

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO I

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil
Editores

Capítulo 14



Derecho, Instituciones y Procesos Históricos

XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

ira@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/ira

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo I: 978-9972-42-857-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

EL SISTEMA DEL «*IUS COMMUNE*» EN LA LITERATURA JURÍDICA INDIANA. LA *DATIO IN SOLUTUM* Y EL DERECHO DE RETRACTO EN LA OBRA DE JUAN DE MATIENZO

Emma Montanos Ferrín

A primera vista puede parecer extraño que haya decidido detenerme en el estudio del ejercicio del derecho de retracto parental y de la situación que puede encarnar un *fraus legis* como es la *datio in solutum* ejercida como venta encubierta. No extraña ya tanto si tenemos en cuenta que la puesta en práctica del *retractus* de consanguíneos trata de salvaguardar la entidad y unidad del patrimonio parental; de manera que, aún tratándose de una institución no prevista en el *ius commune*, los juristas —entre ellos Juan de Matienzo— buscan paralelismos jurídicos con otras figuras para poder justificar la puesta en práctica de esta institución, siempre, según hemos de ver, *favor consanguinitatis*. Y, en definitiva, deja, a mi modo de ver, de extrañar, si tenemos además presente que todo el discurso jurídico —doctrinal responde a una realidad que en las Indias debió, sin duda, de ser protegida, como lo había sido en los reinos hispánicos y como lo había sido también en la convivencia jurídica indígena. Y, todo *favor patrimonii domestici*.

El *retractus sanguinis*, como es sabido, es una institución jurídica cuya esencia consiste en proteger la unidad del patrimonio familiar; de tal manera que, si alguno de los familiares pretendiese hacer salir de la familia, mediante una compraventa, una donación o cualquier otra institución de alienación patrimonial, una parte del mismo consistente en uno o varios bienes de naturaleza inmueble, los parientes consanguíneos deben de ser llamados por prelación a ser parte contractual de cualquiera de esos negocios jurídicos. De esta forma se evita la descomposición de la integración patrimonial familiar al resultar adquirida por uno de los familiares la parte que se trata de enajenar. Es evidente que si el criterio de prelación no es respetado por el pariente que decide la enajenación de un bien inmueble, que forma parte del patrimonio parental, y ejerce la alienación del mismo a un tercero extraño a la familia, los consanguíneos tienen el derecho de ejercitar el derecho de retracto para evitar de esta forma que «*exiret res extra familiam et cognationem*»¹ y defender, en consecuencia, el patrimonio familiar.

¿Cómo puede actuar un consanguíneo al que por la razón que sea le interesa llevar a cabo la enajenación de un inmueble a un comprador con el que no tiene vínculo de sangre? ¿Se puede, en realidad, evitar de alguna forma el ejercicio de la prelación con relación a los *consanguinei* y evitar a la vez que alguno de éstos ejerza el derecho de retracto para adquirir mediante compra la propiedad del inmueble enajenado?

¹ Iohannes MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, tít. II, l. 5, *Mantuae Carpentanae* 1580) fol. 367 vb.

Todo parece indicar que sí y tanto es así que la fórmula jurídica empleada por el propietario del inmueble consistiría en llevar a cabo una apariencia jurídica que, evidentemente, constituye *fraus legis*: en primer lugar, asumiría un gran débito con un tercero extraño respecto del cual quedaría obligado; en segundo lugar, no satisfaría en dinero el montante debido y ya, como tercer paso, recurriría al inmueble que entregaría al acreedor como *datio in solutum* del pago debido y no satisfecho al acreedor.

Es evidente que en este caso se trata de una venta simulada y que encarna, por tanto, un fraude a la ley mediante el que se trata de no respetar el orden de prelación consanguínea en la adquisición de inmuebles y de impedir a su vez que un consanguíneo pueda ejercitar el derecho de retracto.

Esta situación de apariencia jurídica encubridora de una violación del *retractus sanguinis* dio origen al desarrollo de una gran problemática y elaboración jurídica por parte de grandes juristas que analizaron la situación desde diversos perfiles.

Uno de los objetivos que constituyeron la discusión se centró en tratar de demostrar si la *datio in solutum* es asimilable desde el punto de vista jurídico a una venta, o no lo es. En general, los juristas están de acuerdo en que las dos figuras jurídicas pueden asimilarse y fundamentan la afirmación en dos razones: la primera, para evitar la constitución de un fraude de ley; y la segunda y fundamental, para evitar que un bien inmueble salga del patrimonio parental al dejar de esta manera abierta la posibilidad de que los parientes consanguíneos lo adquieran por prelación o por ejercicio del derecho de retracto. Al tratarse la *datio in solutum* de una figura jurídica similar a la compraventa, los parientes pueden a través del ejercicio de su derecho de retracto adquirir el bien inmueble y conservar de esta forma la integración del montante de bienes de la familia.

