuelta a la simplicidad de las costumbres, que caracteriza a la permuta.

* Catedrático de Derecho romano. Universidad Autónoma de Madrid.

Muy pronto, en todo caso, del autoabastecimiento familiar, (Catón, *De rustica*, II, 4,3) se habría pasado a la permuta de mercancías, conforme a la cual cada permutante daría el exceso de sus productos a cambio de aquellos que necesitaba, constituyendo, por tanto, la permuta, la primera forma de intercambio o trueque de cosas –anterior a la venta- en los ambientes económicos en los que no se conocía un común denominador de los cambios.

Gayo, en Instituciones III, 141, denomina a la permuta vetustísima especie de compraventa (...*eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse*), y cita unos versos de Homero, en los que se señala que los griegos (en torno al siglo VIII a. C.), daban por precio del vino que compraban, hierro, cobre, bueyes o esclavos. Paulo en un texto de su Comentario al Edicto, recogido en D. 18.1.1.pr., afirma que en los primeros tiempos, se practicaba la permuta de cosas, por lo que no había ni *merx*, ni *pretium*, ni comprador, ni vendedor. Ahora bien, en la época en que escribe Paulo (siglo II – III d.C.), todavía la permuta era el régimen de cambio comúnmente utilizado entre los dálmatos marítimos, los sarmatos, los británicos e incluso los germanos del interior, si bien ya no lo era entre los germanos próximos a la frontera del Imperio, que conocían ya la venta, dado que se servían de las monedas romanas para establecer el precio, conforme aparece atestiguado en la obra de Tácito, *De origine et situ Germanorum* 5 «*interiores simplicius et antiquius permutatione mercium utuntur...*».

El uso de la permuta, como práctica habitual de intercambio interpersonal, y como manifestación de actividad comercial, se habría practicado –y quizás todavía sea la forma habitual de relación económica en algunos actuales pueblos primitivos– en todas las antiguas civilizaciones. Así por ejemplo se conservan textos del mundo egipcio y babilónico, en los que se hace referencia a negocios de permuta. Por otra parte, como escribe Arangio Ruiz, entre la permuta en estado puro que supone el afortunado encuentro entre los poseedores de dos bienes recíprocamente deseados, y la compraventa realizada mediante la intervención de la moneda, existen situaciones intermedias que permiten representarse las dos distintas posiciones de comprador y vendedor, lo cual sucedería en aquellos ambientes históricos –como en el Egipto faraónico–, en los que una cantidad de materia elegida como común denominador de los cambios interviene en el contrato de compraventa sólo con la finalidad de establecer el precio de la cosa vendida, pero la contraprestación con base en el acuerdo de las partes, recae sobre otra cosa, o más frecuentemente, sobre un cierto número de cosas.

Algunos economistas, han puesto de relieve que habría sido la donación recíproca entre las personas de las comunidades primitivas, el antecedente his-

tórico de la permuta. Así Gide señala que el hombre primitivo, consideraba a los productos de su trabajo inherentes a su persona. La donación habría, por tanto, existido antes que el cambio y quizás fue la que dio nacimiento a éste, bajo la ficción de un dar recíproco.

No habría pasado mucho tiempo, no obstante, sin que los inconvenientes derivados de la permuta, como la falta de coincidencia entre los deseos de cada permutante y las cosas que cada uno de éstos posee, la dificultad de establecer un equivalente en los cambios, debido a la inexistencia de una medida de valor o la imposibilidad de dividir algunas especies de mercancías, habrían planteado la necesidad de configurar un símbolo o instrumento que actuase como intermediario en las transacciones. Esta unidad de medida, denominada dinero en siglos posteriores, con término derivado de la moneda romana *denarius*, habría consistido en cabezas de ganado, en los primeros momentos y con posterioridad, en bronce informe (*aes rude*) que no tenía un peso regular, por lo que era necesario pesar los lingotes para cada pago, hasta conseguir el peso requerido, o en bronce con un signo acuñado por la comunidad (*aes signatum*), siendo las imágenes del buey y de la oveja las primeras que se habrían acuñado en el metal, por haber sido precisamente el ganado (*pecus*), el primer instrumento que se habría utilizado como intermediario en los cambios.

Pero evidentemente el tener que pesar continuamente el bronce conllevaba muchos inconvenientes, además las necesidades del Estado, concretadas en el comercio exterior y en las necesidades con el campo hacían necesaria la creación de una moneda, respecto de la que la comunidad garantizase su pureza y su peso exacto. Comienza entonces la historia de la moneda propiamente dicha, es decir, de la moneda que no se pesa sino que se cuenta, *pecunia numerata*, respecto de la cual los romanos conservaron asimismo la palabra *pecunia* para designarla, en atención a la causa anteriormente señalada. El término moneda, *moneta*, se debe a que las primeras monedas se habrían acuñado en una fábrica, situada en el Capitolio, en las proximidades del Templo dedicado a la diosa Juno Moneta, de la que recibirían la denominación.

A la moneda en sentido moderno, *pecunia numerata*, se refiere Paulo en un célebre texto del Digesto (D. 18.1.1.pr.), en el que ésta es presentada como el elemento diferenciador entre el hecho genérico de la permuta y la compraventa, y en el que se pone de manifiesto su carácter convencional, al afirmarse que la materia elegida por la autoridad pública (*electa materia est...forma publica percussa*), tenía un valor público perpetuo (*publica ac perpetua aestimatio*), en atención a que pretendía resolver las dificultades derivadas de la permuta (*difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret*), lo

cual, como ha sido puesto de relieve en diversos estudios, refleja en este punto el claro influjo del aristotelismo en el Derecho Romano. Aristóteles al tratar el fenómeno monetario en la *Ethica Nicomachea*, no aporta ningún dato nuevo sobre las circunstancias o aspectos significativos que supusieron o rodearon la creación de la moneda. Si los valores intercambiados son estrictamente equivalentes, el intercambio no tiene razón de ser; si son diferentes, una de las partes queda necesariamente perjudicada. Lo que sí es puesto de relieve por Aristóteles, de manera particular, es el originario carácter convencional de la moneda, es decir, para Aristóteles la moneda es un *quid* artificial, en cuanto que no procede de la naturaleza, sino que es una creación del hombre nacida con la finalidad de favorecer las transacciones comerciales. Puede decirse, por tanto, en definitiva, a propósito del pensamiento aristotélico, que si bien ciertamente Aristóteles, en un capítulo de la obra anteriormente citada, realiza una reflexión profunda sobre la moneda como instrumento no de ganancia, sino de medida y de equidad, la creación de la moneda aparece, en todo caso, estrechamente unida al desarrollo del comercio en la antigüedad. El debate secular sobre el primitivismo económico; es decir, la conocida polémica acerca de si la economía de la antigüedad había alcanzado un alto nivel de desarrollo, o si, por el contrario, debemos suponer que todavía no había pasado de la economía doméstica cerrada, y que, por tanto, la actividad económica era esencialmente agraria, está expuesto de manera esclarecedora en el resumen que F. Oertel escribió en 1925 de los términos del debate en *Suplemento y comentarios añadidos* a F. Pohlmann, *Geschichte des sozialen Frage und des Sozialismus in der antiken Welt*, III, 3ª ed., Munich, 1925, pp. 516-517.

