

JAVIER PARICIO

Una historia del contrato
en la jurisprudencia romana

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Sobre la idea de contrato en Gayo. – 3. *Contractus* en Servio Sulpicio (Gell. 4.4). – 4. Servio y Labeón. La definición labeoniana de *contractum/synállagma* (Ulp., D. 50.16.19). Protección procesal labeoniana de situaciones análogas a los negocios de buena fe. – 5. *Synállagma* en Aristón (Ulp., D. 2.14.7.2). Celso frente a Neracio. Disputas jurisprudenciales sobre la protección de las convenciones sinalagmáticas atípicas. Quiebra del principio de tipicidad edictal de los contratos. – 6. Protección procesal de las convenciones atípicas. La acción contractual general “subsidiaria”. – 7. Ubicación cronológica de Sexto Pedio. Contrato y convención en Pedio. – 8. Pervivencia tardo-clásica del sentido más amplio de *contractus*. – 9. Las fuentes de las obligaciones en Modestino (D. 44.7.52). Ausencia de la categoría del contrato. – 10. Prevalencia de la concepción convencional pediana del *contractus*. Penetración de la misma en la tradición gayana. El contrato en las *Res cottidianae* y en las *Institutiones* de Justiniano. *Quasi ex contractu* y *quasi contracton*. El contrato en la Paráfrasis de Teófilo.

1¹. *Introducción*.

Antes de comenzar quisiera agradecer al Departamento de derecho romano de la Universidad de Palermo la invitación para participar en este “Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca” en homenaje a Raimondo Santoro, en una jornada que está resultando tan interesante como emotiva. Y agradezco profundamente la invitación, que es un honor, por provenir de uno de los Institutos más importantes a nivel mundial de nuestro microcosmos romanístico, y, además, uno de los que mejor ha sabido mantener el alto nivel general de sus profesores y de sus producciones científicas, en una etapa histórica ciertamente nada fácil para nuestra disciplina. Estoy seguro de que al decir esto no manifiesto sólo un parecer personal, y, en todo caso, cualquiera que me conozca sabe que no lo digo por adular.

¹ Se reproduce en esta sede el texto de la intervención en el *Seminario en homenaje a Raimondo Santoro*. Aunque la exposición pública tuvo lugar en italiano, he preferido publicar aquí el original en español.

En esta intervención, voy a tratar de agrupar, con arreglo a un cierto orden, ideas sobre la historia del contrato en la jurisprudencia romana, parte de las cuales he tenido ocasión de exponer ya con anterioridad en sedes muy distintas y a lo largo de un arco temporal ciertamente dilatado². Debido a los límites que imponen las conveniencias académicas universitarias, a los que hay que agregar las propias dimensiones de una materia que ha sido históricamente debatidísima -y que ha dado lugar a una bibliografía de proporciones desmesuradas-, el tratamiento deberá ser sintético, lo que no tendría por qué incidir necesariamente en detrimento de la calidad.

Quiero advertir que las características del texto vienen en esta ocasión en buena medida mediatizadas no sólo por su condición de escrito nacido para la exposición oral, sino también por su origen remoto, que no es otro que el ámbito didáctico. Me explico. En los primeros días del pasado mes de mayo [de 2008] recibí invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, y más en concreto de su sede en Bilbao, para impartir, si me resultaba posible, la lección que sirviera de cierre al año académico a los alumnos del primer curso de la licenciatura jurídica. Entre las diversas propuestas consideradas, nos pareció, tanto a los organizadores como a mí, que, por el momento del curso en que nos encontrábamos, la historia romana del contrato podía ser un argumento adecuado para la ocasión. Debido a la premura de la propuesta, la exposición de entonces debió seguir las mismas pautas que suelo trazar a los alumnos de la Complutense en la explicación

² La literatura personal directa o indirectamente relacionada con la materia es la siguiente: J. PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (Madrid, 1987); ID., *Del origen de la "obligatio": "obligatio rei" y "obligatio personae"* [1992], ahora en *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos* (Madrid, 2002) pp. 385 ss.; ID., *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga* (Madrid, 1994) pp. 49 ss.; ID., *Sull'idea di contratto in Gaio*, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* [Congreso Aristec, 1995] (Torino, 1997) pp. 151 ss.; ID., *Genesi e natura dei "bonae fidei iudicia"*, en *Rivista di Diritto Romano* 1 (2001) electrónica; ID., *Sobre la fórmula de la "actio rei uxoriae"*, en *Festschrift Wacke* (München, 2001) pp. 365 ss.; ID., *"Formulae commodati"*, en *Iuris vincula. Studi Talamanca* 6 (2002) pp. 163 ss.; ID., *Apuntes sobre la "actio fiducie"*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva etc. Studi Burdese* 3 (Padova, 2003) pp. 49 ss.; ID., *Problemas sobre la concepción del contrato en la jurisprudencia romana*, en *SCDR*. 19 (2006) pp. 349 ss. Una visión de conjunto en A. FERNÁNDEZ BARREIRO y J. PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*, 7ª ed. (Madrid, 2007) esp. pp. 309 ss. y 395 ss.

ordinaria de esa materia, y, como a ellos, la expuse sin papeles delante y con arreglo a un orden de contenidos que la experiencia docente ha ido decantando con el tiempo. El desarrollo de la sesión bilbaína -a la que, junto a los alumnos, asistieron profesores, también de otras disciplinas afines- no tuvo una suerte adversa: casi me atrevería a decir que todo lo contrario; por eso, al recibir luego una invitación de Sevilla para intervenir (junto a Alejandrino Fernández Barreiro, Teresa Giménez Candela y Francisco Cuenca) en un *Seminario sobre tradición jurídica europea*, pensé que el de la historia del contrato en la jurisprudencia romana podía ser un argumento idóneo para la ocasión. Fue entonces, en septiembre y octubre del pasado año, cuando escribí el texto que voy a exponer y que ha sido ahora publicado en España como pequeño libro bajo el título de *Contrato. La formación de un concepto* (Cizur Menor, 2008; pero la aparición efectiva es de 2009). Sí quiero advertir que en el mismo he introducido para esta intervención algunas modificaciones.

Parece innecesario glosar que la que vamos a tratar es una materia jurídica central, cuyo conocimiento e interés (al menos cultural, pero creo que no sólo cultural) excede en mucho el restringido ámbito de los romanistas, y que, además, ha sido muy discutida “desde siempre”, y tanto en lo que afecta a la perspectiva general como a múltiples aspectos particulares. Por eso mismo he titulado “*Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*”, pues son posibles, y de hecho es evidente que existen, otras distintas y desde distintos planteamientos. Cosa diferente, como he advertido en alguna otra ocasión, es que cuando alguien ha trabajado y meditado durante largo tiempo sobre un argumento, su perspectiva viene a la postre a tener para él una fuerza tal que tiende siempre a prevalecer, incluso cuando trata de ponerse en la posición o en las posiciones contrarias.

No exagero al afirmar que casi todo cuanto voy a decir ha sido discutido o es discutible. La literatura existente, antigua y moderna, es inmensa, y no hace sino crecer: hasta el punto de lindar en la actualidad con lo inabarcable. En todo caso, y por lo que respecta a la bibliografía más reciente, entiendo que le es plenamente aplicable lo que decía mi maestro italiano, Arnaldo Biscardi, al iniciar la última monografía que publicó [en 1991] y que versaba sobre *La doctrina romana dell’ “obligatio rei”*; decía Biscardi que junto a contribuciones relevantes y de interés

(y subrayo estos últimos términos porque en la materia que voy a tratar hay estudios recientes que sólo cabe calificar de fundamentales³, en su mayor parte procedentes de la romanística italiana, encabezada en este caso por autores pertenecientes a la que, como alguna vez he manifestado, quizá sea la última gran generación de la romanística europea, como Burdese, Gallo, Cannata, Talamanca (ayer fallecido), y, naturalmente, Raimondo Santoro, que en esta historia ha jugado un papel del máximo relieve⁴, a los que han seguido romanistas más

³ Para la literatura hasta 1987 puede acudirse a la referida al final de la voz firmada por M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, en *Digesto, sez. Civile 4*, (Torino, 1989). De la lit. posterior: P. FUENTESECA, *Visión procesal de la historia del contrato en derecho romano clásico*, en *Estudios d'Ors 1* (Pamplona, 1987) pp. 469 ss.; M. SARGENTI, *Nascita e svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, I, en *Iura 38* (1987, publ. 1990) pp. 25 ss., y II, en *Iura 39* (1988, publ. 1991) pp. 24 ss., que refiero aquí por representar sobre todo el planteamiento tradicional de la romanística crítica; AA.VV., *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, coord. N. Belloci, *Atti Siena, 1989*, (Napoli, 1991); A. BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, en *Labeo 38* (1992) pp. 200 ss.; A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, en *SCDR 5* (1993) pp. 350 ss.; Z. VEGH, *Meditatio de edicto de pactis*, en *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* (Stuttgart, 1993) pp. 345 ss.; Z. VEGH, *Ex pacto ius. Studien zum Vertrag als Rechtsquelle bei den Rhetoren*, en *ZSS 110* (1993) pp. 184 ss.; A. BURDESE, *I contratti innominati*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga* (Madrid, 1994) pp. 63 ss.; C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, en *Collatio iuris romani. Études Anikum I* (Amsterdam, 1995) pp. 59 ss.; AA.VV., *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, coord. L. Vacca, Congreso Aristec 1995 (Torino, 1997), con varias contribuciones esenciales, principalmente las de C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, pp. 35 ss., F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, pp. 63 ss., R. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, pp. 85 ss., y R. KNÜTEL, *La "causa" nella dottrina dei patti*, pp. 131 ss.; A. BURDESE, *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, en *Atti III Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 11-12 maggio 1995)* (Milano, 1998) pp. 17 ss.; A. BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano fra forma, consenso e causa*, en *Iuris vincula. Studi Talamanca 1* (Napoli, 2001) pp. 317 ss.; B. BISCOTTI, *Dal "pacere" ai "pacta conventa". Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano* (Milano, 2002); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassische Formularverfahren* (Berlin, 2002); C. CASCIONE, *Consensus. Problema di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche* (Napoli, 2003); G. ROMANO, *"Conventio" e "consensus"*, en *APal. 48* (2003) pp. 255 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica* (Padova, 2004); A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* (Torino, 2005) esp. pp. 348 ss.; AA.VV., *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, coord. A. Burdese (Padova, 2006), sobre el cual vid. J. PARICIO, *Problemas sobre la concepción del contrato*, cit., pp. 349 ss.

⁴ Los estudios fundamentales de R. SANTORO en esta materia son los siguientes: *Il contratto nel pensiero di Labeone* (Palermo, 1983), separata-libro de *APal. 37* (1983); *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, en *Studi Sanfilippo 4* (Milano,

jóvenes), existen otras que no son sino una caja de resonancias o una ociosa complicación de cosas simples, que hubiera sido mejor que no hubiesen sido escritas⁵, y eso, añadiría yo, cuando no se trata de cosas peores.

Finalmente quiero reseñar también en este preámbulo que he tenido oportunidad de contrastar personalmente mis opiniones sobre materia contractual, en ocasiones muy distintas y muy espaciadas en el tiempo, con romanistas de indudable relieve y especialistas en ella: desde Arnaldo Biscardi, pasando por Álvaro d'Ors, por André Magdelain, por Giovanni Pugliese, por Carlo Augusto Cannata o por Alberto Burdese. También, naturalmente, con Alejandrino Fernández Barreiro, hasta llegar a autores de la generación posterior a la mía, como Christian Baldus o Giuseppe Falcone.

Sin más dilaciones entremos ya en el asunto, advirtiendo que la historia contractual romana que vamos a contemplar, aunque he procurado escribirla del modo más claro de que he sido capaz, no es simple y tampoco es lineal.

2. *Sobre la idea de contrato en Gayo.*

La definición legislativa que el derecho español establece de contrato, muy similar a la del art. 1101 del *Code civil* francés, se encuentra recogida en el art. 1254 del Código civil; en su tenor literal dice lo siguiente: *El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.*

Cualquier jurista conoce que esta concepción enlaza con la romana a través de una tradición histórica multiseccular. En la referida definición, el elemento convencional o de acuerdo entre las partes se manifiesta como esencial al contrato, y, sin embargo, por lo que respecta al derecho romano, tal exigencia no puede afirmarse en modo alguno que fuera originaria, pues se trató de algo que tardó mucho tiempo

1983) pp. 683 ss.; Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche, en AA.VV., *Le teorie contrattualistiche*, cit. en nt. 3; y *La causa delle convenzioni atipiche*, en AA.VV., *Causa e contratto*, cit. en nt. 3.