Antes de nada debemos de tener presente que ni el orden de prelación ni el derecho de retracto son figuras jurídicas contempladas en el *ius commune*. Juan de Matienzo lo dice de forma expresa en el desarrollo de la *Glossa VII* correspondiente al Título II del Libro 5 de sus *Commentaria*,² cuando a propósito del derecho de retracto ejercido por los parientes afirma que: «*est exorbitans a iure communi*»³ en el aspecto que estamos examinando: la venta de bien inmueble como *datio in solutum*. Ambas son figuras que proceden del contenido del *ius proprium* conformado por los *statuta*, la *consuetudo* y las disposiciones reales de Castilla. Insiste en esta declaración cuando determina que todas las veces que el estatuto o la costumbre hablan de retracto, se debe de entender que lo hacen también de la *datio in solutum*.⁴ En este sentido conviene no perder de vista, ya de entrada, la afirmación de nuestro jurista cuando dice

² *Ibidem*.

³ MATIENZO [1], *Commentaria* nr. 2, fol. 367rb.: «*moventur vel ex eo quod statutum vel consuetudo admittens consanguineum vel vicinum ad retractum exorbitans a iure communi*».

⁴ MATIENZO [1], *Commentaria*, nr. 3, fol. 367va: «*Quibus autoritatibus et ratione subnixi, statutum seu consuetudinem retractus, etiam si de venditione simpliciter loquatur, habere locum in datione in solutum*».

que las leyes reales de Castilla son llamadas *ius commune* en el reino,⁵ pues hemos de ver el significado que alcanza.

Pero, de todo lo dicho, resulta claro que sin el uso del derecho común esta problemática relativa al ejercicio de la prelación parental en la adquisición de inmuebles familiares y al *retractus sanguinis* no habría podido ser objeto de discusión jurídica ni tampoco se hubiera podido llegar a su resolución. Y, precisamente para acercar una *solutio*, los juristas recurren en particular a la utilización de *figurae* como la compraventa y la *datio in solutum* que comprometen la unidad del patrimonio familiar lo mismo que la venta, ya que quedaría el bien inmueble *extra familiam et cognitionem*.

Juan de Matienzo da comienzo al desarrollo de la *Glossa VII* planteando la siguiente interrogante: si el «*retractus habeat locum in datione in solutum*».⁶ Después afirma que «*lex ista loquitur in venditione*» y advierte que la «*questio est ambigua et disputabilis*».⁷ Afronta la problemática a la que dedica amplio espacio de su obra aportando para su resolución las consideraciones de grandes juristas del *ius commune* que articula con el contenido de disposiciones reales de Castilla, no en vano: «*leges regni Castellae ius commune appellantur in regno*».⁸ A mi modo de ver esta afirmación es muy importante porque encierra toda la sustancia de la forma de elaborar su obra jurídica. Para Juan de Matienzo es claro que el contenido del *ius commune* no coincide con el de la legislación real; por esto dice que las leyes del reino de Castilla se llaman derecho común en el reino. El jurista indiano tiene gran conocimiento del *ius commune* y precisamente porque lo tiene hace esa referencia. Como veremos a lo largo de esta aportación mía, y lo hemos visto ya en una anterior,⁹ Matienzo considera que el derecho común no es el derecho castellano sino el vasto mundo de leyes y de cultura jurídica europea que conoce y maneja perfectamente. De esta manera, basando toda su argumentación en *auctoritates* procedentes en su mayor parte del mundo del *ius commune* y de lo que parece saber muy bien que no es derecho común, sino *ius proprium* (el contenido de la legislación real, de los *statuta* y de la *consuetudo*) lleva a cabo una magnífica elaboración jurídica del *retractus sanguinis* —del que afirma que: «*est exorbitans a iure communi*»¹⁰ —en el aspecto que estamos examinando: la alienación de bien inmueble como *datio in solutum*.

En primer lugar, como se debe partir, él parte de la diferenciación entre *datio in solutum* voluntaria que es la que se desarrolla cuando «*species datur in solutum pro quantitate*»¹¹

⁵ MATIENZO [1], *Commentaria*, nr. 2, fol. 366vb.: «*leges regni Castellae ius commune appellantur in regno*».

⁶ MATIENZO [1], *Commentaria*, fol. 366v.

⁷ MATIENZO [1], *Commentaria*, fol. 366v.

⁸ MATIENZO [1], *Commentaria*, fol. 366v.

⁹ Emma MONTANOS FERRÍN, *El sistema de 'ius commune' en la literatura jurídica indiana. El mayorazgo en la obra de Matienzo*, RIDC 11 (2000) 33-43. Véase también, Manlio BELLOMO, *Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?*, RIDC 11 (2000) 21-33.

¹⁰ MATIENZO [1], *Commentaria*, fol. 367r.: «*moventur vel ex eo quod statutum vel consuetudo admittens consanguineum vel vicinum ad retractum exorbitans a iure communi*».

¹¹ MATIENZO [1], *Commentaria*, fol. 367r.

y la *datio in solutum* necesaria que entra en juego como respuesta a una decisión judicial. Es contundente al afirmar que la institución que opera en el supuesto de un bien «*in solutum datum*» de forma voluntaria es similar a la compra, porque funciona como una venta y sustituye formalmente a una venta¹² y basa la rotundidad de esta asimilación de figuras en la auctoritas de Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi y Paolo di Castro.¹³

El problema se plantea en el ámbito judicial. Aquí, en el derecho actual nos podríamos encontrar ante dos situaciones: que la *datio in solutum* resulte impuesta por el juez a una determinada persona que haya perpetrado un acto delictivo por el que como pena venga obligado a satisfacer una cantidad a la persona ofendida y no teniendo dinero el juez le ordene dar como *solutum* un bien patrimonial. En este caso es claro que la persona que entrega el bien no pretende cometer un fraude de ley, sino que está obligada a cumplir una decisión judicial en satisfacción de una pena por la comisión de un delito. Se trataría en ese supuesto de una *datio in solutum* necesaria y desarrollada en el ámbito del derecho penal.