Por lo que se refiere a la primitiva comunidad romana, hay que decir que se configura como esencialmente agraria, hasta el punto de que, según atestiguan los antiguos escritores, no se comprendía que un agricultor tuviese que comprar lo que su propiedad podía producir, y por otra parte, toda la ganancia que no provenía de la tierra aparecía como indigna de un hombre libre, así Catón en *De re rustica*, II, 4,3 o Cicerón en *De officiis* I, 42,151, por lo que parece que puede afirmarse que, en estas circunstancias, los primeros intercambios de productos apenas derogan el principio de la economía doméstica cerrada, no afectando, pues, probablemente más que a los excedentes de la producción familiar. Sin embargo, ya en tiempos de Numa, según dice la tradición, se sintió la necesidad de crear, para la división del trabajo, ciertas industrias que exigían una aptitud especial y un aprendizaje, y esta rudimentaria industria existente en época de Numa supondría un comercio que se desarrollaría progresivamente, a medida que el poder de Roma se acrecentaba. No obstante, de un modo general, se puede afirmar con Paoli que la industria especializada no alcanzó

en ninguna época en la antigüedad, respecto a la actividad doméstica, la autonomía que tiene en los tiempos modernos.

Sobre las ideas morales, políticas y económicas, de Aristóteles contenidas en la *Ética Nicomachea*, se ha desarrollado un profuso debate doctrinal. Así Lacour, en su *Historia del Comercio*, se hace eco de un sector doctrinal que viene de hace muchos siglos, conforme al cual la justificación del intercambio de valores, que constituye la operación comercial es uno de los problemas de la economía que tocan más de cerca la psicología y la moral. Si los valores intercambiados son estrictamente equivalentes, el intercambio no tiene razón de ser; si son diferentes, una de las partes queda necesariamente perjudicada. Muchos economistas, desde Aristóteles, se han complacido en la aparente lógica de este dilema, si bien otros autores han expuesto la debilidad de este razonamiento, realmente imbuido de excesivo formalismo.

Así para Carreras, si los productos se intercambian en razón de su valor, es necesario determinar el valor de cada uno de ellos para conocer la proporción en que deben cambiarse. Por ello el valor de los diversos productos habrá de referirse a un tipo común. El objeto elegido debe ser la mercancía más circulable, la que reúna en más alto grado las condiciones de circulación, la más universal, la que encierre mayor valor en menos peso y volumen. Ahora bien, el problema es que no hay, ni puede haber, hablando en rigor, una medida fija de todos los valores, y este problema se considera con razón, en la economía política como la cuadratura de un círculo en trigonometría, absolutamente insoluble. Lo que se puede es buscar una mercancía que, si no tiene un valor fijo, tenga, por lo menos, un valor estable o poco expuesto a variaciones. Pues bien, desde la más remota antigüedad se conocen unos productos que poseen en el más alto grado las condiciones necesarias para servir de medida común de los valores: el oro, la plata y el cobre.

II. NATURALEZA JURÍDICA: POLÉMICA DOCTRINAL

Como pone de relieve De la Rosa, el proceso de diferenciación entre permuta y compraventa es lento y dificultoso, dada las abundantes interrelaciones entre ambos negocios. El punto de arranque de la progresiva disociación entre ambas figuras habría sido la aparición de instrumentos que actuarían como intermediarios en los cambios y de forma especial la aparición del dinero amonedado, moneda en sentido moderno, que no se pesa sino que se cuenta, fabricada en metal, y de ahí la expresión «contante y sonante».

La proximidad entre permuta y venta, no sólo se produce en el origen de ambas instituciones, sino que se mantiene a lo largo de la historia hasta nuestros días. Siglos después de la aparición de la moneda, aún se realizaban negocios de naturaleza mixta, que tomaban, como señala De La Rosa, parte de la compraventa y parte de la permuta. Así, en una obra escrita por Catón a mediados del siglo II a.C., *De Agricultura*, 146, se hace referencia a que el precio de venta de una cosecha de aceitunas se compone no sólo de dinero, sino que el comprador habrá de pagar, al subastador por su trabajo, al dueño por el uso de las pesas y medidas, además de entregar unas determinadas cantidades de varios tipos de aceite, por lo que, en definitiva, el precio consistiría una parte en dinero prefijado, otra parte en diversos tipos de cosas, y una tercera parte en pago de honorarios por prestación de servicios.

En parecido sentido, en un texto de Javoleno, recogido en D. 18.1.79, se recoge el supuesto de una persona que vende la mitad de un fundo a otra, y acuerda con ésta, arrendarle la otra mitad por cierto precio. El jurista, que vive entre el siglo I y el II d.C., y que llegó a dirigir la escuela sabiniana, opina que el pacto es parte del precio que el comprador paga por la mitad del fundo vendido, por lo que cabe la *actio venditi*, opinión a la que se oponen los proculeyanos Labeón y Trebacio. La polémica enunciada, plantea la disyuntiva de si el precio en la compraventa debe consistir en dinero amonedado —*pecunia numerata*— o puede consistir en prestaciones de distinta naturaleza.

Gayo en sus *Institutiones III*, 141, nos dice que el precio debe consistir en dinero amonedado «*pretium in pecunia numerata consistere debet...*». La caracterización de la *numeratio pecuniae* como un acto genérico, más allá de los límites del *creditum*, se pone especialmente de manifiesto en la *emptio-venditio*, dado que en este caso la idea monetaria de *pretium*, como cantidad contada en monedas con un valor público de cambio, no se entrega en crédito, sino que tiene un sentido de contravalor respecto a la *merx empti* y obedece a un acuerdo previo entre los contratantes, que se configura como el elemento esencial que produce la perfección del contrato de compraventa, conforme indica Gayo en *Institutiones III*, 139: «*Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit...*». Lo que sí cabe es que ambos contratantes, hayan acordado que el comprador en el momento del pago puede extinguir la obligación entregando una cosa en sustitución del precio, se trataría de supuestos *in facultate solutionis*, que no dejarían por ello de configurarse como compraventa, dado que ésta se habría perfeccionado en el momento en que las partes se habían puesto de acuerdo sobre cosa y precio. En D. 12.4.6, el proculeyano Celso plantea el caso límite en el que se afirma que una parte entrega dinero para que la otra entregue al esclavo Estico: «*Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*», ante lo cual se pregunta el jurista,

si estamos ante una compraventa o ante una obligación que deriva del hecho de que una persona ha realizado una entrega y no ha recibido la correspondiente *traditio* de la cosa acordada, es decir, estaríamos en presencia de un supuesto de *do ut des*, que técnicamente constituye una permuta.

La fijación del precio en dinero amonedado, la determinación de la cosa, y el acuerdo sobre ambos extremos por parte de los contratantes, constituyen la manifestación de que la intención de las partes consiste en formalizar una compraventa. Ahora bien, en el caso de que el precio fijado consista en parte en moneda y en parte en otra cosa, y no esté clara la intención de los contratantes sobre la naturaleza de la relación jurídica, se entenderá que hay compraventa si el valor del dinero es superior al valor de las otras cosas dadas como precio, y que hay permuta si el valor de éstas sobrepasa al importe del dinero acordado. En el caso de que el valor del dinero en moneda sea igual al de los objetos dados como parte del precio, Molitor opina que hay compraventa en atención a que se compra y se vende de forma más generalizada que se permuta. Por el contrario, para De La Rosa, estos casos de precio mixto habrían constituido una especie determinada de convención que se habría dado con bastante frecuencia, y que no se encasillarían ni como permuta ni como compraventa.

La posibilidad de que la contraprestación en la permuta consista en parte en una cantidad de dinero o que el precio en la compraventa esté constituido en parte por una o varias cosas, se encuentra asimismo previsto y regulado en el Derecho actual. En este sentido, se establece en el artículo 1446 del Código Civil que: «Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando ésta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente, y por venta en el caso contrario». No prevé el Código Civil, como tampoco lo hacía el Derecho Romano, el supuesto en que no conste la intención de los contratantes y el valor de la cosa resulte equivalente a la cantidad de dinero acordada como parte del precio. Para Bianca estamos ante un contrato mixto de compraventa y permuta. Para Gullón, de la dicción del 1446 parece deducirse que se estima permuta el supuesto en que el valor de la cosa sea mayor que el dinero, en el caso de que el valor del dinero sea superior al de la cosa deberá estimarse que hay compraventa, opinión que es compartida por La Rosa en atención a la mayor importancia económico-jurídica de la compraventa y a su mayor relieve en la regulación del Código Civil y en el tráfico jurídico.