⁵ Cfr. A. BISCARDI, *La doctrina romana dell' "obligatio rei"* (Milano, 1991) p. 3.

en consolidarse en el surco de una evolución histórica que no siempre resulta clara.

Es sabido que la perspectiva sobre las fuentes de las obligaciones y, en particular, sobre el contrato, que ha servido de faro a la tradición romanística europea fue primordialmente (aunque no exclusivamente) la ofrecida por el *Corpus Iuris* justiniano: tanto en las Instituciones de Justiniano (I. 3.135 ss.) como en el Digesto (D. 44.7.1 ss), en este segundo caso reproduciendo fragmentos de las *Res cottidianae*⁶; una y otra derivaban formalmente en este punto de una obra de carácter docente, las *Institutiones* de Gayo, jurista casiano o sabiniano⁷ del siglo II d.C., aunque no reproducían lo que en ella se decía, pues todo el material se presentaba reelaborado por las razones que más adelante veremos.

Las *Institutiones* de Gayo (salvo los fragmentos que de ellas se recogieron en el Digesto, entre los cuales, ciertamente, no se contaban los que aquí interesan) no fueron redescubiertas en Occidente hasta 1820, cuando Göschen publicó el manuscrito palimpsesto descubierto por Niebuhr en 1816, siendo embajador prusiano en Roma (entonces un gran historiador de fama universal podía ser embajador). Esto no quiere decir que la perspectiva que las presidía en materia de obligaciones fuese hasta entonces absolutamente desconocida, pues basta pensar que se reproducía sintéticamente en la *Epitome Gai* (2.9.pr)⁸, insertada en la *Lex Romana Wisigothorum*, pero en la tradición jurídica europea el influjo de ésta apenas si resulta relevante frente al del *Corpus Iuris*.

Iniciar el tratamiento del contrato en Roma aludiendo a las

⁶ Ya veremos más adelante que en el Digesto se incluye también una clasificación de Modestino (D.44.7.52.pr): vid. *infra* nº 9.

⁷ En contra de cuanto ha impuesto el uso tradicional, la denominación habitual era la de “casianos” (D. 1.2.2.52), por Casio Longino. La de “sabinianos” es menos frecuente, y, además, con alta probabilidad, no se referiría a Masurio Sabino (el discípulo de Capítón y maestro de Casio) sino a Celio Sabino, el sucesor de Casio al frente de la escuela: vid. C. A. CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, en *Pacte convention contrat. Mélanges Schmidlin* (Bâle-Francfort-Genève, 1998) pp. 433 ss.; J. PARICIO, *Sobre la denominación casianos/sabinianos*, en *Studi Martini* (en prensa).

⁸ *Obligatio in duas species dividitur; nam omnes obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex culpa*. Evidentemente el autor sustituye el término *delictum* de Gai 3.88 por *culpa*.

Instituciones de Gayo (obra quizá escrita en 160-161 d. C.⁹) es sólo una de las posibilidades existentes, e incluso desde el punto de vista histórico pudiera parecer, al menos a primera vista, un disparate. Si voy a hacerlo así -y de hecho así procedo con mis alumnos- es, junto a innegables razones de conveniencia expositiva, para dejar claro de entrada el distanciamiento personal con una interpretación que se ha extendido mucho más de lo deseable en la doctrina. Ésta entiende que el consentimiento está en la base de la idea de contrato que subyace en las Instituciones de Gayo¹⁰, y, por mi parte, ya desde que estudié la asignatura de derecho romano en el primer curso de la licenciatura con el *Derecho romano clásico* de Schulz¹¹, pero, sobre todo, desde que comencé a trabajar con Biscardi¹² en Florencia y Milán hace ahora un cuarto de siglo, me siento muy distante de esa interpretación, como he tenido ocasión de declarar en infinidad de ocasiones, oralmente y por escrito.

Cualquiera que se dedique al derecho romano -y debería poderse decir que cualquier jurista-, conoce¹³ que la exposición del derecho de obligaciones se abre en las Instituciones de Gayo (3.88) con una gran partición de las obligaciones (civiles) en dos grupos: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. La *summa divisio obligationum* comprende, pues, dos especies, pues toda obligación o nace de contrato o nace de delito.

Un lector imparcial y libre de prejuicios es inmediatamente consciente de que Gayo presenta la división como exhaustiva, y de

⁹ Cfr. ahora T. HONORÉ, *Gayo*, en R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales* 1 (Madrid – Barcelona, 2004) p. 181.

¹⁰ La enumeración sería interminable. Por referir sólo las dos exposiciones generales españolas más conocidas: J. IGLESIAS, *Derecho romano*, 11ª ed. (Barcelona, 1993) pp. 353 s.; A. D'ORS, *Derecho privado romano*, 10ª ed. (Pamplona, 2004) § 359.

¹¹ Cfr. F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford, 1952; reimp. util. 1962) pp. 465 ss. [trad. esp., de J. Santa Cruz, *Derecho romano clásico* (Barcelona, 1960) pp. 445 ss.].

¹² Su interpretación sobre este particular puede verse sintéticamente en A. BISCARDI, *Postille gaiane*, en *Gaio nel suo tempo* (Napoli, 1966) pp. 21 ss.

¹³ Reproduzco aquí ideas ya expuestas en J. PARICIO, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, cit., pp. 49 ss.; J. PARICIO, *Sull'idea di contratto in Gaio*, cit., pp. 151 ss.

que al hablar de *summa divisio obligationum* se está refiriendo a la más completa de las divisiones posibles, comprensiva de todas las obligaciones (civiles: las únicas obligaciones en sentido propio). Es importante, por lo demás, relevar que tal fenómeno no se produce sólo en este caso, pues lo mismo había sucedido a propósito de las personas y a propósito de las cosas. Así, al tratar Gayo de las personas, afirma (1.9): *Et quidem* (y subrayo el *quidem*) *summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* [“Y, ciertamente, la máxima división del derecho de personas es ésta: todos los hombres o son libres o son esclavos”]; mientras que al tratar de las cosas se expresa de modo análogo (2.2): *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani* [“Así la máxima división de las cosas comprende dos partes: pues unas son de derecho divino, otras de derecho humano”].

Así pues, según Gayo, al igual que todas las personas o son libres o son esclavos, y al igual que todas las cosas o son *divini iuris* o *humani iuris*, en el ámbito de las obligaciones toda obligación o nace de contrato o nace de delito; y no hay obligación que no nazca o de contrato o no nazca de delito. La cuestión resulta tan diáfana que resultan muy difíciles de suscribir interpretaciones más “moderadas” (a las que ya se refería Schulz hace más de medio siglo, sin que el transcurso del tiempo haya logrado desvanecerlas), del tipo a que Gayo se expresaba aquí de modo descuidado, o que la suya era una exposición jurídica elemental y que por ello el jurista se ceñía sólo a lo más importante, omitiendo otras cosas. Por lo demás, como veremos, esa perspectiva está presente en toda su obra, y no sólo en Gai 3.88.

Nada más enunciar la *summa divisio obligationum* que distingue entre obligaciones que nacen de contrato y de delito, Gayo señala (Gai 3.89) que las obligaciones *ex contractu* pueden ser de cuatro géneros: reales, verbales, literales y consensuales, tratando a continuación de cada uno de ellos: 3.90-3.91, 3.92-3.127, 3.128-3.134 y 3.135-3.162, respectivamente. Las obligaciones *ex delicto*, no divididas en géneros (Gai 3.182), se tratan en la parte final del libro tercero 3.183-3.225.

Si -centrándonos en las obligaciones que nacen *ex contractu*- se admite, como tan ordinariamente se suele aceptar, que el contrato

gayano presupone el convenio o acuerdo de las partes, entonces toda su clasificación (exhaustiva) de las fuentes de las obligaciones se derrumba de entrada, pues quedarían fuera multitud de actos lícitos que engendran una obligación y que no descansan en un convenio. Pero es que, además, no existen datos en las *Institutiones* gayanas que induzcan a identificar el *contractus* con “el convenio lícito obligacional” u otra definición similar. Los dos que se suelen referir para apuntalar semejante interpretación no resultan en absoluto definitivos. Veámoslos brevemente.

El primero es Gai 3.91, relativo a la *solutio indebiti*, que a primera vista parecería desmentir la *summa divisio obligationum* apenas poco después de formularla; sin embargo, nada hay más lejos de la realidad. Juristas a los que Gayo no menciona ni personalmente ni como grupo (se refiere a ellos con un inconcreto *quidam*) resolvían el problema en el sentido de integrar la *solutio indebiti* entre los contratos reales, mientras nuestro jurista resuelve la cuestión en una dirección completamente distinta, como sorteando el problema, pues tiende a negar que exista *obligatio ex contractu* porque al pagar no se busca crear una obligación, sino extinguirla: *quia qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*.

Por lo demás, no se debe olvidar que en caso de *solutio indebiti* tanto se podía estar en el ámbito “contractual” como en el “delictual”, pues dependía de que el accipiente actuara de buena o de mala fé. En el primer caso, el *accipiens* podía ser demandado a través de la *condictio recuperatoria*, mientras que en el segundo su situación quedaba equiparada a la del ladrón¹⁴.

Tampoco resulta decisivo el segundo argumento, basado en Gai 3.136. En ese texto se afirma, a propósito de los contratos consensuales, que en ellos no es necesario el uso de palabras o de escritura, “*sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*”. Para concebir el contrato gayano en sentido convencional, se ha interpretado que al afirmarse que en los contratos consensuales basta con que las partes consientan, en los demás contratos el consentimiento sería necesario pero no suficiente¹⁵.

¹⁴ Cfr., como último, M. MARRONE, *Problemi di responsabilità del debitore del regime dell'indebito: dal diritto romano ai codici italiani*, en *SCDR*. 15 (2003) pp. 197 ss.

¹⁵ Vid. en este sentido G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed. (Torino,

Sin embargo, al margen de lo interesada y preconcebida que resulta semejante interpretación, y al margen de que en el texto nada se diga de los contratos reales, basta pensar, en relación con los contratos verbales, que Gayo, además de la estipulación, menciona la *dotis dictio* (3.95a) y el *iusiurandum liberti* (3.96), los cuales aparecen lisa y llanamente como contratos, aunque sólo exista declaración de una de las partes y (lo que a nuestros efectos es lo más importante) ni siquiera resulte imprescindible en ellos un convenio previo, que, por lo demás -y esto no hay inconveniente alguno en admitirlo-, de ordinario existiría.

En contra de la interpretación del contrato gayano en clave convencional habla de modo inequívoco Gai 4.182, el famoso texto donde se recoge una lista (no completa) de acciones infamantes. Gayo menciona, por una parte, la *actio furti*, la *actio vi bonorum raptorum* y la *actio iniuriarum*, y, después, la *actio pro socio*, la *actio fiduciae*, la *actio tutelae*, la *actio mandati* y la *actio depositi*, concluyendo que es distinto ser deudor *ex delicto* (en los tres primeros casos) que serlo *ex contractu* (en los otros cinco mencionados luego). Ahí, además de que Gayo está llamando contrato a la *fiducia*, a la que no había mencionado (cfr. Gai. 3.90-91) en el elenco ejemplificativo de los contratos reales (lo cual, por otra parte, no parece favorecer la hipótesis de los que tienden a excluir a la fiducia del vulgarmente llamado sistema contractual romano), el jurista llama también contrato a la *tutela*, en la que no existe convenio entre las partes.

Por otra parte, como ya he dicho en alguna otra ocasión, el que Gayo no mencione los legados obligacionales, la *negotiorum gestio* o la *tutela* al hablar ex profeso de los cuatro géneros de las obligaciones contractuales, no autoriza a concluir que su concepción del contrato sea convencional. En efecto: hemos visto cómo Gayo mencionaba dentro de los contratos verbales la *dotis dictio* y el *iusiurandum liberti*, en los que no era imprescindible el convenio de las partes, y acabamos de contemplar también cómo el jurista llama contrato a la *tutela*, aunque no la mencione expresamente al hablar de los *quattuor genera* de las obligaciones *ex contractu*. En realidad, según sostenía Biscardi, por lo

1963) pp. 4 ss.; A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., pp. 62 s.

que respecta a los legados obligatorios “l’elemento obligante potrebbe essere individuato nei *verba* della relativa disposizione scritta e riassunta oralmente nella *nuncupatio testatoris*”, mientras que, por lo que se refiere a la *negotiorum gestio* y la *tutela*, “le fonti ci attestano una gamma tale di significati dell’espressione *re contrahere*, da autorizzare l’assorbimento nel *genus* delle *obligationes re contractae* non solo di quelle nascenti dalla fiducia, dal deposito e del comodato (que Gayo no había mencionado en 3.90-91), ma altresì degli obblighi sanciti a carico del *negotiorum gestor* e del tutore”¹⁶.