La segunda hipótesis tiene lugar cuando la *datio in solutum* opera como respuesta a una decisión judicial dada en el supuesto de una deuda insatisfecha y reclamada a este nivel. Esta situación es la única que contempla Juan de Matienzo como *datio in solutum* necesaria y prevista en el campo del derecho penal no en el del derecho privado como resultaría en nuestro sistemático ordenamiento jurídico codificado. Se trata de un comportamiento bien distinto: el bien patrimonial sale de la familia, porque uno de los parientes habiendo contraído una deuda y no satisfaciéndola da pie a que el acreedor se la reclame judicialmente y a que el juez ordene que el deudor resuelva su deuda, no teniendo dinero, con uno de sus bienes. Y es en este supuesto en donde de forma más fácil se puede cometer un fraude a la ley («*quia facillime fraus fieret huic legi*»);¹⁴ porque puede ocurrir que se llegue entre el consanguíneo, que quiere vender un bien patrimonial fuera de la familia, y el comprador, que quiere comprar, a un acuerdo tácito de venta. La situación fraudulenta vendría determinada, según nuestro jurista, por un previo mutuo que una persona recibe «*ad defraudandum consanguineum*» del comprador, al que no pagándole en dinero le da *in solutum* el fundo familiar por la cantidad que le debe. De forma muy expresiva refiere como ejemplo la situación en la que: «*Titius pro mille aureis, quos venditor fingeret, ad defraudandum consanguineum, se mutuo accepisse ab emptore, eique in solutum prestitisse fundum pro ea quantitate, cui fraudi esse obviandum*».¹⁵ Resulta evidente que de esta forma el bien saldría de la familia como pago de una deuda pero también es evidente que el deudor pudo recurrir a esta solución como simulación y en fraude de una venta real a un extraño, que le estaría prohibida por tratarse de un bien patrimonial al que con preferencia estarían llamados los

¹² MATIENZO [1], *Commentaria*, fol. 367r-367v: «... quilibet alius locum habeat in datione in solutum voluntaria, quando species datur in solutum por quantitate, nam huiusmodi in solutum datio similis est emptioni, seu vicem venditionis obtinet...».

¹³ MATIENZO [1], *Commentaria*, nr. 2, fol. 367va.

¹⁴ MATIENZO [1], *Commentaria*, nr. 4, fol. 367va.

¹⁵ MATIENZO [1], *Commentaria*, nr. 4, fol. 367va.

consanguíneos. Recurre el jurista indiano en este caso como paralelismo o apoyatura dispositiva a diversas consideraciones de Ulpiano contenidas en fragmentos del *Digestum*: como el incardinado en la l. *si cum lis* en el que dispone, a propósito de transacciones de alimentos, que no vale la transacción realizada sobre un litigio de alimentos sin consultar al pretor, porque podrían fingirse litigios para hacer la transacción sobre ellos sin la autoridad del pretor;¹⁶ o aquel en el que en sede «de litigiosis» contempla la situación que puede ocurrir cuando dos personas convienen litigar para perjudicar a una tercera sin que ninguna de las dos estuviera en condiciones de poder litigar contra esa tercera;¹⁷ u otro en el que refiere que cuanto mayor es el peligro más se debe defender el interés de una persona.¹⁸ Juan de Matienzo cuando utiliza estos textos y otros contenidos en el *Codex* —como la l. *meminerint*—,¹⁹ a la vez que demuestra su gran conocimiento del *Corpus iuris civilis*, avala la consideración que tiene sobre la *datio in solutum* como precio a satisfacer por una deuda contraída y que enmascara una venta hecha en fraude de los consanguíneos.

El jurista indiano maneja con gran soltura la obra de los grandes comentaristas y tratadistas de derecho civil y de derecho canónico a los que acude también como *auctoritates* para configurar su propio comentario acerca de que la *datio in solutum* en el supuesto que nos ocupa es equiparable a la venta. De esta manera apela a doctores como Oldrado da Ponte, Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, quienes de forma general consideran, según Matienzo, que todo lo que es aplicable a la compraventa, lo es también a la *datio in solutum*.²⁰

Resulta en este sentido sumamente explícito Oldrado da Ponte cuando en el desarrollo de una *quaestio* dice que: «*datio in solutum vim venditionis habet*»²¹ y en consecuencia y de la misma forma que la venta y por los mismos motivos puede ser rescindida dicha donación dada *in solutum*. En general, los comentarios de los juristas se

¹⁶ D.2.15.8.20: «*Si cum lis quidem esset de alimentis, transactum autem de lite fuisset: transactio valere inconsulto praetore non potest, ne circumveniatur oratio, fingi enim lites poterunt, ut transactio etiam citra praetoris fiat auctoritatem*».

¹⁷ D.44.6.1: «*videamus, an exceptioni locus sit, et putem subveniendum mihi, quia is, qui mihi vendidit, nullam litem inter se iungant, qui cum ipso litigare non poterant*».