Si volvemos al inicio de la cuestión planteada, la polémica sobre la naturaleza jurídica de la permuta, debe hacerse referencia a la conocida disputa entre

los juristas de las escuelas sabiniana y proculeyana. Aceptado por las dos escuelas que el hecho genérico de la permuta constituye el origen y el punto de desarrollo de la *emptio-venditio*, la elevación de la convención llamada *permutatio* a la categoría de contrato, suscitó criterios dispares entre los jurisconsultos pertenecientes a ambas escuelas de derecho. La idea sabiniana de que la permuta debía subsumirse en la *emptio venditio*, se enraíza en la concepción histórica vulgar de que la permuta de cosas constituye una subespecie de *emptio-venditio*.

Frente a la tesis sabiniana de que todavía en el siglo I, es decir, probablemente cinco siglos después de la aparición del dinero amonedado, podía admitirse una *emptio-venditio* sin moneda (*sine nummis*), la escuela proculeyana, se mantiene en la idea firme de apuntalar la economía monetaria de la época, uno de cuyos efectos se manifestaría en la exigencia de que el *pretium* en la compraventa consistiese en *pecunia numerata*, lo que vendría a reforzar la consideración de la moneda como valor de cambio, y como medida de valor, lo que implica la sustitución de la simple economía natural de intercambio de cosas o *permutatio*, por un mercado de economía monetaria, con base en la moneda, que funciona como bien fungible e intercambiable, útil para conseguir una mayor satisfacción de las necesidades mediante un menor esfuerzo. Los proculeyanos consideraban, en definitiva, que la permuta era un instituto independiente de la compraventa.

Parece, en un primer análisis, a propósito del texto de Celso recogido en D. 12.4.6, que dado que el *do*, en el caso presente, consiste en dinero entregado para que la otra parte entregue el esclavo, el supuesto concreto debería calificarse como compraventa, conforme a la tesis proculeyana y Celso pertenece a esta escuela. Ahora bien, el jurista no realiza esta calificación jurídica en atención a que falta el *convenire* de *pretio*, el acuerdo sobre el precio, elemento esencial de la compraventa, de lo que parece deducirse que la intención de los contratantes no es la de realizar una *emptio venditio*, conforme a la cual se habría producido un *consensus* sobre *pretio* y cosa, sino en dos entregas recíprocas, la primera de las cuales consistiría en dinero, y produciría el nacimiento de la obligación de realizar la contraprestación de transferir la propiedad del esclavo.

Los tres textos fundamentales en los que se plantea la polémica doctrinal a la que dan lugar las discrepancias sobre la naturaleza jurídica de la permuta y la compraventa son los siguientes: *Institutiones* de Gayo I.6 3,141; Paulo, D. 18.1.1. e *Institutiones* de Justiniano (I.J.) 3.23.3.

En I.6. 3,141, el jurista, perteneciente a la escuela sabiniana, califica la permuta como la forma más antigua de compraventa, conforme a la doctrina

que denomina, *nostrī praeceptores*, nuestros maestros. Como fundamento de esta doctrina cita el texto de Homero, *Iliada* VII, 472-475, en el que se afirma que los griegos pagan como precio del vino que compran en ocasiones con vino y en otras con cobre, acero, bueyes, cuero o esclavos. Es decir, que ya en época de Homero, el precio en la compraventa podía pagarse en especie. Cita asimismo Gayo la opinión de Sabino, conforme a la cual, si una persona tiene un objeto en venta por ejemplo un fundo, *res venalis*, es decir, tiene la intención de formalizar una compraventa y otra le ofrece como precio una cosa, por ejemplo un esclavo, cabría entender que el fundo se vende y el comprador paga como precio el esclavo, es decir, que en el supuesto de que la intención del titular del fundo fuera vender, y presentase el fundo como *res venalis*, el esclavo tendría la consideración de precio y estaríamos en presencia de una compraventa. Nos hallamos aquí ante un caso de *datio in solutum*, donde no se paga en dinero, sino que se entrega una *res aestimata* y la *aestimatio* equivale al *pretium*. Frente a la tesis proculeyana de que el *pretium* debía consistir en *pecunia numerata*, se abrió camino la solución intermedia de la *aestimatio rerum*, es decir, la valoración pecuniaria de las cosas, de ahí la probable validez de la entrega de un *servus*, a título de precio (*pretii nomine*), dado que el *servus* era valorado en dinero. La *res aestimata* equivale, en todo caso, a la entrega de un valor (*aestimatio*), así por ejemplo, *dotis aestimatio*, *litis aestimatio*, etc.

Es decir, que para Sabino lo esencial para que nos halláramos ante una compraventa sería la intención y no que el precio fuese en dinero amonedado. En definitiva, en estos casos la permuta sería una subespecie de compraventa. Por el contrario, conforme a la opinión proculeyana, también reflejada por Gayo, permuta y compraventa son instituciones distintas, pues en la compraventa se distingue claramente quien vende y quien compra y en la permuta no.

En I.J. 3.23.2, se reproduce el texto de Gayo, salvo el párrafo final, en el que se obvia el supuesto de *res venalis* planteado por Sabino y se afirma que la opinión de Próculo de que la permuta no es una especie de compraventa parece más razonable que la contraria, en atención a valiosas razones, la opinión de Homero, del que se citan otros textos, lo que parece probar que no estaría clara en su época la consideración de la permuta, así como la opinión de otros juristas y emperadores.

Ciertamente, no cabe duda que la permuta está en el origen de la compraventa y que en época justiniana constituyen dos contratos independientes con naturaleza jurídica diversa. También parece evidente que la polémica acerca de la consideración de estos contratos se decantó históricamente a favor de la

opinión proculeyana, pero fue un proceso lento, en el que no faltan textos de juristas e incluso constituciones imperiales que parecen decantarse por la inclusión de la permuta dentro de la categoría de contrato de compraventa. Así en D. 42.4.15.pr., Ulpiano destaca la similitud entre compraventa y permuta: «*Is, qui rem permutatant accepit, emptoris similis est...*», asimismo en D. 19.4.2, Paulo trae a colación la opinión de Aristo, conforme a la cual la permuta es semejante <*vicina esset*> a la compraventa. En C.J. 4.64.1, se hace referencia a una Constitución de Gordiano (238 a.C.), en la que una persona pone en venta una posesión, probablemente un fundo, y otra le da como precio otra posesión probablemente también otro fundo. Se trata de un supuesto semejante al planteado por Sabino en el texto de Gayo. También en el texto de Gordiano, se ofrece en venta un fundo (*res venalis*) y se acepta como precio otro fundo. La intención, elemento esencial de la compraventa, sería realizar una compraventa y así lo entiende el emperador, que concede la *actio empti* al comprador para reclamar la responsabilidad por evicción. Parece pues, que dos siglos después de planteada la polémica, en un texto legislativo se reconoce como fundada la opinión de Sabino, que entendía que había compraventa aunque el precio se pagase en especie, cuando la intención de las partes era la de formalizar una venta.

Asimismo en un Rescripto de Diocleciano y Maximiano contenido en C.J. 4.64.2, se afirma que la permuta hecha de buena fe tiene la consideración de venta. En opinión de De La Rosa, este texto prueba que tres siglos después del inicio de la controversia entre las escuelas, no estaría todavía clara la delimitación de la naturaleza de la permuta, y quizás lo que se pretendía con la regulación establecida sería ampliar el campo de la *bona fides* a la permuta, con el fin de aplicar la *actio empti* al permutante de buena fe. La equiparación o aproximación que se establece entre permuta de buena fe y compraventa en C.J. 4.64.2, no parece, por el contrario, deducirse de la afirmación contenida en una Constitución atribuida a ambos Emperadores contenida en C.J. 4.64.7., en la que se afirma que «es sabido que ya de antiguo no podía hacerse una *emptio* con cosas».