Así pues, aunque Gayo no incluya una definición de contrato, parece claro que tiende a configurarlo como una categoría donde se engloban todos los actos lícitos reconocidos por el *ius civile*, convencionales o no convencionales, destinados a crear un vínculo obligatorio, al margen del cual, y como contrapuesto a él, queda el ámbito de los delitos. Tal interpretación se encuentra, por lo demás, confirmada de manera diáfana en Gai. 4.2, donde al definir la *actio in personam* el jurista lo hace en correspondencia perfecta -y casi me atrevería a decir que ‘como era inevitable’- con lo señalado en Gai. 3.88: “La acción es personal cuando litigamos contra alguien que nos está obligado o por contrato o por delito (*qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est*)”.

Esta amplia concepción del contrato no es desmentida por ningún otro fragmento de Gayo: ni en las *Institutiones* ni en ninguna otra obra suya; deajo de lado, naturalmente, las *Res cottidianae*, obra de la que trataré luego (*infra* nº 10).

Visto el pensamiento de Gayo, jurista casiano del siglo II d. C., vamos a remontarnos en el tiempo hasta mediados del siglo I a. C., cuando por primera vez se encuentra en las fuentes jurídicas conservadas el término *contractus*. Me refiero, obviamente, al sustantivo *contractus* o al participio pasado *contractum*, no al verbo *contrahere*, que alcanza en latín -como en español- un sentido amplísimo, abarcando incluso, cuando se emplea en el ámbito jurídico, el de *contrahere* una obligación *ex delicto*¹⁷.

¹⁶ A. BISCARDI, *Postille gaianae*, cit, p. 23.

¹⁷ Sobre los sentidos del verbo *contrahere* en las fuentes jurídicas y literarias, y sobre el sustantivo *contractus*, vid. S. E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht* (Köln – Graz, 1964), respectivamente pp. 4 ss. y 29 ss.

Naturalmente, no es posible detenerse en una sede como esta a explicar la formación histórica en época republicana de los negocios típicos y su tutela procesal, y muy en particular del debatido problema del origen y protección procesal los negocios y juicios de buena fe¹⁸. Menos posible resulta aún tratar de la discusión doctrinal (hoy en gran medida superada) sobre la prioridad histórica de las obligaciones nacidas de actos lícitos o ilícitos¹⁹.

3. *Contractus en Servio Sulpicio (Gell. 4.4).*

La primera ocasión en que el término *contractus* aparece en la literatura jurídica que ha llegado hasta nosotros es en Servio Sulpicio Rufo. Esto los alumnos que estudiábamos con José Luis Murga el primer curso de la licenciatura a principios de los años setenta del pasado siglo lo sabíamos muy bien gracias a lo destacado que se presentaba el dato en el *Derecho romano clásico* de Schulz²⁰, libro por el que preparábamos la parte institucional de la asignatura y que, pese a su hipercriticismo exagerado y anticuado, no dejaba (y no deja) de ser un libro jurídico de calidad excepcional, como excepcional era la valía intelectual de su autor.

De las obras de Servio Sulpicio (que debían ser ya inencontrables en el siglo VI d.C.) no se incluyó ni un solo fragmento en el del Digesto, aunque las referencias a sus opiniones sean muy numerosas en las obras de otros juristas²¹. En realidad, si dejamos de lado las dos interesantísimas cartas personales de Servio a Cicerón conservadas en el epistolario ciceroniano²² (pero que nada tienen que ver con el

¹⁸ Vid. TALAMANCA, *Contratto e patto*, cit.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga* (Madrid, 1994) pp. 29 ss. En concreto sobre el nacimiento y naturaleza de los juicios de buena fe, mi opinión está recogida en J. PARICIO, *Genesis e natura dei "bonae fidei iudicia"*, cit. (con lit.) = [en español] en J. PARICIO, *De la justicia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos* (Madrid, 2002) pp. 275 ss.

¹⁹ Puede verse M: TALAMANCA, voz *Obbligazioni (dir. rom.)*, en *EdD.* 29 (1979) pp. 2 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1990) pp. 501 ss.; A. BISCARDI, *La dottrina romana dell' "obligatio rei"*, cit., a propósito del cual puede verse J. PARICIO, *Del origen de la "obligatio": "obligatio rei" y "obligatio personae"*, cit.

²⁰ Cfr. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 446.

²¹ Vid. LENEL, *Paling.* II, cols. 321 ss.

²² Cicerón, *ad familiares* 4.5 y 4.12. La primera es una bellísima epístola consolatoria por la muerte de Tulia, la hija de Cicerón; la segunda refiere el asesinato y exequias fúnebres

ámbito jurídico), el único fragmento conservado de las obras jurídicas de Servio Sulpicio procede de una transcripción literal que Aulo Gelio hace de su *liber de dotibus*²³. En ese fragmento, relativo a las promesas de futuro matrimonio, el jurista, en lo que aquí nos importa, dice (Gell. 4.4): *is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur "sponsalia"; tunc quae promissa erat "sponsa" appellabatur, qui spondebat ducturum "sponsum"*.

Es evidente que *contractus* no alude ahí a cada estipulación en particular, sino a las estipulaciones recíprocas: *contractus stipulationum sponsionumque*, de las que surgían acciones para ambas partes promitentes. Naturalmente, no afecta para nada al fondo de la argumentación el que en el siglo I a. C. los esponsales (que de ordinario se seguían haciendo a través de *sponsiones*) no dieran ya lugar entonces a reclamación procesal en caso de incumplimiento; es más, Servio alude de inmediato a cómo antiguamente si se incumplía lo estipulado sí procedía la reclamación procesal: *Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponso agebat*.

Ni yo ni nadie podría afirmar, pues nuestro conocimiento de los escritos jurisprudenciales tardorepublicanos es extremadamente fragmentario, que Servio Sulpicio fuera quien acuñara por primera vez el término jurídico *contractus*, aunque sí parece indudable que la acuñación terminológica debió producirse en el período final de la República, y, desde luego, lo que resulta evidente es que el sentido de *contractus* en el referido pasaje serviano que acabamos de ver –donde, por lo demás, no existe ni una definición de *contractus* ni una elaboración dogmática– es muy significativo y guarda relación, aunque no coincida por completo, con la definición de *contractus* de Labeón de la que pasamos a tratar.

4. Es más que probable que Servio Sulpicio Rufo (a mi juicio el mayor jurista que conoció la Roma republicana) y Marco Antistio Labeón (el mayor jurista de la época de Augusto, y para muchos el más grande en absoluto que Roma produjo), aunque estuvieran separados

en Atenas de Marco Marcelo, que años antes (51 a. C.) había sido el colega de Servio Sulpicio en el consulado. Las cartas son, respectivamente, de marzo y mayo de 45 a. C.

²³ Gelio incluye también otra referencia al *liber de dotibus* serviano (Gell. 4.3), pero el contenido no se reproduce de modo literal.

por un par de generaciones, llegaran a conocerse personalmente. Si fue así -lo que lleva a suponerlo un normal desarrollo de las relaciones humanas-, se puede dar como seguro que, por razones cronológicas, no pudieron intercambiar ni una sola palabra de derecho, al menos ni una palabra seria. En efecto. Marco Antistio Labeón era hijo de Pacuvio Labeón, discípulo a su vez de Servio Sulpicio²⁴, y ambos -Servio y Pacuvio- se movían en líneas políticas próximas (cosa que no puede predicarse de todos los discípulos servianos), aunque Pacuvio Labeón se decantara en la guerra civil de forma más neta que Servio. Sabemos que Servio Sulpicio Rufo muere a comienzos de 43 a. C. cuando encabezaba una embajada senatorial que debía entrevistarse en Módena con Marco Antonio²⁵; contaba entonces el jurista sesenta y dos años: una edad ya avanzada, pues, según la imagen romana de la vida. Su discípulo Pacuvio Labeón (que fue uno de los senadores cesaricidas) muere al año siguiente, al suicidarse tras la derrota senatorial en Filipos (42 a. C.), y sabemos por Apiano²⁶ que antes de hacerse matar por un esclavo de confianza redactó cartas para su esposa e hijos, entre los que se encontraba Marco, el futuro gran jurista, que en aquel momento debía contar en torno a los doce años de edad. Por tanto, Servio y el niño Marco Antistio Labeón debieron conocerse en cuanto éste era hijo de un discípulo de aquél, pero es evidente que Labeón, por razones cronológicas, no pudo recibir formación jurídica directa de Servio, como tampoco pudo recibirla de su progenitor a causa de la temprana muerte de éste, muerte que a su vez impidió también el que Pacuvio Labeón (que cuando se suicidó debía contar en torno a los cuarenta años de edad) tuviese tiempo de alcanzar mayor autoridad jurídica.

A decir de Pomponio (*enchir.* D. 1.2.2.47), Labeón se formó con los más relevantes juristas de la generación de su padre (Pomponio señala genéricamente que *omnes hos audivit*, aludiendo a los que acababa de citar), aunque agrega que la formación elemental, la *institutio*, la hizo con Trebacio (*institutus est autem a Trebatio*). De cualquier forma, resulta innegable la ligazón existente, familiar e intelectual, entre Servio Sulpicio y Labeón, en los que cabe personalizar el mismo núcleo germinal de la línea jurídica que más tarde sería denominada “proculiana”. Por tanto,

²⁴ Cfr. Pomponio, *enchir.* D. 1.2.2.44.

²⁵ Vid. Cicerón, *Philippicae* 9.

²⁶ Apiano, *Bella civilia* 4.17.135.

nada puede extrañar la existencia de una cierta relación entre el sentido que el término contrato presenta en el texto de Servio Sulpicio que acabamos de ver y la definición de *contractum* formulada por Labeón, de la que pasamos a tratar.

La conocidísima definición labeoniana de contrato -la única que se conserva en las fuentes jurisprudenciales latinas, lo cual no implica que fuera con la que operaran todos los juristas del Principado, y ni siquiera una parte significativa de ellos- fue insertada (yo casi diría que “salvada *in extremis*”, y, desde luego, por fortuna) por los compiladores justinianos en D. 50.16.19, es decir, dentro de D. 50.16: el título *de verborum significatione*, sobre el cual remito a los imprescindibles estudios realizados por Matteo Marrone a mediados de la pasada década²⁷, uno de los cuales lo presentó personalmente en los *Seminarios Complutenses* de 1995 -en una jornada, por lo demás, que guarda más de un paralelismo con la de hoy., y que está publicado en el volumen correspondiente a ese año; repito que son artículos de obligada lectura, aunque temo que sean menos conocidos de lo que debieran serlo.

D. 50.16.19 es uno de los fragmentos que Marrone coloca entre los pasajes recogidos en ese título que parecen responder a intereses culturales (de cultura jurídica), es decir, que ofrecen interés para la historia del pensamiento jurídico, aunque puedan tener menor significado (al menos relativamente, agregaría yo) para la interpretación del Digesto.

El pensamiento de Labeón, transmitido por Ulpiano, es el siguiente en la versión que ofrece el Digesto:

Ulp. 11 *ad Ed.*, D. 50.16.19: *Labeo libro primo {ad edictum} praetoris urbani definit, quod quaedam `agantur`, quaedam `gerantur`, quaedam `contrahantur`: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci “synállagma” vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factum.*

²⁷ M. MARRONE, *Le “significationes” di D. 50.16 (“De verborum significatione”)*, en *SDHI.* 60 (1994) pp. 583 ss.; ID., *Nuove osservazioni su D. 50.16 “De verborum significatione”*, en *SCDR.* 7 (1995) pp. 169 ss.

Por una parte estaría, pues, el *actum* (o *actus*): que abarcaría tanto el *verbis* como el *re agere*, y los ejemplos que se presentan son, respectivamente, la estipulación y el mutuo. Por otra (aunque el concepto aparezca colocado al final) el *gestum* (o *gestus*), del que no se proporciona ningún ejemplo, limitándose a afirmar que es lo hecho sin palabras²⁸. Y, por otra, el *contractum* (o *contractus*), en el que nos detendremos ahora con mayor detalle. Sí quiero advertir, no obstante, mi distanciamiento de los que como, por ejemplo, Gallo²⁹ y Garofalo³⁰, entienden que la referencia al *gestum* estaría interpolada, pues me siento incapaz de atisbar razones de algún calado que pudieran explicar o justificar una interpolación de ese tipo, sea prejustiniana o debida a los compiladores. Por lo demás, y aunque no sepamos cuál era el contexto exacto en que Labeón expresó su parecer en el libro primero de su comentario al Edicto (si es exacta la numeración que refiere el texto del Digesto, cosa que yo no daría por descontada³¹, pero carecemos de información que permita proponer una alternativa), el cambio existente en el texto entre el orden de enunciación y el de exposición (donde la ordenación pasa a ser *actum – contractum – gestum*), tampoco ofrece mayores dificultades porque el pensamiento de Labeón lo conocemos a través de Ulpiano y procede de su libro 11 *ad Edictum*, donde el jurista trataba del edicto *Quod metus causa gestum erit*³², lo que haría explicable

²⁸ Sobre el *gestum* labeoniano, vid. *infra* nt. 33.