¹⁸ D.37.10.1.5: «*Sed et si quis [...] nam vel magis consulendum est his quibus maius periculum intenditur, nam si aliter observetur, inventa erit ratio, quemadmodum audacissimus quisque maiore iniuria inpuberem adficiat, quod et plura et graviora de eo mentiatur*».

¹⁹ C.8.4.1.

²⁰ MATIENZO [1], *Commentaria*, nr. 3, fol. 367va: «*Ubi ex hoc dixit generaliter, quicquid de venditione dicitur et in datione in solutum habere locum*».

²¹ Oldrado DA PONTE, *Consilia seu responsa et quaestiones aureae, Consilium 37* nr. 3 (Venetiis 1571) fol. 13vb - 14ra: «*Ad tertiam quaestionem, qua queritur, cum domina G. de cepta fuerit ultram dimidiam iusti praetii in datione in solutum, utrum possit petere talem dationem rescindi, vel iustum praetium suppleri, dicendum videtur, propter sic, quia talis datio in solutum vim venditionis habet, non quidem a vendente procedentis sed ab eo, cuius res erat int ff. de evic. l. si plus. § si iussu fami. ercis. l. qui erat. de distrae. pign. l. rescriptum § si alienam, et C. de evic. l. si praedium et l. si ob causam*».

centran en torno al contenido de la l. libera (C.7.45.8) que se refiere de forma indistinta con relación a la cosa entregada por causa de compra o *in solutum creditorum*.²²

En efecto, Cino da Pistoia se expresa con suma claridad en este sentido cuando, a propósito de las posibilidades de ejercer la acción pignoratícia o bien la acción de evicción por parte del acreedor,²³ relata las situaciones diversas que pueden plantearse como *datio in solutum* —especie por especie o dinero por cosa—²⁴ y dice que al respecto los *doctores moderni* advierten que esa *solutio* es imperfecta porque el deudor puede dar cosa por dinero, o género por género, o cosa por género y en estos casos el acreedor puede ejercer contra el deudor la acción de evicción.²⁵ Es decir, se añade un supuesto más que es justamente el que nos interesa: dar una cosa por dinero. Señala a propósito que en estos tres casos la *ratio* consiste en que cuando se da una cosa por dinero, se entiende que ha sido hecha una venta por tanta suma como la cantidad debida, por lo que debe de entenderse que se ha efectuado una venta por ese dinero y de esta forma se ha compensado la deuda,²⁶ de tal manera que cabe también el ejercicio de la acción de evicción.²⁷ Puede desprenderse perfectamente de esta interpretación que para Cino resulta claro que la *datio in solutum* y la venta son figuras similares y que producen similares efectos jurídicos.

Resulta sumamente claro Bartolo cuando al comentar la l. libera (C.7.45.8) y a propósito de la posibilidad de entablar acciones por parte del acreedor determina que la cosa que es dada como pago es como si hubiera sido vendida e insiste con la expresión «*in solutum datio similis est emptioni*»;²⁸ por esta razón el acreedor puede, si se plantea la necesidad, utilizar la acción de compra contra el deudor en base a la l. *eleganter*.²⁹ Matiza

²² C.7.45.8: «*Libera quidem Theodota, quam ex emptio causa vel in solutum creditori traditam proponis, pronuntiata citra provocationis auxilium sententia rescindi non potes*».

²³ Sobre este problema concreto, CINO DA PISTOIA, *Lectura super C.7.45.8, de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum, l. libera* (Francoforti 1578 = ed. anast. Roma 1998) fol. 456ra. Remite a la l. *eleganter*, D.13.7.24, y a la l. *praedium* (C.8.44.4). Este último paso me parece singularmente expresivo en el punto comentado: «*Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit, nam eiusmodi contractus vicem venditionis*».

²⁴ DA PISTOIA [23], C.7.45.8, *de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum, l. libera*. fol.456 ra.

²⁵ DA PISTOIA [23], C.7.45.8, *de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum, l. libera*., fol. 456 ra: «*Quidam moderni dicunt, quod haec solutio est imperfecta, et ideo dicunt, debitor dedit rem pro pecunia, vel genus pro genere, vel rem pro genere: tunc in istis casibus, si data res evicantur, creditor ageret contra debitorem*».

²⁶ DA PISTOIA [23], C.7.45.8, *de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum, l. libera*. fol. 456 ra: «*Ratio est, secundum quosdam, quia ubi datur res pro pecunia, videtur venditio facta pro tanta summa, quanta debetur, unde ex quo aequalis est summa hincinde, quia ex venditione tenetur ad tantam pecuniam, videtur compensatio esse facta, quae es similis solutioni*».

²⁷ DA PISTOIA [23], *Lectura super C.7.45.8, de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum, l. libera*., fol. 456 rb: «*Haec vera egulariter, sed fallit, ubi res data est pro pecu. nam tunc licet non sit facta accipiendis, non agitur pristina actione, sed agitur de evictione, ut in l. contraria*».

²⁸ Bartolo DA SASSOFERRATO, *Commentaria in D.13.7.24, de pignoratícia actione vel contra, l. eleganter* (Veneitiis 1584 = ed. anast. Roma 1998) fol. 67vb: «*No. Secundum quod re data in solutum, et evicta, durat actio prima ad debitum. Contra hoc oppo. Immo videtur agendum utili ex empto, quia in solutum datio similis est emptio*».