Finalmente en D. 18.1.1.1, Paulo después de reconocer que el origen histórico de la compraventa está en la permuta, afirma que fue la introducción del dinero como intermediario en el trueque, lo que marca la distinción entre ambos negocios. Plantea Paulo el caso de cambio de una toga por una túnica, en el que parece que existe la intención de realizar una compraventa sin dinero, ante lo cual, cita las opiniones de Sabino y Casio, de que se estaría ante una compraventa y las contrarias de Proculo y Nerva que estiman que se trataría de una permuta. A favor de la tesis de Proculo, recoge Paulo un texto de Homero, *Iliad-*

da VI, 234-235, en el que se califica de permuta un cambio de armas, texto que parece no casar bien con otro texto también de Homero *Iliada* VII, 472-475, en el que se califica de venta el intercambio de vino por cobre, acero, cuero, etc., que se entregaría como precio. Favorable asimismo a la tesis de Sabino, parece ser el texto también de Homero, *Odisea* I, 430, en el que se afirma que cabe comprar con los propios bienes, es decir, pagar como precio con cosas pertenecientes al comprador, lo que prueba como ya se ha dicho, que no estaría del todo clara, en época de Homero, la naturaleza del negocio de compraventa. En todo caso, Paulo en el último párrafo y de forma que no deja lugar a dudas, se manifiesta partidario de la solución proculeyana, aduciendo que conforme a la teoría sabiniana no quedarían delimitadas las posiciones del vendedor y comprador.

Cabría concluir, en definitiva, que en materia de delimitación de la naturaleza de la permuta y la compraventa, la intención de los contratantes determina la conformación del negocio dentro de una u otra categoría, con independencia de que el precio consista en dinero amonedado o en especie, si bien habrá que entender que el precio en dinero no puede ser ni irrisorio ni simbólico, pues se produciría, en estos casos, una desnaturalización del contrato de compraventa. Por el contrario, para la escuela proculeyana, la compraventa requiere que el precio sea en dinero. En el caso de que el precio consista parte en dinero y parte en especie, sería compraventa en el caso de que ésta fuera la intención de los contratantes, permuta en el caso de que los contratantes así lo quisieran, por lo que ya no cabría hablar de precio, sino de contraprestación en dinero y en especie, y en el supuesto de que no contase la intención de los contratantes, el negocio tendría la consideración de compraventa si la cantidad de dinero fuese superior al valor de la cosa entregada y permuta en el caso contrario. La solución proculeyana habría sido la que acabaría siendo considerada la más razonable por las Escuelas de Derecho, y por la legislación justiniana y es la recogida en el artículo 1446 del Código Civil.

III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LA COMPRAVENTA

Aceptada la idea de que la permuta está en el origen de la compraventa y que se emancipa de ésta con la utilización de la moneda, cabe señalar que ambas instituciones continúan constituyendo manifestaciones del hecho económico del cambio.

La evolución de la permuta desde su primitiva consideración de hecho natural, desde el punto de vista del tráfico comercial, regulado y protegido por

el Ordenamiento civil y por el derecho pretorio, hasta su configuración como contrato innominado, por la legislación justiniana, constituye un proceso lento aunque constante, en el que el instituto es conformado en buena medida por su similitud o contraste con la figura jurídica que procedente de su seno, la compraventa, acaba por ser conceptuada como el esencial referente jurídico, en materia contractual, de la actividad económica.

Entre las principales semejanzas y diferencias entre ambos contratos cabe indicar las siguientes:

- el carácter consensual de la compraventa, frente a la naturaleza real de la permuta. Así lo indica Paulo en D. 19.4.1.2: «*venditio contrahitur nuda voluntate... permuta contrahitur ex re tradita...*». Es decir, en la permuta tiene que mediar la *traditio* para que nazca la *obligatio*.
- La diversidad de prestaciones en la compraventa, frente a la identidad de las mismas en la permuta.
- La obligación de transferir la propiedad de las cosas permutadas, se contrapone con la obligación, en principio, de transmitir la cosa y garantizar su pacífica posesión por parte del vendedor en la época clásica. En la legislación justiniana se transmite ya la propiedad de la cosa por parte del vendedor.
- Es diferente la protección procesal otorgada a los intervinientes, en los contratos de compraventa y permuta.
- La venta de cosa ajena, de cosa futura y de esperanza, válidas en materia de compraventa, no lo son en el marco de la permuta, en atención a la propia estructura de ésta figura jurídica.
- La rescisión de la venta en el caso de que se considere que se ha producido una desproporción considerable entre el verdadero precio de la cosa puesta en venta y el precio recibido por el vendedor (*laesio enormis*), no se preve en caso de permuta.
- En numerosos textos de las fuentes se señala la extensión, por analogía, de la responsabilidad por evicción y vicios ocultos en la compraventa, a los supuestos de permuta.
- A propósito de la *obligatio*, que puede derivar de la *emptio-venditio* y de la *permutatio* hemos de decir que si la *emptio* es al contado no tiene

sentido hablar de *obligatio*, puesto que simultáneamente el *emptor* paga y el *venditor* entrega la cosa. Asimismo la *obligatio* que puede nacer del trueque no existe, pero en cambio, del *pretium* como valor pecuniario a cambio de una *merx* sí puede nacer si la cosa es ajena, robada o no se entrega, siendo estos casos los supuestos posibles de frustración de la idea básica del trueque o *permutatio* que se halla latente en el negocio como causa.

- El *pretium* lleva en sí el sentido económico mismo del mercado, por lo que la *obligatio* queda contraída cuando existe acuerdo respecto al precio como cantidad (*tanti mihi emptus?*). Se explica la relación *pretium*-propiedad en el sentido de que el *venditor* (*qui venum dat*) debe hacer una *datio* en correspondencia a la *pecunia*. Si no hace *datio* (o bien porque no es dueño o bien porque no entrega la cosa materialmente) responde del doble del *pretium* en condición de *auctor venditionis*. El *pretium* es entregado al *venditor ex causa emptionis*, como base para la compra (*ex causa*), por razón de compra. La *obligatio* aquí es bilateral, causal o recíproca. Hay sinalagma cuando hay entrega causal (*ob causam*). Así por ejemplo en la entrega de una cantidad pecuniaria (*dedi tibi pecuniam*) como causa para recibir un *servus*, no debe hablarse de *pretium* sino de entrega causal, puesto que el acuerdo recae en un cambio de cosas, y en la entrega de una cosa por un valor (*pretium*).
- Cabe señalar, finalmente que el *pretium* es valor de cambio, y es *poena* para el caso de que la promesa de entrega no tenga lugar. Se devuelve *in duplum* (*dupla pecunia*) si el *venditor* no es *auctor* o *dominus* de la *res mancipi*. Contrariamente, no se puede hablar de acuerdo sobre el valor venal de la cosa cuando se trata de *permutatio*. El acuerdo venal es el *consensus* del cual nacen obligaciones recíprocas. El *pretium* es promesa pecuniaria, promesa de cantidad. En la *permutatio* no basta el *consensus* de cambiar porque no hay *pretium* ni, por tanto negocio pecuniario, de ahí que la *obligatio* nazca de la *traditio*. Asimismo, en la *permutatio*, el acuerdo es irrelevante porque no hay *sponsio* ni *stipulatio*, en cambio el *pretium* significa acuerdo o *aestimatio pecuniaria*, y por ello fenómeno crediticio. La *datio* o entrega en los contratos llamados reales nació como *res certa data* en cuanto *res* valorada en pecunia, pero en la permuta se trata de *res data permutationis causa*. No es *datio crediticia* propia porque esta *datio* no es pecuniaria (no hay *aestimatio pecuniaria*). No hay *traditio* mirando a un *reddere* sino *traditio* frente a otra *traditio*.