²⁹ Vid. F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale* 1 (Milano, 1988) p. 42 ss. = en *Le dottrine del contratto*, cit., pp. 142 ss.

³⁰ Vid. L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, en *Le dottrine del contratto*, cit., pp. 345 s.

³¹ Personalmente no descartaría incluso que la atribución al libro primero del comentario al Edicto del pretor urbano de Labeón no fuera exacta, bien por un error de Ulpiano o de transmisión posterior. Desde luego lo que resulta imposible de admitir es que, si efectivamente procede del libro primero, Labeón tratara ya en él del edicto *Quod metus causa gestum erit*, respecto al cual Ulpiano traía a colación el parecer de Labeón. Según A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona, 1969) pp. 157 s., que pone en relación D. 2.13.6.3 con D. 50.16.19, podría proceder del comentario de la cláusula edictal *de argentariis rationibus edendis*. La cuestión resulta dudosísima, en el marco, además, de nuestro mínimo conocimiento del comentario edictal labeoniano (del que incluso es incierto si eran dos -uno al del pretor urbano y otro al del peregrino- o uno único). Sobre ambas cuestiones, vid. el profundo tratamiento, con amplia lit. comentada, de M. BRETONE, *Labeone e l'Editto*, en *SCDR* 5 (1993) esp. pp. 24 ss. y 35 ss.

³² Cfr. LENEL, *Paling.* II, col. 462.

que por razón de la materia Ulpiano colocara al final la definición de *gestum*.

Tal y como el texto nos ha llegado, resulta evidente que aunque Labeón señale que *actum quidem generale verbum esse*, de él separa tanto el *gestum* como el *contractum*, que quedan como fuera o al margen. Al no resultar posible tratar aquí de todos los problemas formales y sustanciales que el texto presenta, vamos a centrarnos en el *contractus* o *contractum* labeoniano.

Labeón define el *contractus* como *ultra citroque obligatio*, que parangona con el *synállagma* griego, mencionando luego como contratos, precedidos de la partícula *velut*, la compraventa, el arrendamiento y la sociedad. Lo afortunado de la referida identificación labeoniana *contractus/synállagma* ha suscitado amplia discusión en la doctrina moderna³³, pero, con independencia de lo dudosamente feliz que resulte el recurso de Labeón al término griego *synállagma*³⁴, al menos en el modo en que lo hace, es evidente que el jurista augusteo restringe el concepto de contrato (y de *synállagma*) a los supuestos de obligaciones recíprocas. Así pues, parece difícilmente discutible que el *contractus* labeoniano se presenta caracterizado por la reciprocidad del vínculo obligatorio (*ultra citroque obligari*), entendido, claro es, en el sentido de la existencia de obligaciones y acciones para ambas partes. Se ha dicho, es cierto, y se trata de una opinión muy difundida³⁵, que aludiría también

³³ Sobre el significado de *synállagma* en las fuentes griegas, y en particular en la Ética Nicomachea de Aristóteles, vid. (con lit. anterior) A. BISCARDI, *Quod Graeci "synállagma" vocant*, en *Labeo* 29 (1983) esp. pp. 133 ss., muy discutido; en la literatura más reciente vid. DALLA MASSARA, *Alle origine della causa*, cit., con bibl. Añádase el artículo de P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des Synallagma – Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19* (en prensa, que conozco por cortesía del autor). Como último, vid. ahora T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore del richiamo al 'synallagma' in Labeone e in Aristone*, en *Studi Martini* 1 (Milano, 2008) pp. 827 ss.

³⁴ Aunque la intuición sea aguda, personalmente me resisto a aceptar que el inciso *quod Greci "synállagma" vocant* no se deba a Labeón sino que fuera introducido por Ulpiano, como piensa A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 17ª ed. (Napoli, 2001) p. 775.

³⁵ Vid., por todos, R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., *passim*; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, ahora en *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., pp. 111 ss.; F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, igualmente ahora en *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., pp. 139 ss.

(o, al menos, estaría implícita) a la convención del acto que genera las obligaciones y las acciones, pero eso no deja de ser una suposición que excede en mucho los términos literales del texto, como tampoco hay modo alguno de probar que la convención o acuerdo fuera común tanto a los actos como a los gestos como a los contratos labeonianos: es más, son perfectamente imaginables obligaciones nacidas de “actos” sin convención: piénsese, sin ir más lejos, en obligaciones sancionadas por la *condictio* sin base convencional, o en obligaciones nacidas *verbis*, como la *dotis dictio*, que no necesariamente tienen que ser convencionales. Y eso por no hablar de los “gestos”, que apenas si es imaginable su caracterización por el elemento convencional³⁶.

Como ejemplos de contrato se incluyen en el fragmento tres, y digo ejemplos porque en modo alguno parece sostenible que la partícula *velut* esté suponiendo la exhaustividad. Los mencionados son: la compraventa, el arrendamiento y la sociedad, todos -al margen de que en ellos las obligaciones nazcan *consensu*, aspecto éste en el que Labeón no pone el acento, aunque evidentemente ello no suponga en modo alguno que lo desconozca- bilaterales perfectos o sinalagmáticos perfectos. ¿Y el mandato? Evidentemente no es sinalagmático perfecto, sino imperfecto, y podría buscarse por esa vía su no mención en el texto, pero entonces el mandato resultaría inencajable en el esquema de Labeón, porque dentro del *actum* no cabe, pero menos aún dentro del *gestum*.

A mi modo de ver, el mandato (se mencionara expresamente -como algunos suponen- o no en el original de Labeón) entraría dentro del *contractus* labeoniano, al existir en él reciprocidad de obligaciones, aunque una de ellas sea siempre previsible, mientras la otra sólo lo sea eventualmente. Por tanto, en la concepción de Labeón el *contractus*

³⁶ Es imposible tratar en una sede como ésta del alcance de *gestum* en D. 50.16.19, asunto, por lo demás, tan debatido doctrinalmente como oscuro. Vid., como último, con un tratamiento que resulta muy sensato, aunque deje cuestiones en el aire, G. FINAZZI, *Ricerche in tema di “negotiorum gestio”, II.1: Requisiti delle “actiones negotiorum gestorum”* (Cassino, 2003) pp. 79 ss.; el a. coincide con ALBANESE, “*Agere*”, “*gerere*”, “*contrahere*” in D. 50.16.19. *Congetture su una definizione di Labeone*, en *SDHI*. 38 (1972) p. 242 [trabajo éste, por lo demás, tan interesante como discutible], en identificar el *gestum* con “la connotazione specifica della `attività di fatto””, sin que quepa pensar que quedasen fuera los actos ilícitos.

abarcaría tanto los que la dogmática moderna llama contratos sinalagmáticos perfectos como los imperfectos. Pero tan sinalagmática imperfecta como el mandato es la tutela ... que además... ¿no es convencional; ¿Debería calificarse, entonces, la tutela como *contractus* en la óptica de Labeón? Más de una vez he dicho que yo no encuentro teóricamente ningún inconveniente absoluto para integrarla, y menos aún, por supuesto, en los casos de los restantes negocios de buena fe: fiducia, depósito, etc.³⁷, pues en todos los negocios de buena fe existe reciprocidad de obligaciones y acciones, aunque en unos (compraventa, arrendamiento y sociedad) ambas sean igualmente previsibles, mientras en los restantes una sea siempre previsible y la otra sólo eventualmente³⁸. Junto al de la tutela, el otro caso límite sería el de la dote y la *actio rei uxoriae*, que dudosamente podrían calificarse como contractuales en el sentido de Labeón, aunque, según hace muchos años explique³⁹, este caso no se apartaría en lo sustancial, a mi entender, de la regla común de los negocios y juicios de buena fe, pues si aquí sólo existe acción ejercitable por una de las partes ello se debe exclusivamente a las peculiaridades del caso, que provocan que la iniciativa procesal deba ser tomada del lado de la mujer, pero las *retentiones* vienen a cumplir las veces de acciones para el marido, sólo que siguen la mecánica procesal de las excepciones.

Por lo demás, un supuesto de estipulaciones recíprocas, del tipo al que Servio Sulpicio Rufó calificaba de contrato (*supra* nº 3), me parece evidente que podría encuadrarse dentro del *contractum* labeoniano.

Menos seguro es, a mi juicio, admitir la pretensión de que las llamadas convenciones atípicas pudieran integrarse propiamente en la

³⁷ Que el contrato labeoniano tuviese un alcance mayor que el de los solos contratos consensuales lo admite sin dificultad, a diferencia de otros autores, CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, en *Causa e contratto*, p. 54 s.

³⁸ La idea de coincidencia entre el *contractus* labeoniano y los negocios de buena fe (aunque no todos) está presente en la amplia lit. de A. d'Ors sobre la materia y que incluso condiciona toda su clasificación de las fuentes clásicas de las obligaciones; vid. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, 10ª ed. (Pamplona, 2004) § 359 ss.; en § 359 nt. 1, principal bibliografía del autor sobre la cuestión.

³⁹ Vid. I. CREMADES y J. PARICIO, “*Dos et virtus*”. *Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres* (Barcelona, 1983) pp. 65 ss.; J. PARICIO, *Sobre la fórmula de la “actio rei uxoriae”*, en *Status familiae. Festschrift Wacke* (München, 2001) p. 369.

definición de contrato de Labeón, y esto con independencia de que, a estas alturas, yo no albergue dudas acerca de que la apertura de la vía para la protección procesal específica de tales convenciones (o, expresado quizá mejor, algunas de ellas) se debió a Labeón, como manifiestan media docena de textos conservados que refieren su pensamiento, donde el jurista augustiniano otorga tutela procesal a distintas situaciones próximas a algunos contratos típicos de buena fe, y, al menos por los datos de que disponemos en las fuentes, sólo a ellas. Así sucede, entre otros ejemplos, cuando en D. 19.5.1.1 (Pap. 8 *quaest.*), relativo al caso de incerteza sobre el tipo de *locatio conductio* existente, “*civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit*”. O en D. 19.5.19.pr. (Ulp. 31 *ad Ed.*), cuando, ante la solicitud de un préstamo de dinero y careciendo de él la persona a la que pide, ésta entrega una cosa para su venta y el dinero obtenido quede prestado: si la cosa no fue vendida o se vendió pero no se recibió el precio, “*tutius est agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis*”⁴⁰. Luego aludiremos a esta acción (infra nº 6).

Según Burdese⁴¹, el *agere praescriptis verbis* labeoniano (él prefiere hablar matizadamente para Labeón, con arreglo a la expresión de algunos de los textos que recogen su pensamiento, de *agere praescriptis verbis*, en vez de *actio praescriptis verbis*), se enmarcaría siempre en el ámbito de casos análogos a los contratos consensuales de buena fe. Por mi parte -que, como ya he indicado, no restringiría el *contractus* de Labeón a los contratos consensuales de buena fe, sino que abarcaría a todos los negocios de buena fe-, tengo algo más que la impresión de que a Labeón se debe también la opinión recogida en Ulp. 28 *ad Ed.*, D. 19.5.17.pr.⁴² En efecto. En ese texto Ulpiano se pregunta: *Si*

⁴⁰ A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 389, nt. 3, considera el texto interpolado: “*actio praescriptis verbis* itp. en lugar de la *actio mandati*, a la que se refería Ulpiano en el libro 31 *ad Ed.*”, pero como ya advertía Lenel (y situaciones similares se producen en muchos otros casos de supuestos próximos a contratos típicos), “*species hoc fragmento tractatas prope ad mandatum accedere facile intellegis*”: LENEL, *Paling.* II, col. 624 nt. 4. Vid. BURDESE, *I contratti innominati*, cit., p. 70.

⁴¹ La opinión la ha manifestado en distintas publicaciones; vid., p. ej., A. BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., pp. 129 ss. o A. BURDESE, *I contratti innominati*, cit., pp. 69 ss.