²⁹ D.13.7.24 pr.: «*Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pignoratíam, et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu*

e insiste en esta similitud jurídico institucional cuando hace la diferenciación entre la situación jurídica que se origina cuando es dada *in solutum* especie por especie, que no puede ser considerada una compra —se trataría de una permuta—, y sin embargo al contrario, sí estamos ante una venta cuando *in solutum* se da una cosa por dinero.³⁰

Insiste este jurista en esta similitud jurídica al comentar la l. *si quis aliam rem*³¹ en la que Marciano determina que si alguien, con el consentimiento del acreedor, hubiera pagado una cosa por quien la debía y la cosa entregada fuera objeto de evicción, perduraría la antigua obligación; incluso si hubiera dado por su deuda dos fundos, al producirse la evicción por uno de ellos, perdura la obligación íntegra.³² A este propósito insiste Bartolo cuando manifiesta que hasta el momento en que es recibida la cosa por parte del acreedor no queda el deudor liberado de la primera obligación y en el caso de que se haya resuelto dar una cosa por dinero «est quidam emptio»³³ siendo necesaria la *traditio*.³⁴ Se reitera de nuevo este comentarista en este mismo matiz al comentar la l. *eleganter* y la l. *qui res*³⁵ en donde entra en juego el *favor dotis* y decide Paulo a este respecto que la cosa pagada como dote bajo condición no libera al deudor si no es por su eventual resultado, es decir cuando es seguro que las cosas seguirán siendo del que las recibió;³⁶ y en paralelo a esto Bartolo considera que cuando se da una cosa para liberar una deuda «non pariat ab actione prima».³⁷ Y llega este comentarista a la misma conclusión a propósito de la l. *qui concubinam*,³⁸ en donde Paulo determina que el legado solo

recessum immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur».

³⁰ DA SASSOFERRATO [28], *Commentaria in D.13.7.24, de pigneraticia actione vel contra*, l. *eleganter*, fol. 67vb: «*Ista vera est verissima, quod hic fuit data in solutum species pro specie ideo emptio esse non potest. In contrario fuit data in solutum res pro pecunia, § vide hanc sol...*».

³¹ D.46.3.46.

³² D.46.3.46: «*Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio, etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret. Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio, tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis. Sed et si quis per dolum pluris aestimatum fundum in solutum dederit, non liberatur, nisi id quod deest repleatur*».

³³ DA SASSOFERRATO [28], *Commentaria in D.46.3.46, de solutionibus et liberationibus*, l. *si quis aliam rem*, fol. 85vb: «*Unde si rem accipientis non faceret, non fuit a prima obligatione liberatus: sed quando solvitur spes per pecunia, est quidam emptio*».

³⁴ DA SASSOFERRATO [28], *Commentaria in D.46.3.46, de solutionibus et liberationibus*, l. *si quis aliam rem*, fol. 85vb: «*tenetur ad tradendum, unde eo ipso post tradidit, fuit liberatus*».

³⁵ D.46.3.98.

³⁶ D.46.3.98: «*Qui res suas obligavit, postea aliquam possessionem ex his pro filia sua dotem promittendo obligavit et solvit. Si ea res a creditore evicta est, dicendum est maritum ex dotis promissione agere posse, ac si statu liberum remve sub conditione legatam dotis nomine pro filia pater solvisset; harum enim rerum solutio non potest nisi ex eventu liberare, scilicet quo casu certum erit remanere eas*».

³⁷ DA SASSOFERRATO [28], *Commentaria in D.13.7.24, de pigneraticia actione vel contra*, l. *eleganter*, fol. 85vb: «*Istud dictum est propter tex in d.l. eleganter, in prin. ubi dicitur propter tollitur actio prima: dico ad d.l. qui res, que est speciale ibi favore dotis, ut spes, per pecunia soluta liberationem non pariat ab actione prima*».

³⁸ D.32.1.29.3: «*Si heres tibi servo generaliter legato Stichum tradiderit isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis: et hoc*

se cumple cuando el heredero hace entrega de la cosa al legatario de manera que este la pueda retener para sí; de otra manera, el legatario puede demandar con la acción de cumplimiento de legado. Todos estos comentarios de Bartolo surgen a propósito de la situación que tiene lugar en el momento en el que aquello que ha sido dado *in solutum* resulta ser objeto de evicción; y lo primero que hay que tener en cuenta es que, como en la venta, la cosa dada como pago de una deuda ha de ser entregada de forma que quien la recibe la pueda retener para sí y de no ser así, y de igual modo que el vendedor, el acreedor dispone del ejercicio de acciones concretas.