El hecho genérico de la permuta, y la consideración de la convección que la conforma como institución merecedora de ser protegida, se habría producido ya en los primeros tiempos del Ordenamiento jurídico romano, a través de la vía de impedir el enriquecimiento injustificado de aquella parte que habiendo recibido la propiedad de una cosa, no procede a la correspondiente entrega en propiedad de la cosa determinada como contraprestación. Avanzada la República, habrían sido los pretores quienes por medio de *actiones in factum*, completarían la protección de la permuta, en casos concretos susceptibles de aquélla. Habría que esperar, no obstante, a la época postclásica o justiniana para que se produzca el reconocimiento definitivo de la permuta como figura contractual dentro de la categoría de los contratos innominados.

IV. CONFIGURACIÓN COMO CONTRATO INNOMINADO

La denominación de contrato innominado alude, conforme indican Ulpiano y Paulo, a la falta de un título en el Edicto, como ocurre con las demás categorías típicas de contratos, bajo el que se agrupan las diversas convenciones que, con posterioridad, adquieren la naturaleza de contratos. No significa, por tanto, que se trate de figuras que no tengan un nombre propio. alguna de ellas, como la permuta, por ejemplo, no sólo fue siempre conocida de esta forma, sino que es una de las más antiguas, junto con la donación. La *permutatio*, como tal, tiene denominación y sede específica en el título 19.4 del Digesto: *De rerum permutatione*.

En Derecho Romano no todo acuerdo o convención *inter partes* era considerada un contrato, sino tan sólo aquellas tipificadas como tales en el Ordenamiento. No obstante, en la época clásica se produce una labor de ensanchamiento de las figuras tradicionales de contratos, por parte de la Jurisprudencia, que viene a sumarse a la protección otorgada por los pretores, desde la época republicana, mediante *actiones in factum decretales*, en aquellos casos concretos que el magistrado estimaba dignos de ser tutelados. El reconocimiento, protección y efectos de numerosas convenciones, no configuradas como contratos típicos, habría abonado ya el terreno para la incorporación, probablemente ya a finales de la época clásica, de una nueva categoría de contratos, sin título edictal, y de ahí la denominación genérica de los juristas y de los intérpretes, de innominados, caracterizados como todo contrato, por la posibilidad de ejercicio de una acción de naturaleza civil, en cuya fórmula, se suplicaría la denominación de la categoría en la que se incluía, por una breve descripción inicial, *praescriptio*, lo que daría lugar en época postclásica o justiniana a la generalización de su calificación como *actio praescriptis verbis*. Se trataría,

en todo caso, de una categoría contractual que se conforma como un auténtico cajón de sastre, en el que se incluyen hipótesis de supuestos de *do ut des*, doy para que des, *do ut facias*, doy para que hagas, *facio ut des*, hago para que des, y *facio ut facias*, hago para que hagas.

La permuta se integra en los supuestos de *do ut des* y se perfecciona desde el momento en que uno de los permutantes realiza una *datio* de una cosa, en ejecución de un acuerdo previo, que supone una entrega en propiedad y genera el nacimiento de la obligación en el permutante que la recibe, de realizar la correspondiente contraprestación, consistente asimismo en la entrega de la propiedad de la otra cosa acordada entre las partes.

La necesidad de proceder a la entrega de la cosa por parte de uno de los permutantes, para que el contrato se formalice, aproxima la permuta al esquema de los contratos reales, si bien a diferencia de estas figuras contractuales, en las que producida la *datio* por una de las partes, se genera en la otra parte la obligación de restitución, en los contratos innominados, salvo en el precario, realizada la prestación por uno de los intervinientes, se produce en la contraparte no la obligación de restitución, sino la de realizar la contraprestación correspondiente.

V. ELEMENTOS Y TUTELA PROCESAL

La permuta se configura como un contrato innominado, real, sinalagmático, que produce la obligación de transmitir la propiedad de las cosas intercambiadas, oneroso y de buena fe.

Puede ser objeto del contrato de permuta cualquier cosa mueble o inmueble que esté dentro del comercio, es decir, cuyo tráfico comercial no esté prohibido por la ley. La obligación de transmitir la propiedad de las cosas permutadas, implica la garantía recíproca entre ambos contratantes, en orden a la posible evicción y vicios ocultos que pueden surgir en relación con las mismas. No cabe pedir la rescisión por *laesio enormis* en caso de permuta, en contraposición a lo establecido a partir de la época postclásica en materia de compraventa, probablemente porque no se llega a concebir en la permuta que el intercambio de cosas puede producirse ante una necesidad extrema o en una situación apremiante, y a consecuencia de ello, una desproporción relevante en el valor de las cosas permutadas.

En cuanto a la tutela procesal, cabe señalar que la permuta al igual que las demás convenciones obligatorias atípicas, habría sido objeto de protección

pretoria a través de la vía de las *actiones in factum*, cuando de forma discrecional el magistrado estimase que se encontraba ante un supuesto que aún no previsto en el *ius civile* era digno de ser protegido, dado que, en caso contrario, se cometería una injusticia. La protección civil se sustanciaría a través del cauce de la denominada *condictio ob causa datorum*, mediante la cual se lograba la rescisión de la convención y la devolución o repetición de lo entregado, en el caso de que la parte que hubiese recibido la *traditio* de la cosa, no hubiese procedido a la entrega de la *merx* prevista como objeto de contraprestación, en atención a que, en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injustificado de quien recibe la cosa, sin entregar la fijada en el acuerdo de intercambio, aunque el incumplimiento no fuera imputable al obligado.

Si el incumplimiento fuera imputable al obligado, o la cosa que debía ser entregada hubiese perecido, o se hubiese deteriorado de forma grave, la parte cumplidora y perjudicada, podrá pedir el resarcimiento de la indemnización de su valor a través de la vía de una *actio doli*.

Condictio y *actio doli*, en todo caso, serían remedios tendentes a rescindir la convención y obtener la devolución de la cosa entregada o el resarcimiento de su valor, pero no producirían el efecto de obligar a la otra parte al cumplimiento de lo acordado, que sería lo que razonablemente preferiría la parte que había realizado la *traditio*. Probablemente, esta situación de injusticia sería, en ocasiones, remediada por los pretores, en forma discrecional, por la vía de las *actiones in factum*, o de las *actiones utiles*, lo que en el caso de la permuta se produciría en atención a la semejanza de esta figura con el contrato de compraventa, cuyas *actiones* dirigidas a la exigencia de responsabilidad por evicción o vicios ocultos, se habrían extendido por analogía a la permuta.

Parece, no obstante, que la configuración de determinadas convenciones obligatorias atípicas, entre las que estaría la permuta, como contratos innominados, exigibles en su cumplimiento a través de la *actio praescriptis verbis* no se produce en época clásica, sino que habría sido una formulación teórica de las Escuelas de Derecho postclásicas, que habría sido aceptada en época justinianea como categoría contractual, si bien ya desde época de Labeón, y de forma atécnica, los juristas, comienzan a especular sobre la posibilidad de que en el caso de ciertas convenciones próximas a los contratos de prestaciones recíprocas típicamente reconocidas como contratos reales, pueda exigirse su cumplimiento, en atención a la *bona fides*, a través de un *agere praescriptis verbis*, mediante el cual podría o bien obtenerse el cumplimiento de la contraprestación o bien procederse a la rescisión de lo convenido, con la correspondiente repetición de lo entregado.