⁴² Sobre esta cuestión vid., aunque no con una argumentación absolutamente coincidente con la que sigue, CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, en *Causa e contratto*, cit., pp. 52 ss.

gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim?: es decir, si te hubiera cedido una *habitatio gratuita*, ¿podré demandarte a través de la acción de comodato? Ulpiano señala que Viviano decía que sí (*Vivianus ait posse*)⁴³, pero agrega que *est tutius praescriptis verbis agere*: exactamente las mismas palabras que acabamos de ver en D. 19.5.19.pr. que Ulpiano atribuye a Labeón. La interpretación que aquí se propone no es arbitraria, pues si se acude a la *Palingenesia* de Lenel se observa cómo en 28 *ad Ed.* Ulpiano trataba del título edictal *Commodati vel contra*, y en todos los casos que anteceden y suceden a D. 19.5.17.pr. (*Paling.* II, Ulp. n° 804) Ulpiano citaba opiniones de Labeón: Ulp. n° 803: ...*Labeo ait*; ... *Labeo recte dicit*; Ulp. n° 805: ...*Labeo scripsit*; n° 806: ...*ait Labeo*. Por tanto, la opinión recogida en D. 19.5.17.pr. *in fine* más que de Ulpiano debe ser de Labeón, o debe remontarse al jurista augusteo. Aunque después de Labeón no ofrezca dudas que los juristas admitieron el comodato de inmuebles (vid. la opinión de Casio refrendada por Ulpiano en D. 13.6.1.1), Labeón parecía reacio a hacerlo (D. 13.6.1.1); probablemente por eso en vez de ejercitar la acción de comodato (que quizá en época labeonisna tenía ya la fórmula *in ius* de buena fe)⁴⁴ Labeón entendía preferible en ese caso *praescriptis verbis agere*. En consecuencia, pues, si la interpretación es correcta, estaríamos ante un supuesto en el que Labeón tutelaría a través de la *actio praescriptis verbis* no sólo convenciones obligatorias próximas a negocios consensuales típicos de buena fe, sino próximas también a los demás negocios típicos de buena fe.

Por tanto, diversos textos relativos a casos de convenciones atípicas que recogen las fuentes⁴⁵ permiten sostener con cierta tranquilidad que Labeón otorgaba tutela procesal a través de la *actio praescriptis verbis* -o, si se prefiere la terminología de Burdese (como “un modo o manera

⁴³ Cfr. D. 13.6.1.1, donde Viviano admite el comodato de la *habitatio gratuita*.

⁴⁴ Es imposible determinar cual fue el momento histórico exacto en que la *formula commodati in ius* se agregó a la antigua *formula in factum*. Recientemente me he manifestado, con indisimulada incerteza, que pudo introducirse en la segunda mitad del siglo I d. C.: vid. J. PARICIO, “*Formulae commodati*”, cit., pp. 163 ss., pero quizá existiera ya en tiempos de Labeón: vid. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1990) p. 547; P. CERAMI, *Il comodato*, en *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga* (Madrid, 1994) pp. 310 ss.

⁴⁵ Otros textos son: Ulp. 11 *ad Ed.*, D. 18.1.50; Ulp. 32 *ad Ed.*, D. 19.5.20 pr. y 2; vid. BURDESE, *I contratti innominati*, cit., pp. 69 ss.

de proceder”), reconocía la posibilidad de *praescriptis verbis agere* en determinados supuestos análogos a los contratos de buena fe típicos. Esta interpretación no parece haber gozado de crédito entre los juristas de la escuela casiana o sabiniana, al menos hasta Juliano, el cual, para ese supuestos (y sólo para ellos) quizá admitiera ya el recurso a la *actio praescriptis verbis*⁴⁶. En cambio, sí fue aceptada por los juristas de la escuela proculiana, que en último término tenían como faro de referencia a Labeón, según probaría un texto de Próculo⁴⁷, que era discípulo directo de Labeón.

5. El término griego *synállagma* aparece una segunda vez en el Digesto en otro importante texto de Ulpiano comentando el *edictum de pactis et conventionibus* (que tal era su nombre completo)⁴⁸. Ulpiano pone el término *synállagma* en boca de Aristón –uno de los juristas romanos más cultos, del que Plinio el Joven (*epist.* 1.22) dejó diseñada una imagen espléndida-, que desarrolla su actividad a caballo de los siglos I y II d. C., y que no parece haber pertenecido a ninguna de las dos escuelas (lo que en aquel momento era algo en verdad excepcional entre los juristas de élite), aunque su formación jurídica quizá la obtuviera con Casio Longino, que había sido jefe de escuela casiana o sabiniana. En todo caso sí quiero destacar que el plateamiento de Aristón, que vamos a ver a continuación, viene a coincidir en sustancia con el de su coetáneo Neracio⁴⁹, jefe de la escuela proculiana en tiempos de Trajano, emperador que a su vez contempló la posibilidad de nombrar a este jurista como su sucesor al frente del Imperio⁵⁰; y, sin embargo, como vamos a comprobar, se distancia del parecer de Celso *filius*, que,

⁴⁶ Vid. *Afric. 8 quaest.* D. 19.5.24, donde, en un supuesto próximo al mandato, responde Juliano *tutius esse praescriptis verbis in factum actione dari*; pero sobre todo (y máxime en el contexto en que se presenta el texto, en relación con los casos presentados en D. 19.5.1.1 y 2), *Jul. 14 dig.*, D. 19.1.3: *in quam* (se refiere a la *actio in factum civilis* o *praescriptis verbis*: cfr. D. 19.5.1.2 y D.19.5.2) *neesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellatione nullae iure civili proditae sunt* [“acción a la que es necesario recurrir cuando se dan contratos que carecen de nombre en el derecho civil].

⁴⁷ Próculo *11 quaest.*, D. 19.5.12. La expresión *in factum iudicium* parece referida a la *actio in factum civilis* en la línea del pensamiento labeoniano. Vid. BURDESE, *I contratti inominati*, cit., pp. 79 s., con lit.

⁴⁸ Vid. O. LENEL, *EP*, p. 64.

⁴⁹ Vid. D. 9.5.6, procedente del libro 1 de los *responsa* de Neracio, donde en el caso de venta de una casa para que tú me repares otra, no se entiende que haya venta, *sed civili intentione incerti agendum est*. Este *responsum* aparece referido por Pomponio 9 *ad Sab.*, D.19.1.6.1.

⁵⁰ Cfr. *SHA., Vita Hadr.* 4.8.

como sabemos, lideró durante un tiempo la escuela proculiana junto a Neracio. Esta discrepancia entre Neracio y Celso no deja de ser tan significativa como (al menos aparentemente) sorprendente⁵¹.

El fragmento al que me refiero se ubica dentro de una cadena de textos de Ulpiano(-Paulo) relativo a las clases de *conventiones*⁵², y, más en concreto, en la larga e importante alusión de Ulpiano a las *conventiones iuris gentium*, donde, tras señalar (D. 2.14.7 pr.) que algunas de ellas engendran acciones mientras que otras engendran excepciones (*iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*), advierte (D. 2.14.7.1) que las que generan acciones no mantienen el nombre de *conventio* sino el de un contrato (como *emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteris similes contractus*). Inmediatamente después, Ulpiano refiere el parecer de Aristón, y lo hace admirativamente frente a Celso (jurista éste por el que, por lo demás, Ulpiano sentía debilidad); leamos desnudamente el texto (Ulp. 4 ad Ed., D. 2.14.7.2):

Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc 'synállagma' esse et hinc nasci civilem obligationem.

Por tanto, si el negocio (*res*) no pasa de tener nombre de un contrato (es decir -según se acababa de señalar en D. 2.14.7.1-, compraventa, arrendamiento, sociedad, comodato, depósito, *et ceteri similes contractus*), pero subsiste una causa (*subsit tamen causa*), elegantemente Aristón respondió a Celso que hay una obligación; así, si yo te dí una cosa para que me dieras otra, o te la dí para que hagas algo: eso es un *synállagma*, y nace de aquí una obligación civil.

Aunque no me puedo detener en este punto, presumiblemente Celso entendía que en esos casos sólo procedía la *condictio* recuperatoria, pues en un supuesto similar de *do ut des*⁵³ ésa

⁵¹ Vid. J. PARICIO, ¿*Celso frente a Neracio?*, en *Festschrift Knütel* (en prensa).

⁵² Vid. P. CERAMI, D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad Ed.). *Congetture sulle "tres species conventionum"*, en *APal.* 36 (1976) pp. 123 ss.; como último, A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., pp. 352 ss.

⁵³ Sobre Celso 3 dig., D. 12.4.16, vid. KNÜTEL, *La "causa" nella dottina dei patti*, cit., p. 135; DALLA MASSARA, *Alle origine della causa*, cit., pp. 233 ss., con completo análisis y lit.

era la solución por la que optaba⁵⁴, y semejante modo de resolver la cuestión justificaría el *responsum* crítico de Aristón.

El texto de Ulpiano (D. 2.14.7.2) prosigue presentando el caso de la dación de un esclavo (Estico) a cambio de que se manumita a otro (Pánfilo): éste es manumitido, pero Estico fue objeto de evicción; se trata, pues, de un supuesto propiamente encuadrable como *facio ut des*. Salvio Juliano todavía interpretaba que se debía otorgar por el pretor una *actio in factum*⁵⁵, mientras Mauriciano -cuyo parecer Ulpiano aprueba: *puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc*- señala que basta la *actio civilis incerti, id est praescriptis verbis*, pues hay contrato, a lo que Aristón llama *synállagma*, del que nace esta acción.

Aunque nada se diga en el texto sobre el particular, no creo que pueda ponerse razonablemente en tela de juicio que Aristón conocía el *synállagma* labeoniano; sin embargo, la concepción de un jurista y otro no son exactamente coincidentes. Si no me equivoco, Labeón llamaba *synállagma* a los contratos típicos bilaterales, concepción que acaso pudiera extenderse a supuestos análogos como los que hemos visto; de cualquier forma, de lo que no cabe duda es de que los que Labeón mencionaba como ejemplos eran todos contratos típicos: compraventa, arrendamiento y sociedad. En cambio, Aristón no ubica los contratos bilaterales típicos en el *synállagma* (esto se deduce de forma directa de las palabras con que comienza el texto: *sed et si in alium contractum res non transeat*, en conexión con D. 2.14.7.1), sino que lo restringe a los supuestos de convenciones atípicas de intercambio de prestaciones, pero siempre que *subsit tamen causa*, expresión discutida hasta el extremo, algo quizá inevitable tanto por su laconismo como por el hecho de que el término *causa* es polisémico como pocos⁵⁶.

En su mayor parte la romanística moderna ha entendido, y durante

⁵⁴ CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund*, cit., p. 67, probablemente por inadvertencia, interpreta que en la discrepancia Aristón-Celso, éste debía pronunciarse por la concesión de una *actio in factum*.

⁵⁵ Sobre el paralelo Paulo 5 *quaest.*, D. 19.5.5.2, donde evidentemente el término “*civilem*” final está interpolado, como, según señala Mommsen, ya advertía Cujacio, vid. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund*, cit., pp. 68 ss.

⁵⁶ Vid., p. ej., G. BROGGINI, *Causa e contratto*, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., esp. pp. 11 ss.

mucho tiempo ha permanecido como interpretación largamente preferida -aunque no única⁵⁷- que la expresión *subsit causa* aludiría al cumplimiento de una de las prestaciones objeto de la *conventio* (en los dos casos que presenta inicialmente el texto: la *datio*, pero igual sucedería en caso de cumplimiento de prestación de *facere*). En esta perspectiva, *causa* se referiría al cumplimiento de una de las prestaciones⁵⁸.

Sin embargo, distintos autores recientes (Santoro, Cannata, Dalla Massara), rechazan, y a mi juicio con innegable fundamento, tanto que el término *causa* se refiera a la *datio*, como que la jurisprudencia romana hubiera construido tales convenciones como aproximadas a los contratos reales; y digo esto último porque, en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, la diferencia entre unos casos y otros no es precisamente menor: en los contratos reales la entrega de la *res* a lo que obliga es a su devolución, mientras que aquí estamos hablando de algo muy diferente.

Como dice ahora Dalla Massara⁵⁹, adherirse a la opinión de los que en el “subsistir” de la *causa* ven simplemente la realización de la *datio*, convertiría en absurda la conclusión en sentido favorable al reconocimiento de una acción enderezada al cumplimiento de la prestación, en lugar de una acción dirigida a la repetición de lo dado. Para estos autores, *causa* se referiría al fin negocial perseguido por las partes, aunque luego pudiera venir conectado al cumplimiento de una de las prestaciones.

A mi modo de ver, la interpretación de Dalla Massara, que entiende

⁵⁷ Las interpretaciones sobre el sentido de *causa* en Aristón han sido muy variadas: como alusión al equilibrio de las prestaciones, o simplemente al negocio celebrado, etc. Vid. una reseña en SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, cit., pp. 86 ss.

⁵⁸ La lista de autores sería enorme; vid. recientemente, p. ej., M. SARGENTI, *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 147. Creo que esta interpretación subyace en A. GUZMÁN, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la Codificación europea y americana*, en *Roma e America. Diritto romano comune* 12 (2001) pp. 201 s., cuando sostiene que es la *datio* la que desencadena causalmente la obligación.