Baldo degli Ubaldi dedica un extenso comentario al contenido de la l. *libera*³⁹ y sigue un razonamiento que en esencia resulta similar a los dos a los que ya he hecho referencia, Cino da Pistoia y Bartolo da Sassoferrato, pero lo matiza de forma personal. En este caso mantiene un pensamiento muy descriptivo, que refiere de forma directa la situación jurídica que puede calificar una cosa dada *in solutum* por una cantidad que ha sido entregada («*pro pecunia numerata*») y que aún es debida por el deudor. En consecuencia, la *datio in solutum* tiene la misma función que el *pactum venditionis* e incluso es necesario que medie consenso acerca del precio⁴⁰ —según la remisión que Baldo hace a una ley contenida en el *Codex*⁴¹ y a otra del *Digestum*—,⁴² por lo que el acreedor en caso necesario puede interponer la acción de compra, dado que se trata de una venta que se diferencia de otras figuras como la permuta. Me parece muy interesante el elemento del precio con el que Baldo argumenta para diferenciar también las figuras de la *datio in solutum* y de la venta de la permuta y resulta también al respecto sumamente esclarecedor el paso del Digesto que utiliza para elaborar su construcción jurídica. En efecto, D.18.1.1 parte del planteamiento de la duda de si puede o no puede existir una venta sin que medie un pago en monedas; Paulo resuelve en el sentido de que en una venta ha de mediar en contraprestación a una mercancía un pago en dinero, porque así como una cosa es vender y otra comprar, uno el comprador y otro el vendedor, así también, una cosa es el precio y otra la mercancía.⁴³ El precio convenido

verum puto, sed hoc amplius ait debere te, priusquam iudicium accipiatur, denunciare heredi. Nam si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio».

³⁹ Baldo DEGLI UBALDI, *Commentaria in C.7.45.8, de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum, l. libera*, fol.50vb – 51ra y 51rb.

⁴⁰ DEGLI UBALDI [39], *Commentaria in C.7.45.8, de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum, l. libera*, fol. 51ra: «*quando res fuit data in solutum pro pecunia numerata, idest debita ad numerum, et hoc apparet propter tex. Dicente, utilis actio ex empto ergo loquitur, quando datio in solutum habebat functionem cum pactum venditionis, ubi necesse est que interveniat consensus circa pretium...*».

⁴¹ C.1.19.8: «*Instrumentorum exempla non prosit precibus adiuxisse, sed necesse sit eorum in supplicatione vim exprimi, ut responsuro principi vera precatio rem aperiat cognoscedam, solis, cum necessitas exegerit, verbis precibus inserendis, quorum de sensu inter partes ita dubitari contigerit, ut etiam merito nostrum expectetur iudicium».*

⁴² D.18.1.1.

⁴³ D.18.1.1.: «*Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tuni- cam acciperem, Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse... sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter*

en la *datio in solutum* es un argumento más en la consideración por parte de Baldo de que esta figura es similar a la compraventa; el objeto de esta última en el supuesto que nos ocupa parte de la consideración de que alguien le debe dinero a alguien y el prestatario resuelve su deuda dando al prestamista el pago en especie «*per liberatione consequenda a pecunia*».⁴⁴ Baldo busca como equivalencia varios fragmentos contenidos en diversos textos del *Digestum* (en sede de de *iure dotium* y de *de transactionibus*).⁴⁵

Juan de Matienzo continúa invocando *ab auctoritate* el criterio de otros juristas para argumentar que todo lo que se dice en relación a la venta simple se puede aplicar a la *datio in solutum*⁴⁶ y remite a los comentarios de Johannes Faber y Alberico da Rosciate a la l. *si praedium*.⁴⁷

En efecto, Alberico da Rosciate a propósito de la l. *si praedium* comenta que la *datio in solutum* equivale a la venta y remite al contenido de una *quaestio*. De esta se desprende que, cuando es vendida una cosa paterna, el próximo agnado la puede recuperar y que lo mismo se puede decir cuando la cosa es dada *in solutum*⁴⁸ según el comentario que este jurista hace sobre la l. *dudum*.⁴⁹ La rúbrica que antecede a sus consideraciones dice que es costumbre que el próximo agnado pueda redimir la venta y que esto mismo tiene lugar en relación a la cosa *in solutum data*.⁵⁰ Al desarrollar esta consideración insiste y pone de relieve que es costumbre generalizada (*in multis civitatibus*) que el próximo agnado pueda recuperar la cosa paterna que ha sido vendida si ofrece el mismo precio, si bien ha de hacerlo en el plazo máximo de un año.⁵¹ Y a continuación manifiesta el paralelismo jurídico entre esta situación de venta y la

emptor, uter venditor sit. Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter abentes contrahi potest et per nuntium et per litteras».

⁴⁴ DEGLI UBALDI [39], *Commentaria in C.7.45.8, de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum*, l. libera. fol. 51ra: «*si debeo tibi pecuniam et solvo speciem: certe ergo non solvo speciem pro pecunia, sed speciem per facto, nam liberatio pro facto annumeratur*».

⁴⁵ Como por ejemplo los contenidos en D.23.3.58 y en D.2.15.8.

⁴⁶ MATIENZO [1], *Commentaria*, nr. 3, fol. 367 va.: «*Quibus auctoritatibus et ratione subnixi, statutum seu consuetudinem retractus, etiam si de venditione simpliciter loquatur, habere locum in datione in solutum, tenent nuncupatim Ioan. Fab. et Alberi. In d. l. si praedium*».

⁴⁷ C.8.44 (45)4: «*Si praedium tibi pro solutio datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit, nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*».

⁴⁸ Alberico DA ROSCIATE, *Commentaria in C.8.44 (45)4, de evictionibus*, l. *si praedium*. fol. 167vb: «*Datio in solutum venditioni equipollet h. D. quod facit quaest. Si statuto caveatur, quod si vendatur res paterna proximior agnans possit recuperare, cum habeat locum, si detur in solutum, de quo dixi sup. de contrahen. emp. l. dudum*».