En época justiniana, se habría producido el reconocimiento de la categoría de los contratos innominados, protegidos todos ellos, no a través de *actiones* específicas para cada contrato, como sucedía respecto de las figuras específicas encuadradas en el resto de las categorías contractuales típicas, sino mediante:

- a) *actio praescriptis verbis*, dirigida a exigir el cumplimiento de la prestación
- b) la *condictio ob causa datorum*, ahora denominada *condictio causa data causa non secuta*, dirigida a la repetición de lo entregado, en caso de permuta, en los supuestos en los que el incumplimiento se haya debido a culpa del obligado.
- c) en todos los supuestos en los que el incumplimiento se haya producido, con independencia de la culpa del obligado, podrá exigirse la restitución o la correspondiente indemnización al permutante, a través de la vía de la *condictio ex poenitentiae*.

VI. DERECHO VIGENTE. PROYECCIÓN FUTURA DE LA INSTITUCIÓN

En el Derecho civil actual, la permuta se configura como un contrato consensual, no formal, bilateral, oneroso, conmutativo, en el que la principal obligación de las partes consiste en transmitir la propiedad de las cosas permutadas. La diferenciación entre permuta y compraventa, establecida de modo definitivo en la Compilación Justiniana, volvió a ser cuestionada en la Alta Edad Media, período en el cual se produce de nuevo la absorción de la permuta en la regulación de la compraventa, por lo que habrá que esperar de nuevo a la Recepción del Derecho Romano en Europa, iniciada a partir del estudio del Digesto en Bolonia, para que la distinción entre ambas figuras jurídicas y su conformación como institutos independientes, llegue al derecho moderno.

La escasa regulación de la permuta en los textos legales de Derecho español, básicamente los artículos 1538 a 1541 del Código Civil, se explica por la estrecha relación con la compraventa, lo que da lugar a la norma de remisión contenida en el artículo 1541 «En todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta», y al carácter residual que el instituto ha tenido en los últimos tiempos. Sin embargo, en el momento actual, se asiste a una revalorización de la

permuta en el marco del urbanismo y de la legislación agraria, ligada a factores como la inestabilidad económica, la inflación, el auge urbanístico o el elevado precio de los terrenos edificables. Instituciones como la concentración parcelaria, o la permuta forzosa de fincas rústicas, en el ámbito del derecho agrario, o la reparcelación, y de modo especial, la permuta de cosas futuras, consistente en el contrato de intercambio de solar edificable por piso o local de negocio a construir sobre terreno permutado, en la órbita del derecho urbanístico, han supuesto una especial revitalización de esta figura jurídica.

Las diferencias entre permuta y compraventa en derecho moderno, son todavía menores que las existentes en Derecho Romano. En esencia, sólo la necesidad de que en la compraventa medie precio en dinero o signo que lo presente, se configura como el determinante elemento diferenciador. Incluso la posibilidad establecida en el artículo 1446 del Código Civil, de que el precio consiste parte en dinero, y parte en otra cosa, atenúa la distinción entre ambas figuras contractuales, y plantea en ocasiones problemas sobre la calificación jurídica del negocio realizado.

La permuta es, en el derecho actual, un contrato consensual, en contraposición al carácter real que ostentaba en el derecho romano, lo que supone una asimilación a la compraventa, al igual que sucede con la obligación, conforme a las circunstancias del caso, por parte del vendedor actual de transmitir la propiedad de la cosa, lo que no sucedía en la compraventa romana en época clásica, en la que el vendedor, transmitía la pacífica posesión y garantizaba el ejercicio de la misma al comprador. En materia de protección procesal, en contraposición al carácter privilegiado que tenía el permutante en Derecho romano, al poder optar entre pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, se ha producido asimismo una asimilación entre ambas figuras, al serles aplicable de forma conjunta el contenido del artículo 1124, conforme al cual, en el supuesto de incumplimiento de obligaciones recíprocas «El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos...». Asimismo la rescisión por lesión, que constituía un elemento diferenciador de ambos institutos en Derecho Romano postclásico, al ser aplicable a la compraventa pero no a la permuta, ha dejado de serlo, al suprimirse en el derecho actual en relación con la compraventa, lo que ha supuesto un retorno a la regulación del derecho romano clásico, en la que esta disposición no se contemplaba.

En el artículo 1538 se contiene el concepto del contrato de permuta «la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». Objeto del contrato de permuta pueden ser todo

tipo de cosas, tanto corporales como incorporales. No pueden, sin embargo, ser objeto de este contrato el intercambio de servicios o de cosas por servicios, o de dinero nacional por dinero extranjero, y de ahí la calificación, en este último supuesto, de compra de divisas. Si cabe, por el contrario, el intercambio de dinero por dinero, en la modalidad de billetes por monedas, tanto en la hipótesis de cambio de dinero nacional por dinero nacional, como en la de dinero extranjero por dinero extranjero.

El artículo 1579 regula el supuesto de permuta de cosa ajena al establecer que «si uno de los contratantes hubiese recibido la cosa que se le prometió en permuta, y acreditase que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumplirá con devolver la que recibió». Del texto de este artículo se deduce la validez de la permuta de cosa ajena, en el caso de que el permutante perjudicado opte por no rescindir el contrato, lo que contrasta con lo afirmado por Paulo en D. 19.4.1.3, al remitirse a la opinión de Pedio conforme a la cual «el que da una cosa ajena no contrae permuta alguna». Por lo demás, en el 1539, se contiene un régimen privilegiado de responsabilidad en la permuta en relación con la compraventa, al establecerse que el permutante, de buena fe, puede proceder a resolver el contrato, si acredita que la cosa recibida no era de la propiedad de la que la entregó, sin que el ejercicio de esta facultad esté condicionado por el procedimiento de evicción.

El artículo 1540 establece en materia de permuta un régimen especial de evicción en relación con la compraventa, al afirmarse que el permutante que pierda por evicción la cosa recibida en permuta «podrá optar entre recuperar la que dio en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios...», con la singularidad de que la opción podrá ejercitarse, al no señalarse plazo especial de ejercicio, en el plazo general de 15 años del artículo 1964.

Finalmente, en el artículo 1541, se recoge la cláusula general de remisión a la regulación de la compraventa. Se entiende por la Jurisprudencia, que la remisión habrá de hacerse en la medida que lo establecido para la compraventa, resulte compatible con la naturaleza jurídica del contrato de permuta. Para el caso de que las normas de la compraventa no resulten compatibles con la permuta o fuesen insuficientes, deberán aplicarse tanto la costumbre del lugar y los principios generales del derecho, conforme a su consideración de fuentes del derecho, según se establece en el artículo 1 del Código Civil, como la normativa general relativa a obligaciones y contratos.

B) *AESTIMATUM* O CONTRATO *ESTIMATORIO*

Ha sido considerado el paradigma de los contratos innominados y la figura esencial, junto con la permuta, sobre la que se configura la polémica categoría de contratos. El Digesto le dedica el título tercero del libro diecinueve a la acción estimatoria, *De aestimatoria*, creada para exigir las obligaciones derivadas de este tipo de contrato, y se regula en el derecho mercantil actual con la denominación de contrato estimatorio, considerado especialmente afín a la compraventa mercantil y al contrato de comisión.

Consistía la *aestimatio* en un acuerdo en virtud del cual una persona, *tradens*, entregaba a otra, *accipiens*, una o varias cosas para su venta, en un periodo determinado, con precio tasado, comprometiéndose el *accipiens* a proceder a la venta de la mercancía o en caso de no poder efectuarse ésta a restituir las cosas recibidas. El precio superior que, en su caso, obtuviese el *accipiens* por la venta de las cosas, le pertenecería, en concepto de retribución por la gestión realizada. Esta figura jurídica se encuadraría dentro de los contratos de buena fe. Cabe la venta parcial, es decir, que el *accipiens* no logre vender todas las cosas, en cuyo caso, deberá pagar el precio tasado de las vendidas y proceder a la restitución de las no vendidas.