⁵⁹ T. DALLA MASSARA, *Sul “responsum du Aristone in D. 2.14.2*, en *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, cit., p. 308; más ampliamente en DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., pp. 61 ss. y *passim*.

las convenciones atípicas descritas por Aristón como no equiparables a los contratos reales (y tampoco a los consensuales), resulta muy convincente; por eso, el que una de las partes cumpla la prestación convenida no supone asimilación a la entrega de la cosa en las obligaciones *re contractae*, sino que implica el arranque del mecanismo de intercambio.

En la romanística reciente ha sido mérito de Santoro haber insistido⁶⁰ en cómo la interpretación clásica de *causa* sobrevive en el Índice de Estéfano (esc. 1 *ad Bas.* 11.1.7.2: correspondiente a D. 2.14.7.2), donde el jurista bizantino (era contemporáneo de Justiniano) distingue entre la *causa*, entendida como fin negocial -y que debe ser *iusta*, (explicitándose, *iustam autem dico quae inhonesta non est*)-, y la ejecución de una de las prestaciones (*datio vel factum*). [La terminología latina la refiero, claro es, partiendo de la traducción de Heimbach].

Según han mostrado el mismo Santoro y Cannata⁶¹, análogo razonamiento que en D. 2.14.7.2 es el que se encuentra en otro texto también de Ulpiano 42 *ad ed.*, D.19.5.15, que ofrece tanto interés jurídico como gran modernidad en la situación analizada, aunque verse sobre esclavos; al margen de algún retoque formal, se trata de un fragmento genuino. El supuesto presentado se refiere a los informadores a los propietarios de esclavos en fuga acerca del lugar donde se esconden tales fugitivos; los delatores solían recibir una merced por su actuación, y dice Ulpiano que no se considera ilícito lo que se da con tal motivo, por lo que quien ha recibido *ob causam*, y una causa *non improba*, no teme a la *condictio*. En cambio, si nada se pagó, pero existió un acuerdo en el sentido de que se entregara un *certum* si el fugitivo era apresado, se pregunta si se puede reclamar procesalmente lo convenido. Ulpiano dice que esa *conventio* no es *nuda* (*et quidem conventio ista non ex nuda*), en el sentido de que se pueda acudir al principio *ex pacto actionem non oriri*, es decir, que el pacto no genera acción, sino que constituye un cierto negocio (*sed habet in se negotium aliquod*), y por tanto puede nacer una acción

⁶⁰ Vid. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, en *Causa e contratto*, cit., pp. 97 ss.; en la lit. más reciente, DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., pp. 316 ss.

⁶¹ Vid. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, en *Causa e contratto*, cit., pp. 88 ss.; CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, en *Causa e contratto*, cit., pp. 50 s.

civil, *id est praescriptis verbis*. Es palmaria la equivalencia entre la *causa* de D. 2.14.7.2 y el *negotium aliquod* de D. 19.5.15.

En todo caso, y esto me parece muy importante, Aristón restringía el *synállagma* a las convenciones atípicas de intercambio de prestaciones, *excluyendo los negocios gratuitos*. Por fortuna, existe en el Digesto una expresa prueba de ello en un texto de Pomponio (22 *ad Sab.*) recogido en D. 19.5.16.1, donde se refiere una opinión de Aristón. El texto dice lo siguiente: *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. Nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait*. Es decir, que me permitiste que sembrara en tu fundo y retirara el fruto: sembré y no me permites retirar el fruto. Aristón dice que no hay ninguna acción civil para reclamar (es decir, que no cabe la *actio in factum civilis* o *praescriptis verbis*). Concluye Pomponio: *an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo*: esto es, que puede resultar dudoso -y es evidente que otros juristas opinaban lo contrario que Aristón- si se dará la acción por el hecho (entiendo que no se refiere a una *actio in factum* decretal, sino que, teniendo en cuenta el parecer de Aristón que acababa de referirse: *nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait*, sólo puede estar aludiendo a la *actio in factum civilis* o *praescriptis verbis*), pero -dice Pomponio- cabrá la acción de dolo.

La difusión clásica, merced a la interpretación jurisprudencial, de la *actio praescriptis verbis* para exigir en estos casos la contraprestación convenida (presumiblemente precedida por la concesión pretoria de acciones *in factum* decretales de derecho estricto) vino costosamente a superar el régimen antiguo de tutela procesal de estas convenciones sinalagmáticas atípicas; y digo a superar, pero no a derogar por completo. En efecto, antiguamente, cuando en este tipo de negocios atípicos una de las partes había realizado su prestación de dar (es decir, había realizado la *datio*), mientras la otra no cumplía lo convenido, aquélla podía ejercitar la *condictio* recuperatoria de lo dado al carecer el accipiente de causa para retener. Este régimen pervivió (D. 12.4) alternativamente con el nuevo contractual de la *actio praescriptis verbis*, y, por eso, el que había realizado la *datio* (entendida ésta incluso en sentido amplio, es decir, no necesariamente de entrega de la propiedad) y se veía defraudado, podía optar entre exigir la contraprestación convenida o recuperar lo dado.

En cambio, la *condictio* no resultaba posible en este tipo de negocios cuando, tras haber realizado una de las partes el *facere* convenido, la otra incumplía el convenio. En estas situaciones, no quedaba otro remedio que acudir a la acción de dolo, con el grave riesgo que la condena en ella comportaba para el demandado. La *actio de dolo* era una acción pretoria de carácter penal, mediante la cual se perseguía, tras la prueba del dolo, una cantidad pecuniaria equivalente al perjuicio sufrido por el demandante; gracias a la cláusula arbitraria de la acción, el demandado podía evitar, tras la *pronuntiatio* del juez, la sentencia condenatoria (que llevaba aparejada la nota de *infamia*) resarciendo al demandante. Sin embargo, a diferencia de los supuestos anteriores, en los que se mantuvo la alternativa *actio praescriptis verbis* / *condictio*, en estos no podía existir una alternativa *actio praescriptis verbis* / *actio de dolo*, por la sencilla razón de que en el Edicto se supeditaba expresamente la concesión de la *actio de dolo* a que no hubiera otra acción ejercitable (*si de his rebus alia actio non erit*: D. 4.3.1.1, D. 4.3.1.4, D. 4.3.7.7), lo que los juristas interpretaron siempre de modo muy estricto (vid. D. 4.3.1.4 ss., D. 4.3.2 ss.)⁶². La subsidiariedad de la *actio de dolo* impedía, pues, su ejercicio en estos casos desde el momento en que se generalizó la *actio praescriptis verbis*.

6. En relación con la acción sancionadora de un abanico muy amplio de convenciones atípicas, que aparece en los textos jurisprudenciales con distintas denominaciones: *actio civilis*, *actio in factum*, *actio incerti*, etc., aunque las más comunes sean las de *actio in factum civilis* y *actio praescriptis verbis*, resulta imprescindible dejar de lado la interpretación -tan querida por la romanística interpolacionística del pasado siglo, como (al menos a mi parecer) objetivamente devastadora- que entendía los textos jurisprudenciales clásicos conservados en el Digesto como interpolados en masa. Que algunos textos puedan estar retocados al haberse agregado o suprimido algún término, o que algún giro explicativo (del tipo *id est praescriptis verbis actio*), pueda ser un añadido, es admisible, pero de ahí a la otra interpretación media un abismo.

⁶² Sobre la subsidiariedad de la acción de dolo vid. la antigua, pero siempre interesante, discusión entre Albanese y Guarino: B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell' "actio de dolo"*, en *APal.* 28 (1961) pp. 173 ss.; A. GUARINO, *La sussidiarietà dell' "actio de dolo"*, en *Labeo* 8 (1962) pp. 270 ss.; B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell' "actio de dolo"*, en *Labeo* 9 (1963) pp. 42 ss.

Es más, visto ya con una cierta perspectiva histórica, resulta fascinante contemplar a la romanística crítica interpolacionística interpretando que todos los textos estarían interpolados y que esa acción habría sido inventada por las escuelas bizantinas. En este sentido me voy a permitir la lectura de un párrafo central en esta materia del *Classical Roman Law* de Schulz, advirtiéndome que su parecer no ha desaparecido por completo de muchas exposiciones generales recientes de derecho privado romano. Leído hoy no deja de causar perplejidad, incluso conociendo el momento histórico en que se escribió: “La doctrina justiniana [de los contratos reales innominados] no es clásica, pero tampoco fue inventada por los compiladores. Existió ya en la época prejustiniana en forma más o menos perfecta, aunque los juristas clásicos no tuvieran conocimiento de la misma. Los compiladores introdujeron de modo despiadado la doctrina post-clásica en los textos clásicos, pero como no poseemos otros textos que los que figuran en el *Corpus Iuris*, resulta sumamente difícil la prueba de las interpolaciones efectuadas. No podemos entrar en detalles, pero podemos afirmar en conclusión que el principio clásico fue el de que cuando un acuerdo o convenio no podía ser considerado como contrato consensual, no había acción para exigir el cumplimiento. La parte que había transmitido alguna cosa en ejecución de lo convenido, podía recuperarla mediante la *condictio ob causam datorum*; cuando esta acción no podía darse, únicamente se podía utilizar la *actio de dolo*”⁶³.

He leído este fragmento del *Classical Roman Law* de Schulz, pero podía haber elegido otros equivalentes de distintos contemporáneos suyos, algunos incluso tan equilibrados y tan sabios como, por citar solo a uno, Vincenzo Arangio-Ruiz, en cuyas *Istituzioni* pueden leerse cosas muy parecidas a las anteriores⁶⁴.

Es evidente que la *actio praescriptis verbis* trae su origen de la necesidad de solucionar de manera ajustada (quiero decir, más justa) un problema práctico importante como era el de la tutela procesal de las convenciones atípicas, problema que los juristas del Principado, con fuertes discrepancias entre ellos, trataron de resolver

⁶³ SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 523 = *Derecho romano clásico*, cit., p. 500.

⁶⁴ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., reimp. anast. (Napoli, 1974) esp. p. 318.

superando la deficiente regulación arrastrada de la época republicana. Entre esos personajes, hay tres a los que se debe atribuir un lugar de privilegio: Labeón, Aristón y Ulpiano, que, a su vez, está separados cronológicamente entre sí más o menos por un siglo; lo que es una muestra más, entre tantas, de lo que puede costar en el tiempo que algunas ideas triunfen de modo definitivo.

Desde hace tiempo tengo declarada mi adhesión a la interpretación de autores como Santoro, Burdese, Cannata⁶⁵ y otros⁶⁶ que admiten la aplicación clásica de una acción contractual “general”, al margen de las contractuales edictales típicas que protegían los contratos típicos. Sus dos denominaciones prevalentes: *actio* (o *agere*) *praescriptis verbis* y *actio in factum civilis* tendrían sustancialmente el mismo valor. La primera aludiría a su estructura formularia, aunque ahí *praescriptio* (*pro actore*) deba entenderse en el sentido de la *demonstratio* gayana: es decir, aludiría al hecho concreto descrito en la *praescriptio*⁶⁷. La segunda –sólo aparentemente contradictoria en su denominación– se referiría a que, en efecto, se trataba de una *actio in factum concepta*, en cuanto sancionadora de un hecho en principio ajeno al *ius civile* que figuraba al inicio de la fórmula, pero su *intentio* era *in ius concepta*, pues se trataba de la *intentio incerta* común a todos los *bonae fidei arbitria* (*quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere ex fide bona*); por tanto, la denominación *actio in factum civilis* en modo alguno sería contradictoria.

Desde el punto de vista argumentativo, y a diferencia de lo que tan a menudo sostuvo la romanística interpolacionística del pasado siglo, me parece indudable que las denominaciones tan diversas que los textos de los juristas clásicos otorgan a esa acción, y el mantenimiento de todas esas denominaciones en el Digesto, más que hablar a favor de

⁶⁵ Cfr. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, en *Causa e contratto*, cit., pp. 43 ss., con inclusión de la esencial referencia al esolio de Estéfano 1 *ad Bas.* 11.1.7, Heimbach I, 559; vid, por ej., ya antes, SANTORO, *Actio in factum civilis, actio praescriptis verbis e praescriptio*, cit.; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., pp. 73 ss.; BURDESE, *Sul concetto di contratto in Labeone*, cit., pp. 131 ss.

⁶⁶ En el ámbito manualístico vid. ahora M. KASER y R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 17^a ed. (München, 2003) p. 294.

⁶⁷ Sobre la cuestión vid. como último M. VARVARO, *Ricerche sulla “praescriptio”* (Torino, 2008) pp. 130 ss.

la interpolación deponen precisamente en contra de ella. Pues, puestos a interpolar, lo que no tendría excesivo sentido es que se empleasen o se mantuviesen denominaciones diversísimas. Todo lo cual tampoco supone negar por mi parte que algunos textos estén retocados.