⁴⁹ C.5.38.14: «*Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent neque homines suo arbitratu vendenda distraherent, sed quia gravis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege causa unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit*».

⁵⁰ DA ROSCIATE [48], 230ra: «*Consuetudo quod propinquior agnatus possit rem venditam redimere, an locum habeat iure in solutum data*».

⁵¹ DA ROSCIATE [48], *Comm. in C.8.44 (45)4, de evictionibus*, l. *si praedium*. fol. 230 ra: «*est consuetudo scripta Bergom, et in multis civitatibus, quod si quis vendat rem paternam, irrequisito proximior agnato, propter agnatus potest eam ab emptore recuperare usque ad annum, oblato precio*».

que tiene lugar cuando la cosa paterna es dada *in solutum creditori*; en este caso, el próximo agnado puede recuperarla del acreedor en las mismas condiciones que hemos visto en la situación de venta.⁵²

El jurista indiano nos aporta otra indicación acerca de los comentarios realizados por Alberico da Rosciate y Giason del Mayno a la l. *caetera*⁵³ y que sirven, según me parece, para avalar la firmeza y solidez de la comunidad patrimonial. El planteamiento de esta ley gira en torno a lo que puede constituir legado —cosas corporales, derechos y servidumbres— y aquello otro que, por estar unido a un edificio, no puede legarse;⁵⁴ por esto no pueden legarse, por ejemplo, ni los cuadros unidos a las paredes ni los relieves empotrados; sin embargo, si el testador colocó alguna de estas cosas, separándolas por tanto, para pasarlas a otra casa, si que puede constituir legado sobre ellas que, en definitiva, ya no formarían parte de una unidad. He leído el pensamiento de Alberico da Rosciate⁵⁵ y de Yason del Mayno⁵⁶ sobre la l. *caetera* siguiendo la indicación de Juan de Matienzo y no he encontrado ninguna referencia específica a la *datio in solutum* ni al ejercicio del derecho de retracto por parte de los consanguíneos. Es muy probable que Juan de Matienzo haya utilizado como paralelismo jurídico estos comentarios; es decir, pienso que la idea esencial de estos es poner en evidencia que no se puede constituir en legado una cosa que está unida o forma parte de otra, porque se rompería esa unidad y de la misma forma no se puede enajenar fuera de la familia algo que constituye un bien familiar —que es la situación en que se encontraría un bien patrimonial dado *in solutum*—, porque se rompería la unidad patrimonial familiar.

Es de esta forma cómo el *ius commune* sirve para afrontar el *retractus sanguinis* que es regulado por el *ius proprium*: el derecho común no habla del retracto, pero sí lo hace de la venta; como todo lo que se refiere a la venta, según anteriormente hemos dicho, sirve para aplicar a la *datio in solutum*, se liga el *ius commune* con el *ius proprium*. Es así como el derecho común sirve para afrontar el retracto que es derecho propio y es lo que hace Juan de Matienzo en el desarrollo de su obra.

«Ad fundamenta contraria» nuestro jurista se hace eco del problema de interpretación del contenido estatutario; en concreto, si las palabras contenidas en los estatutos se deben de interpretar o no *iuxta propria significatione*⁵⁷ y determina que en

⁵² DA ROSCIATE [48], *Comm. in C.8.44(45)4, de evictionibus, l. si praedium*. fol. 230ra: «... *Sed an talis consuetudo locum haberet, si daretur res in solutum creditori ut proximor agnatus posset a creditore recuperare*».
⁵³ D.30.41.14.

⁵⁴ D.30.41 pr: «*Cetera igitur praeter haec videamus, et quidem corpora legari omnia et iura et servitutes possunt. 1. Sed ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt, quia haec legari non posse senatus censuit Aviola et Pansa consulibus*».

⁵⁵ DA ROSCIATE [48], *Comm. in D.30.41.pr.*, fol. 12 vb – 13ra.

⁵⁶ IASON DEL MAYNO, *Comm. in D.30.41.pr.*, fol. 59rb – 60ra.

⁵⁷ Acerca de esta problemática de interpretación relativa al contenido de las disposiciones estatutarias praeter *ius commune*, véase de forma específica, V. Piano Mortari, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*. I. Premesse (Milano 1956) 167-183.

general se deben de interpretar según su propio significado.⁵⁸ Apoya esta conclusión en un fragmento de Ulpiano a propósito de *executoria actione*⁵⁹ y en otro de Marcelo con relación a *de legatis et fideicommissis*⁶⁰ que me parece muy expresivo y que se refiere, fundamentalmente, a que no se debe abandonar el sentido de los términos más que cuando es evidente que era otra la intención del testador.

¿Por qué se plantea Juan de Matienzo esta cuestión? Porque se podría interpretar de diversa forma y, evidentemente, todo el planteamiento que se hace a propósito del contenido de los estatutos cambiaría.