Se trata de un contrato frecuente entre almacenistas o vendedores al por mayor y minoristas o vendedores ambulantes, que se perfeccionaba desde el momento en que el *tradens* procedía a la entrega efectiva de las mercancías al *accipiens*. Las cuestiones fundamentales que se plantean acerca del contrato estimatorio son las siguientes:

- a) La *clasicidad* de las *acciones*, recogidas en las fuentes, derivadas del contrato.
 - b) El problema de la naturaleza jurídica de la relación que originaba el *aestimum*.
 - c) La polémica acerca de la pertenencia de la propiedad de las mercancías entregadas.
 - d) La cuestión relativa a quien soporta el riesgo o *periculum*, en el caso de pérdida o deterioro de las mercancías, en el periodo de tiempo en que el *accipiens* las tiene en su poder.
- a) La acción que tutela el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta figura jurídica es designada en las fuentes con diversas denominaciones, lo que ha dado lugar a una inacabada polémica doctrinal sobre la clasicidad de

las mismas: *actio in factum*, *actio de aestimato*, *actio aestimatoria*, *actio praescriptis verbis*, *actio de aestimatoria praescriptis verbis*, *actio utilis*.

Mediante la acción derivada del *aestimatum* se trataría fundamentalmente de exigir responsabilidad al *accipiens* por parte del *tradens*, cuando aquél o bien no entrega el precio o bien no procede a la devolución de las mercancías no enajenadas.

Es polémica la doctrina en relación con la tutela procesal del *aestimatum*, sobre si la *actio de aestimato* era una acción clásica y como tal se recogía en el Edicto o si la figura jurídica del *aestimatum* daría lugar a una protección pretoria a través de la vía de las *actiones in factum*. Lenel en su reconstrucción del Edicto cambió de opinión, al entender, en un primer momento, que la *actio de aestimato* habría sido recogida en el Edicto, si bien con posterioridad formula la tesis contraria.

El argumento fundamental a favor de la clasicidad de la *actio* como civil, se encuentra en la propia dicción del capítulo 1º de D. 19.3, relativo a la acción estimatoria en el que Ulpiano a propósito de la duda sobre la naturaleza jurídica de la relación consistente en la entrega para la venta de una cosa con estimación de precio, afirma que en estos supuestos se concede la acción estimatoria de palabras prescritas: «Se propone la acción estimatoria a fin de suprimir una duda, pues se dudó mucho si cuando se da para vender, o bien la acción de conducción, como si yo tomase en arriendo unos servicios, o bien la de mandato. Y pareció mejor que se propusiese esta acción, porque en cuanto se duda acerca del nombre de algún **contrato**, pero conviene, no obstante, que se dé alguna acción, se ha de dar **la acción estimatoria de palabras prescritas** pues hay un negocio civil y ciertamente de buena fe; por lo cual, tiene lugar aquí todo lo dicho respecto a las acciones de buena fe».

En este texto Ulpiano, en sus Comentarios al Edicto, afirma que el supuesto de entrega de cosas para su venta con precio tasado es un contrato, y que la acción que se deriva del éste es la *actio aestimatoria*. En el mismo sentido, en un texto en el que la cuestión central planteada es la atribución del riesgo en los supuestos de pérdida de la cosa Labeón caracteriza de igual modo como contrato independiente de la compraventa un caso de entrega de piedras preciosas con precio tasado, si bien, señala que la acción para exigir el cumplimiento de lo acordado es la *actio praescriptis verbis*, así en D. 19.5.17.1: «Si te diere unas piedras preciosas para que las devuelvas a su precio y perecieren antes de la venta, ¿de quién será el riesgo de ese perecimiento? Y dice Labeón y Pomponio también lo escribió así, que si yo como vendedor, te solicité, el

riesgo es mío, pero si eres tú quien has solicitado, será tuyo; si no solicitó ninguno de los dos, sino que solamente consentimos, estarás obligado tú a responder de dolo y culpa. **La acción por esta causa será ciertamente la de palabras prescritas».**

Finalmente, el propio Ulpiano, en otro supuesto de venta con precio tasado, vuelve a configurar la relación jurídica como independiente de los contratos típicos, y en este caso establece que la protección se producirá por la vía de la pretoria *actio in factum*, así en D. 19.5.13.pr.: «Si te dí un cierto precio una cosa para que, si la vendieras, te quedares con aquello que la hubieses vendido de más, se dice que no hay acción de mandato, ni de sociedad, sino por el hecho (*sed in factum*), como si hubiese otro negocio distinto...».

Cabría señalar, por tanto, respecto de esta primera cuestión controvertida, que la convención consistente en la entrega, para su venta, de cosas con precio tasado, se habría ya desvinculado de la compraventa en la época clásica, dando lugar a supuestos en los que el incumplimiento de la obligación contraída, habría sido exigible a través de la vía pretoria de las *actiones in factum*, y que con posterioridad, la consideración de buena fe de la relación jurídica existente habría supuesto la configuración de una fórmula especial civil de buena fe, distinta de las ya existentes, que habría dado por concluida la polémica sobre la naturaleza jurídica de la figura.

A esta conceptualización de negocio civil de buena fe y a la aplicación, en consecuencia, de todo lo establecido respecto a las acciones de buena fe, se refiere Ulpiano en el texto ya citado, contenido en D. 19.3.pr., *in fine*, así como en Instituciones de Justiniano, 4, 6, 28, texto en el que el Emperador realiza un elenco de acciones de buena fe entre las que incluye, por cierto, de forma diferenciada, la acción que se da por lo estimado, la que compete por la permuta y la *actio praescriptis verbis*. Probablemente, la sanción independiente de las acciones derivadas del *aestimatum* y de la permuta se deba al carácter paradigmático y esencial de estas figuras dentro de la categoría de contratos innominados.

Son evidentes por otra parte, las oscilaciones de la jurisprudencia en torno a la conformación de la acción como *in factum*, *aestimatoria* y *praescriptis verbis*. Probablemente, habrían sido los compiladores justinianos quienes habrían unificado las varias acciones en la *actio praescriptis verbis*.

b) En relación con la segunda cuestión, relativa a la naturaleza jurídica de la relación que origina el *aestimatum*, ya se ha señalado, el debate existente en la época clásica, al que se refiere Ulpiano en D. 19.3.pr., acerca de si la en-

trega de una cosa con precio estimado para su venta, debía ser considerada una venta, un arrendamiento de servicios o un mandato de enajenar y la resolución de la duda favorable a la idea de que se trataba de una figura jurídica contractual desligada de las anteriores, que daba lugar al nacimiento de una acción con características propias, la *actio praescriptis verbis*, dirigida a la ejecución de lo acordado.

Asimismo, Ulpiano en D. 19.5.13.pr., considera que en el supuesto de entrega para su venta de una cosa con precio tasado «...no hay acción de sociedad, ni de mandato, sino por el hecho, como si hubiese otro negocio distinto, porque los mandatos deben ser gratuitos y no hay sociedad respecto al que no se tomo como socio de la enajenación, sino que se reservó cierto precio».

Se considera por tanto superada, ya en la propia etapa clásica, la doctrina sabiniana conforme a la cual la *aestimatio* sería un supuesto de compraventa, que daría lugar al ejercicio de una *actio ex vendito propter aestimationem*.