La *actio praescriptis verbis* era una acción *in factum*, que carecía de una específica promesa edictal (yo, al menos, no conozco ningún texto que induzca a admitir su existencia)⁶⁸ y que, por tanto, debía ser concedida por el magistrado en función de las circunstancias del caso⁶⁹. La redacción de la fórmula se hacía, como he indicado, mediante una descripción inicial del hecho que se entendía digno de tutela, al que seguía la *intentio incerta* civil común de todos los juicios de buena fe, lo que, evidentemente, aproximaba esta acción a las de buena fe.

Una última cuestión me parece necesario tratar a propósito de la *actio praescriptis verbis*. Es del todo habitual encontrar formulado, tanto en las exposiciones generales de derecho romano como en trabajos especializados, que la *actio praescriptis verbis* era la acción que tutelaba los llamados contratos innominados, cuando una prestación hubiera sido ejecutada en previsión de la contraprestación de la otra parte. Esto, como ya ha sido advertido, y muy en especial por Cannata⁷⁰, debe ser

⁶⁸ Dudoso es, por lo demás, que la acción pudiera encontrar anclaje en el *edictum de pactis et conventionibus*. Las palabras edictales con que el pretor prometía genéricamente amparar los *pacta conventa*: “*Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo*” (cfr. LENEL, *EP*, p. 65), son de una amplitud tal (la promesa pretoria concretada en un *servabo* constituye, además, un verdadero *unicum*: vid. W. SELB, *Das prätorische Edikt: vom rechtspolitischen Programm zur Norm*, en *Iuris professio. Festgabe Kaser* [Wien – Köln – Graz, 1986] pp. 265 ss.) que sería admisible pensar –además, naturalmente, de la protección a través de la concesión de la *exceptio pacti conventi*, cosa que nadie pone en duda– que el pretor se hubiera podido servir de esa vía para proteger a través de acciones convenciones que no gozaban de tutela por medio de fórmulas típicas. De todos modos, la mayor parte de la doctrina tiende a cerrar ese cauce y entiende que la única medida de actuación procesal con fundamento en esa cláusula edictal era la *exceptio pacti*: cfr. por todos, TALAMANCA, *Contratto e patto*, cit., pp. 72 ss.

⁶⁹ El único supuesto en el que la fórmula debió llegar a proponerse en el Edicto fue en el *aestimatum*: vid. Paulo *32 ad Ed.*, D. 19.4.1.pr. y LENEL, *EP*, pp. 300 ss. Algunos autores (incluso nosotros mismos en nuestra exposición general: vid. A. FERNÁNDEZ BARREIRO y J. PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*, 7ª ed, [Madrid, 2007] p. 397) tienden a admitir que eso también sucedió en el caso de la permuta, pero las fuentes no permiten, al menos en mi opinión, disipar todas las dudas.

⁷⁰ Cfr. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, cit., esp. pp. 39 ss.

expresado de una manera diferente. Aunque, por las características de los casos presentados en el Digesto, la mayoría de las veces nos encontremos con situaciones en las que ha existido una prestación, hemos visto que no siempre sucede así. Vamos a contemplar ahora, para concluir este apartado, sólo un significativo caso de este tipo de entre los varios que presentan las fuentes. Se trata del famoso supuesto presentado por Ulpiano (28 *ad Ed.*, D. 19.5.17.3) de los vecinos que acuerdan entre sí intercambiarse sus bueyes durante diez días para hacer una labor (*ut opus faceret*). Ambas partes cumplen lo convenido y los bueyes son entregados. Uno de los bueyes perece, y se plantea qué acción ejercitar. Ulpiano dice que la *actio commodati* no compete porque no hubo comodato gratuito, sino que habrá que demandar a través de la acción de palabras prescrites (*verum praescriptis verbis agendum est*).

En realidad, esa acción contractual general “subsidiaria” y la misma categoría general de contrato que a través de ella paulatinamente va abriendo con gran esfuerzo la jurisprudencia romana, no son sino el modo de solucionar justamente casos concretos próximos a los contratos típicos pero que no se encuentran protegidos por acciones típicas.

7. Pero dejemos las convenciones atípicas para centrarnos ahora en la concepción del contrato en Sexto Pedio, concepción que, a mi modo de ver, tiene una importancia histórica de primer orden. Antes de entrar en ella quisiera hacer una advertencia previa relativa al momento histórico preciso en que desarrolla su actividad como jurista Sexto Pedio.

Desde mi primera publicación sobre la *operis novi nuntiatio*, cuyo original se remonta ya a 1980 y que, evidentemente, nada tiene que ver con la materia que ahora nos ocupa, estoy convencido⁷¹ de que Pedio, del que sólo tenemos noticias de sus opiniones a través de Paulo (en dieciocho ocasiones) y de Ulpiano (en treinta y seis)⁷², estuvo activo como jurista en la que convencionalmente solemos denominar como “época adrianea”. En este mismo sentido se ha manifestado recientemente

⁷¹ Cfr. J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico* (Barcelona, 1982; pero el original es de 1980). A Pedio se debe la *triplex causa nuntiationis* referida en D. 39.1.5.9.

⁷² Cfr. LENEL, *Paling*, II, cols. 1 ss.

Bretone en su *Storia del diritto romano*⁷³, al igual que Wieacker en el segundo volumen (póstumo) de su *Römische Rechtsgeschichte*⁷⁴, pero tal era ya la opinión de Kunkel⁷⁵.

En cambio, la opinión mayoritaria, seguida ahora por Cristina Giachi⁷⁶, y que era ya la admitida entre otros por Lenel⁷⁷, ubica a Sexto Pedio “*sub Nerone et eius successoribus*”. Esta opinión se sustenta, casi exclusivamente, en un dato tan inseguro como son las siglas *SPM* resueltas como *Sextii Pedii medivani* en la lista de abreviatura jurídicas atribuidas a Valerio Probo (gramático de la segunda mitad del siglo I d.C.) del Código Medieval -del siglo XI- de la abadía de Einsiedeln nº 326⁷⁸. De todas las siglas jurídicas ahí incluidas, la única que no haría referencia a terminología jurídica, sino a jurista, sería precisamente ésta, que, además, es la que figura en último lugar. Por otra parte, si ubicamos a Sexto Pedio en el siglo I, y como autor del último gran comentario *ad Edictum* antes de la “codificación adrianea”, resultaría simplemente inexplicable que ni Juliano ni Pomponio (y no sólo en los *digesta* del primero, ni en el –aunque sólo sea conocido a través de juristas posteriores- *ad Edictum* del segundo, sino en ninguna de sus obras) citen jamás a Pedio, como tampoco lo hace ningún otro jurista del siglo II. Así pues, con muy alta probabilidad, Pedio no desarrolló su actividad como jurista en la segunda mitad del siglo I d.C., sino que debió de ser contemporáneo de Juliano, Pomponio y Gayo, y su comentario *ad Edictum* lo realizaría ya sobre el Edicto adrianeo. Por lo demás, de ninguna de las referencias que de sus opiniones transmiten Ulpiano y Paulo cabe deducir que su actividad como jurista se desarrollara en el siglo I d. C. Esta ubicación cronológica de Sexto Pedio en época adrianea, aunque carezca de importancia decisiva para nuestro caso, pues la interpretación que sigue podría mantenerse igualmente aceptando la cronología contraria sobre

⁷³ Vid. M. BRESTONE, *Storia del diritto romano*, 3ª ed en “Manuali Laterza” (Roma-Bari, 1993) p. 460.

⁷⁴ Vid. F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* II (München, 2006) p. 104.

⁷⁵ Vid. W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, reimpresión con (innecesario) cambio de título de la 2ª ed. alemana de 1967, y prólogo de D. Liebs (Köln – Weimar – Wien, 2001) pp. 168 ss.

⁷⁶ Vid. C. GIACHI, *Per una biografia di Sesto Pedio*, en *SDHI* 62 (1996) pp. 69 ss.

⁷⁷ Cfr. LENEL, *Paling.* II, col. 1.

⁷⁸ Vid. *FIRA* II, p. 460.

este jurista admitida por amplia parte de la doctrina⁷⁹, sí puede servir de alguna ayuda para explicar mejor que, al tratarse de dos juristas que debieron de ser contemporáneos (no necesariamente coetáneos), Gayo pudiera o bien no conocer su planteamiento, o, al menos, que éste no hubiera prevalecido todavía en el ámbito jurisprudencial cuando Gayo redacta las *Institutiones*.

El parecer de Sexto Pedio sobre el contrato lo transmite Ulpiano (4 *ad Ed.*, D. 2.14.1.3) del siguiente modo: ... *Ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*. La traducción estrictamente literal es la siguiente: “Como elegantemente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que no tenga en sí una convención, tanto se haga por la cosa como por palabras, pues la estipulación que se hace con palabras, si no hay consentimiento, es nula”.

En primer lugar, y esto es muy importante, Ulpiano comienza con una frase admirativa hacia Pedio (admiración que Ulpiano incluye también en alguna otra ocasión hacia ese jurista: D. 15.1.9.4, 39.1.5.9 y 47.2.50.2): *Ut eleganter dicat Pedius*, lo que está presuponiendo una novedad debida a Pedio, pues si algún jurista antes que él se hubiera manifestado en ese mismo sentido, o bien se tratase de algo admitido por todos antes, resultaría absurdo que Ulpiano refriera su parecer de modo tan elogioso.

Tras esa declaración admirativa, Ulpiano transcribe el *dictum Pedii*: “*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*”. Evidentemente no cabe traducirlo en el sentido de que “no existe ningún contrato, ni ninguna obligación, que no tenga en sí, o no encierre, una convención”, pues eso sería disparatado; existen multitud de obligaciones que no tienen en su origen una convención: baste pensar en las obligaciones delictuales, pero no sólo en ellas, sino también en muchas otras no delictuales y no convencionales. Lo que en realidad el texto presenta es una endiádis, es decir, se expresa un solo

⁷⁹ En tal caso, necesariamente habría que admitir un Pedio desconocido por todos y caído en el olvido durante más de un siglo, y “recuperado” por Ulpiano y Paulo.

concepto con dos términos coordinados, de tal modo que la traducción más precisa sería más o menos la siguiente: “no hay contrato, entendido como supuesto constitutivo de obligación, que no tenga en sí una convención”. Por tanto, lo que Pedio trataría de poner de manifiesto es que en el contrato, con independencia del acto formal (*verbis*-o *litteris*, si fue suprimido del texto), o real (*re*), o del consentimiento (*consensu*)-aunque en este caso la *conventio* se ensimisma con el *contractus*-, debía existir siempre convención o acuerdo. Es claro, por lo demás, que la concepción de Pedio está, al menos a mi entender, tan distante de la de Labeón como de la de Gayo.

La génesis de la formulación del contrato en el sentido de convenio lícito obligacional se debería, por tanto, a Sexto Pedio, y de ahí la importancia que otorga Ulpiano al *eleganter dictum Pedii*. Tal concepción restringida del contrato-convención iba a prevalecer, y puede considerarse como difundida o como dominante en la jurisprudencia de finales del siglo II y principios del III d. C. Resulta evidente, por lo demás, que es también la concepción de Ulpiano. Todo esto en modo alguno pretendo negarlo, pero sí quisiera llamar la atención, antes de entrar en la perspectiva que ofrecen las *Res cottidianae* (nº 10), en dos aspectos (nº 8 y 9) en los que ordinariamente no suele repararse.

8. Por una parte, de los escritos conservados de la jurisprudencia tardoclásica se deduce algo que, a mi modo de ver es difícilmente discutible: junto al concepto restringido de contrato en clave convencional (me refiero, claro es, al de Pedio y Ulpiano), que tiende a prevalecer, los grandes juristas del siglo III -y aludo en concreto a Paulo y al propio Ulpiano-, no dejan de servirse de un sentido amplio de contrato, el mismo que hemos visto en las Instituciones de Gayo. Y esos textos, varios de los cuales los referiré a continuación, es absolutamente seguro que no están interpolados; es más, si se me permite la provocación, casi habría que preguntarse sobre por qué no los interpolaron. Pasemos a verlos:

Primero uno general de Paulo (20 *ad Ed.*, D. 5.3.14): *Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert*. [“Pero nada importa que sea deudor por contrato o por delito”]

Y ahora uno general de Ulpiano (41 *ad Sab.* [*de furtis*], D. 5.1.57):

Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio.
[“Tanto por contratos como por delitos compete acción contra el hijo de familia”].

Pero si los queremos más concretos, oigamos a Paulo llamando contrato a la *negotiorum gestio* (7 *ad Plautium*: D. 3.5.15): *Sed et cum aliquis negotia mea gerat, non multa negotia sunt, sed unus contractus* [“Pero cuando alguien gestiona mis negocios, no hay muchos negocios, sino un solo contrato”].