El posicionamiento interpretativo sobre el significado de las palabras incluidas en los estatutos lo encuadra de esta forma: primero, manifiesta la existencia de algunos que mantienen que solo está consentido llevar a cabo una interpretación absolutamente restrictiva del contenido estatutario; es decir, que debe de ser determinado con su justa y propia interpretación. En cambio, Juan de Matienzo observa que si bien esta sería la regla general, sin embargo deben de respetarse dos situaciones excepcionales: una vendría determinada en el momento en que si se utilizara solamente una interpretación en el sentido absolutamente restrictivo, resultaría el contenido del estatuto interpretado con un significado absurdo e impropio.⁶¹ A tal efecto fundamenta su criterio por una parte en un paso de Celso contenido en la l. *in ambigua*, que me parece muy significativo en el que queda determinado que cuando la ley contiene un término ambiguo se debe de preferir la significación que carece de defecto, sobre todo cuando pueda con ello colegirse también la voluntad de la ley;⁶² y por otra parte acude a un fragmento de Modestino —recogido en la l. *scire*—⁶³ quien a propósito del tema de las excusas para no ser tutor determina que son muchos los requisitos que se deben de observar para que los tutores y curadores se decidan a alegar las causas de excusa. La otra sería la consecuencia de interpretar a la letra la disposición estatutaria y que en este caso resultase por esta razón que la norma viola el espíritu del propio estatuto.⁶⁴ Acude de nuevo al *Digestum* para avalar su criterio y hace referencia a la l. *cum mulle-re*,⁶⁵ en donde Paulo dispone que cuando la mujer, disuelto el matrimonio, demanda

⁵⁸ MATIENZO [1], *Commentaria, loc. cit.*, nr. 5, fol. 367vb: «*Ad fundamenta contraria respondeo esti verba statuti, pprie et imprie accipi possunt, quanvis regulariter accipi debeant in proprio significato*».

⁵⁹ D.14.1.1.19.

⁶⁰ D.32.69: «*Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*».

⁶¹ MATIENZO [1], *Commentaria, loc. cit.*, nr. 5, fol. 367vb: «*De qua mente dupliciter constare poterit. Primum si intelligendo verba iuxta propriam significationem aliquod resultaret absurdum vel iniquitas, quoniam tunc accipientur iuxta impropriam*».

⁶² D.1.3.19: «*In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*».

⁶³ D.27.1.13.1 (en griego).

⁶⁴ MATIENZO [1], *Commentaria, loc. cit.*, nr. 5, fol. 367vb: «*Secundo quando ratio statuti repugnaret, que anima est ipsus statuti*».

⁶⁵ D.24.3.55: «*Cum mulier de dotis repetitionis post solutum matrimonium agit, cavere debet marito, qui aedium nomine damni infecti cavet, si velit eam recipere, ut periculum mariti amoveat*».

para repetir la dote, si quiere recuperar una casa dota a causa de la cual el marido dió caución de daño temido, debe ella dar caución a su marido para asegurarle del riesgo; y a la l. *cum tale*,⁶⁶ en que Papiniano, a propósito de la *ratio legandi*, aclara que la motivación errónea no impide el legado, porque la causa por la que se lega no influye en el legado; pero que no obstante tendrá lugar la excepción de dolo, si se prueba que el testador no hubiera hecho el legado si no fuera por su error.

Como consecuencia de toda esta argumentación Juan de Matienzo determina que en nuestro caso debemos de interpretar el contenido del estatuto *iuxta impropiam significationem* y por esto es lícito aplicar los criterios de la venta a la *datio in solutum*, haciendo de esta manera una interpretación extensiva, porque de otra forma se estaría consintiendo un *fraus legis*. Este fraude de ley repugna la *ratio* de nuestras leyes —según queda demostrado a lo largo de la argumentación que el jurista lleva a cabo y que hemos seguido—, porque se estaría consintiendo que a través del ejercicio de la *datio in solutum* un bien salga de la familia y de la parentela de la misma forma que saldría por medio de una venta, pero sin la posibilidad de que los familiares ejerciesen el derecho de retracto. Sin embargo, al entrar en juego la interpretación extensiva, se permite a los consanguíneos retraer la cosa dada *in solutum* de la misma forma que podrían hacer en el supuesto de que el bien hubiera resultado vendido;⁶⁷ de esta forma queda protegida la unidad patrimonial familiar.

Señala por último el jurista que estamos comentando un interesante matiz en el que pone de relieve que en el fondo todo el discurso sobre si el contenido del estatuto no puede ser interpretado de forma extensiva vale para el ámbito estatutario y consuetudinario; pero que él se está refiriendo a legislación real que no constituye parte de un estatuto sino que, como ya hemos señalado, son leyes comunes en los reinos de Castilla. Por esta razón determina que en este ámbito no puede valer el principio de la imposibilidad de interpretar de forma extensiva el contenido de la norma.⁶⁸ Y siendo como es la *ratio* común a la venta y a la *datio in solutum* se puede hacer una interpretación extensiva haciendo valer la *ratio* de las normas del *ius proprium*.

⁶⁶ D.35.1.72.6: «*Falsam causa legato non obesse varius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse*».

⁶⁷ MATIENZO, *Commentaria*, nr. 5, fol. 367vb: «*Sed in casu nostro posset iniquitas resultare, si fieret fraus legi, ut dixi numero praecedenti, repugnat etiam rationi legis nostrae, quandoquidem per dationem in solutum ita exiret res extra familiam et cognationem, ac per venditionem, quare nimirum permittitur consanguineis rem in solutum datam sicut et venditam retrahere*».

⁶⁸ MATIENZO, *Commentaria*, nr. 6, fol. 367vb: «*Preterea hoc est magis sine dubio hoc in regno cum leges regie ut ius civile et commune reputentur, nec dici possunt statuta*».