Reproducida en la Pandectística la polémica respecto a la naturaleza jurídica de este supuesto, en torno a su posible configuración como compraventa, arrendamiento, sociedad o mandato, se acaba por considerar que se trata de un contrato independiente, conformación con la que llega al derecho actual.

c) En relación con la cuestión relativa a la propiedad de las mercancías consignadas, ya desde la época de los glosadores, se ha polemizado entre aquellos autores que estiman que las mercaderías pertenecerían al que las entrega para que sean vendidas y aquellos otros que opinan que serían propiedad del *accipiens*, desde el momento en que los recibe para proceder a su venta, si bien es mayoritaria la doctrina partidaria del primero de los puntos de vista, solución que se recoge en derecho actual, en el que se establece que no se entrega la propiedad de la mercancía, sino que se atribuye al accipiente un poder de disposición sobre la cosa que recibe.

d) Finalmente, en relación con la asunción del *periculum* o riesgos sufridos por la cosa mientras permanezca en poder del accipiente, Ulpiano, en D. 19.3.1.1, afirma que «...la estimación hace que el riesgo sea de aquél que aceptó, pues debe devolver la misma cosa incólume o la estimación que se acordó».

En el mismo sentido Ulpiano en el mencionado D. 19.5.17.1, atribuye al accipiente el riesgo del perecimiento de las cosas recibidas al afirmar que «Si te diere unas piedras preciosas para que las devuelvas o su precio, y perecieren antes de la venta ¿de quien será el riesgo de ese perecimiento? Y dice Labeón, y Pomponio también lo escribió así, que si yo como vendedor, te solicité, el

riesgo es mío, pero si eres tu quien me has solicitado, será tuyo; si no solicitó ninguno de los dos, sino que solamente consentimos, estarás obligado tú a responder solamente de dolo y de culpa...». Esta solución se recoge asimismo en Sentencias de Paulo 2, 4, 4 y con esta caracterización ha pasado a los Códigos modernos, en los que se establece que el *accipiens* corre con los riesgos de la cosa recibida en tanto en cuanto ésta permanezca en su poder.

BIBLIOGRAFÍA

A propósito de la permuta

- ARIAS BONET, *Sobre las relaciones entre permuta y compraventa en el Derecho Romano*, en Estudios en Homenaje a Ignacio Serrano, II, Valladolid 1965, pp. 15-25.
- DE LA ROSA, P., *La permuta. Desde Roma al Derecho español actual*. Madrid 1976.
- LACOUR-GAYET, *Histoire du Commerce, I*, Paris 1950.
- CARRERAS Y GONZALEZ, *Tratado de Economía Política*, Madrid 1874.
- HUVELIN, *Etudes d'histoire du Droit comercial romain*, Paris 1929.
- GANAT, sub voce mercator, *Darenbert-Saglio, III/2*, pp. 1736-1745; *Mercatura*. Ibid III/2, pp. 1769-1777; *Negotiatur*, ibid IV/I, pp. 44-47.
- PAOLI, *Urbs, La vida en la Roma antigua*. Trad. Farron, Barcelona 1964.
- ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1961
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la emptio-venditio romana*, 3ª ed. Madrid 1993
- BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino 1972.
- CALONGE, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho Romano*. Salamanca 1968.
- GLUCK, *Commentario alle Pandette. Libro XVI*, traducido y anotado por U. Greco. Milano 1901.
- MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum de Paulo*. Studi in onore di P. De Francisci II, Milano 1956, pp. 357 ss.
- ALBALADEJO, *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*. Estudios de Derecho Civil, Barcelona 1955, pp. 141-235.
- BALZARINI, sub voce *permuta*, NNDI, Torino, 1965 pp. 992-995.
- BASSOLS, *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español, 1812-1956*, Madrid 1973.
- BESIA, sub voce *permuta*, DI, XVIII-2º, Torino 1906.1912, pp. 445-470.
- CARCEBER, *Teoría y practica de la reparcelación*. Madrid 1969.
- CARRETERO, *La ley de permutas forzosas*, RCDI, 1960, pp. 194-242.
- DE LOS MOZOS, *Urbanismo y Derecho*, RDP, 1973, pp. 989-1001
- GONZÁLEZ PÉREZ, *La concentración parcelaria*, ADC, 1953.
- LEMERCIER, *De l'échange en Droit romain e en Droit français*. Paris 1879.
- LENORNANT, sub voce *permuta*, *Darenberg-Saglio, IV/1*, Graz 1963, pp. 367-368.
- MELON, *El contrato de permuta en el Código civil*, RDP, 45, 1961, pp. 707-719.

- MERINO, *La permuta de viviendas alquiladas en el Derecho francés*, RDN, 76, 1972, pp. 437-452.
- MERINO, *La permuta en el Derecho egipcio. Estudio crítico de ciertos papiros*, RDN, 75, 1972, pp. 87-108.
- MEYLAN, *Permutatio rerum*, en *Ius et lex*, Basel 1959, pp. 45-63.
- VOLTERRA, *In tema di permutatio dotis*, RIL, 66, Milano 1933.
- ORTEGA, *Dotis dictio*, Bologna 1975.
- TROPLONZ, *Permuta e locazione*, Napoli 1859.
- DE FRANCISCI, *Sinalagma: storia e dottrina dei c. d. contratti innominati*, 2 vols., Pavia 1913-1916.
- BURDESE. *Observacione in tema di c. d. contratti innominati*, Estudios-Homenaje a J. Iglesias, I, pp. 127-155.
- MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid 1978.
- SERRANO CHAMORRO, *La jurisprudencia en el contrato de cambio de solar por edificación futura*, Pamplona 2001.
- ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*. Tomo II, vol. 2º, Barcelona 1997
- DIEZ-PICAZO, *El concepto de causa en el negocio jurídico*, ADC, 1963, pp. 3-32.
- FERNÁNDEZ CERTALES, en *Comentarios al Código Civil*, coord.. R. Bercovitz, 2001, pp. 1782-1787.
- RASCON, *Reescisión de los contratos por lesión*. León 2001.
- NUÑEZ MUÑIZ, Mª Carmen, *La aportación del solar*, 2002.
- PLANA ARNALDOS, Mª Carmen, *Cesión de solar a cambio de obra futura*, 2002.
- GAETANO, G. *La compraventita e i contratti affini riporto, permuta, contratto estimatorio, somministrazione*, 1960.
- RUDA GONZALEZ, Albert. *El contrato de cesión de suelo por obra*, 2002.
- GIANNATTASIO, Carlo. *La permuta; il contratto estimatorio; la somministrazione* 1960.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana. *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos* 1997.
- BALZARINI, M. Voce «Permuta» [Diritto romano] en *Novissimo Digesto Italiano XII*, Torino 1965.
- SEGRE' G. *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica*. Scritti di diritto romano, a cura di N. SCAPINI, con prefazione di G. GROSSO Torino, Giappichelli 1974.
- VISMARA G. *Note sulla permuta nelle fonti romano-barbariche* en *Mélanges R. Aubenas* [Recueil de Mémoires et travaux, Fac. Dr. et Sc. Écon. Univ. Montpellier, 9], Montpellier 1974.
- SITZIAF. Voce 'permuta' (Dir. rom.) Enciclopedia del Dir. XXXIII, Milano, Giuffrè 1983.

A propósito del contrato estimatorio

- COTTINO, Gastote. *Comentario del Codice civile. Libro quarto. Delle obbligación. Del contratto estimatorio. Della somministrazione art. 1556-1570*, 1970.
- MUÑOZ PLANAS, José María. *El contrato estimatorio* 1963.
- LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio. *El contrato estimatorio (depósito en comisión de venta, venta condicional ...)* Madrid 1997.

- ALEMÁN MONTERREAL, Ana. *El contrato estimatorio desde el derecho romano a su regulación actual* 2002.
- BALBI, Giovanni. *Il contratto estimatorio* 1960.
- SARALE, Marcella. *Il contratto estimatorio tra vendita e atipicità* 1991.
- GIANNATTASIO, Carlo. *La permuta; il contratto estimatorio; la somministrazione* 1960.
- DE MARTINI, Angelo. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio* 1950.
- ROMANO, Salvatore. *Vendita; Contratto estimatorio*, Milano 1960.
- AYITERK. *The Aestimatum Contract, Maior viginti quinque annis*, Assen 1979.