O escuchemos ahora a Ulpiano denominando contrato no sólo a los actos lícitos convencionales, como el depósito, el precario, el mandato, el comodato, la compraventa, el arrendamiento, etc., sino también a la entrega en dote, a la tutela o a la gestión de negocios (Ulpiano 29 *ad Sab.*, D. 50.17.23): *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et praecarium. Dolum et culpam, madatum, commodatum, venditam, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam.* Etc. [“Algunos contratos sólo exigen la responsabilidad hasta el límite del dolo, otros el dolo y la culpa. Sólo por dolo el depósito y el precario. Por dolo y culpa el mandato, comodato, venta, prenda, locación, asimismo la dación de dote, la tutela y la gestión de negocios, en los que se exige también la diligencia...”].

9. Por otra parte, y este es el segundo punto en el que me quería detener, no deja de resultar muy relevante que cuando -ya entrado el siglo III- Modestino elenca las fuentes de las obligaciones, no se refiera para nada al contrato. Conviene no olvidar que Modestino es el principal de los discípulos de Ulpiano⁸⁰, y que se trata de un jurista muy importante, aunque esto tienda a minimizarse en algunas modernas exposiciones histórica de la Jurisprudencia romana. Se trató probablemente del último jurista con *ius publice respondendi* (casi me atrevería a decir que se entienda como se entienda el *ius publice respondendi*, incluso como lo entienden quienes lo reducen prácticamente a la nada; Modestino fue el último jurista “respondiente”, como lo habían sido Labeón, Próculo, Aristón, Celso, Juliano, Papiniano u otros de los grandes juristas del

⁸⁰ Vid. Ulpiano 73 *ad Ed.*, D. 47.2.52.20.

Principado) y sería más tarde uno de los juristas principales de la llamada “Ley de Citas”.

Su parecer, que procede de sus *libri regularum*, fue recogido por los Compiladores justinianos en D. 44.7.52.pr. ss., casi al final del título *De obligationibus et actionibus*, a la cabeza del cual habían colocado la clasificación de las *Res cottidianae* atribuidas a Gayo (*infra* nº 10). La misma ubicación “marginal” que le otorgan los compiladores resulta ya muy significativa, y el éxito histórico de la tradición gayano-justiniana de las fuentes de las obligaciones iba a oscurecer hasta casi el olvido la clasificación de Modestino, que no deja de ser, sin embargo, la última que ofrece la jurisprudencia romana y, repito, procedente de un jurista muy importante.

Según Modestino, 2 *reg.* D. 44.7.5 pr.: *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato*⁸¹.

Por tanto, Modestino para nada se sirve del *contractus*, y en ninguno de sus sentidos. Según su enumeración, se puede quedar obligado o *re*, o *verbis*, o *re et verbis* (es decir, por mutuo con estipulación), o *consensu*, o *lege*, o *iure honorario*, o *necessitate* (por ejemplo, el heredero necesario: D. 44.7.52.7) o *ex peccato*. A pesar de lo poco expresivo que resulta D. 44.7.52.8, parece que el *peccatum* se refiere al *delictum*, pero, como ya señalé quince años atrás⁸², esa referencia bien pudiera ser un añadido al haberse mencionado ya en el elenco la ley y el derecho honorario, donde estaban tipificados los ilícitos sancionados por el derecho civil y por el pretor, y no existen en esa época actos ilícitos que no estén sancionados o por la ley (entendida en sentido amplio, incluyendo también de legislación imperial y los senadoconsultos), o por el Edicto.

⁸¹ Sobre esta clasificación vid. T. MAYER-MALY, *Das Gesetz als Entstehungsgrund*, en *RIDA* 12 (1965) pp. 437 ss.; T. MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, en *IJ.* 2 (1967) pp. 375 ss.; C. A. CANNATA, *Sulla “divisio obligationum” nel diritto repubblicano e classico*, en *Iura* 21 (1970) pp. 69 s.; M. KASER, *Divisio obligationum*, en *ID.*, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien-Köln, 1986) pp. 169 ss.

⁸² Vid. J. PARICIO, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, cit., p. 55.

Esta clasificación, evidentemente, ofrece muchos problemas, en los que no vamos a entrar aquí. En todo caso, sirve para poner de manifiesto que ni siquiera cuando la jurisprudencia romana creadora estaba lanzando su canto del cisne, se había alcanzado unidad de criterio sobre el modo de configurar las fuentes de las obligaciones.

10. Hemos dicho que en el Digesto aparecen dos clasificaciones básicas de las fuentes de las obligaciones: ésta de Modestino, que históricamente iba a caer casi en el olvido, y, sobre todo, la de las *Res cottidianae*, una obra institucional que los Compiladores justinianos atribuyen a Gayo.

Según el Índice Florentino del Digesto, esta obra constaba de siete libros, pero los fragmentos conservados -en total veintiséis⁸³- pertenecen todos a los tres primeros, que probablemente eran la totalidad de los que componían la obra, pues las *Res cottidianae* no debieron constar de siete libros sino de tres; el número siete se debería, quizá, a uno de los tantos errores de transcripción a los que dan lugar los números romanos, al haberse leído V por I, y, en consecuencia, en lugar de III se leyó por error VII⁸⁴. Sobre la paternidad de las *Res cottidianae* parece imposible ponerse de acuerdo. Hasta hace algunos decenios la doctrina solía entender de modo mayoritario que esa obra, de tan insólitos títulos (*Res cottidianae*, o *Aurea*, o *libri Aureorum*), no procedía directamente de Gayo, sino de un reelaborador posterior. Hoy se tiende a admitir la autoría gayana, contemplándose como una de sus últimas obras, que incluso, según algunos, pudo ser publicada de forma póstuma⁸⁵. Yo en esto pienso -he pensado siempre- como

⁸³ Vid. LENEL, *Paling*. I, cols. 251 ss.

⁸⁴ Sobre esto vid. J. M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las "Res cottidianae"* (Madrid, 1996) pp. 214. Esta explicación me parece la más convincente, pero no es la única de las formuladas. F. SCHULZ, *History of Legal Scienze* (Oxford, ed. 1953; reimpr. util. 1967) pp. 167 s., entendía que la obra constaba de tres libros, y que los cuatro restantes eran las Instituciones de Gayo. T. HONORÉ, *Gayo*, en J. DOMÍNGO (ed.), *Juristas universales*, I (Madrid - Barcelona, 2004) p. 182, entiende que los compiladores debieron manejar un resumen de la obra en sólo tres libros.

⁸⁵ Vid. J. J. DE LOS MOZOS, *La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las Instituciones de Gayo y de Justiniano y su valor sistemático en el moderno derecho civil*, en *SCDR*. 6 (1994) p. 115.

piensan, por ejemplo, Pugliese⁸⁶ Cannata⁸⁷ o Wieacker⁸⁸: que se trata de una reelaboración de las Instituciones posterior a Gayo. En todo caso, tanto una interpretación como otra se basan en indicios, ninguno de los cuales resulta absolutamente probatorio, pues en otro caso no habría discusión. Por lo que respecta a nuestro interés actual, esta cuestión tampoco tiene una importancia decisiva, pues no existe una diferencia sustancial entre que se tratara de una obra de los años setenta/ochenta del siglo II d. C., o que se debiera a un reelaborador poco posterior.

A los efectos que nos importan, el hecho relevante es que, con toda evidencia y aunque no exista definición expresa, en esta obra el contrato ya no se entiende como en las Instituciones de Gayo en el sentido de todo acto lícito destinado a crear un vínculo obligatorio, sino que pasa ahora a tener una concepción convencional. Es decir, que el planteamiento convencional de Sexto Pedio y de otros juristas penetra ya en la perspectiva de las Instituciones de Gayo y se fusiona con ellas, lo que produce en la clasificación un efecto distorsionador. Las obligaciones nacen ahora (3 *aur.*, D. 44.7.1.pr.): o de contrato, o de maleficio (delito), o de la nueva categoría de las *variae causarum figurae*.

Respecto a la exposición de los contratos que figura en las Instituciones, las *Res cottidianae* presentan, por una parte, la novedad del silencio sobre el contrato literal, caído en desuso en la práctica, y, por otra, se completa en ellas la lista de contratos reales, pues no sólo se menciona el mutuo, sino también el depósito, el comodato y el *pignus* (D. 44.7.1.2-6). La ausencia de la *fiducia* quizá no sea necesario buscarla en una supresión por los compiladores (cosa, desde luego, posible), sino en que quizá no figurara ya en el original de las *Res cottidianae* por tratarse una institución que cuando se redactó esta obra estaba en decadencia.

En lo que aquí nos interesa, el autor de las *Res cottidianae*, fuera quien fuese, separa de los contratos e introduce dentro de la categoría vaga y residual de las *variae causarum figurae*, no sólo la *solutio indebiti*

⁸⁶ Cfr. G. PUGLIESE (con la colaboración de F. SITZIA y L. VACCA), *Istituzioni di diritto romano* (Torino, 1990) p. 525.

⁸⁷ Vid. C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano* I, (Torino, 2001) p. 49.

⁸⁸ Cfr. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* II, cit., p. 116.

(D. 44.7.5.3), que, como vimos, tantas dudas producía ya a Gayo por las razones aludidas, sino también otros actos lícitos obligacionales que no podían integrarse ahora entre los contratos por faltar en ellos el convenio: como sucede en la *negotiorum gestio* (D. 44.7.5.pr.), en la tutela (D. 44.7.5.1) o en los legados obligacionales (D. 44.7.5.2). Supuestos que en la concepción de las *Institutiones* gyanas eran propiamente contratos.

La perspectiva de las *Res cottidianae* iba a prevalecer históricamente, pues no sólo fue colocada por los compiladores como frontispicio de D. 44.7 -el título *de obligationibus et actionibus*-, sino que sería reproducida por los redactores de las *Institutiones* de Justiniano, aunque estos no ofrezcan ya una tripartición de las fuentes de las obligaciones, sino una cuatripartición (IJ. 3.13.2), al desglosar el tercer grupo -el de las *variae causarum figurae*- en dos: obligaciones que nacen *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio* o (*quasi ex delicto*), y respecto a las obligaciones *quae quasi ex contractu nascuntur* los ejemplos mencionados son los mismos que aparecían en las *Res cottidianae* (*solutio indebiti*, *negotiorum gestio*, tutela y legados obligacionales) pero con la agregación de la *communio incidens* (IJ. 3.27.3), que al menos no consta en la versión de los *libri Aureorum* que recoge el Digesto. Esa clasificación es la que puede considerarse como la “oficial” justiniana.

En todo caso debe precisarse que las *Institutiones* justinianas hablan de obligaciones que nacen “*quasi ex contractu*” [y “*quasi ex delicto*”], es decir, “como de contrato” [y “como de delito”], pero en ellas no se habla aún (aunque en algunas exposiciones generales modernas así se manifieste con evidente descuido) de “cuasicontratos” [y “cuasidelitos”]. Fue uno de los compiladores justinianos, el jurista Teófilo (quizá siguiendo una denominación ya en uso en las escuelas jurídicas bizantinas), en su Paráfrasis griega de las *Institutiones* de Justiniano, quien, junto a las expresiones *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto*, eliminó a veces la partícula *ex* y empleó ya los términos sustantivados *quasi contracton* y *quasi delicton* (que incluso llegan a figurar en grafía latina en el texto griego de la Paráfrasis: vid. Theoph. Par. 3.27.3, 4.5.pr., 4.5.3); esa terminología iba a gozar de singular fortuna histórica y se transmitiría a la tradición romanística posterior, dando lugar, por lo demás, a un sin fin de incomprensiones por no

tenerse presentes los pasos que han sido señalados, pues la de los cuasicontratos era tan sólo de una categoría residual y no homogénea [al igual que sucedía con la de los cuasidelitos] donde se englobaban los actos lícitos obligacionales que no podían considerarse como contratos por no descansar en un acuerdo de las partes.

Finalmente, resta advertir lo asombroso que resulta que todo el problema de las convenciones sinalagmáticas atípicas o de los contratos innominados, quedara completamente al margen de la clasificación gayano-justiniana de las fuentes de las obligaciones, pues no es sólo que no comparezcan en las *Institutiones* de Gayo, sino que cuando se reestructuró la clasificación gayana a la luz de la concepción convencional del contrato, esos supuestos, por lo demás tan variados como importantes, siguieron quedando al margen tanto de las *Res cottidianae* como, siglos más tarde, de las *Institutiones* de Justiniano. Es decir, que, sorprendentemente, la imagen que transmiten esas clasificaciones es como si se mantuviera el antiguo principio de tipicidad edictal de los contratos. Sin embargo, los textos del Digesto relativos a esas convenciones, y muy en particular D. 2.14.7pr.-ss., iban a dar lugar a un sin fin de controversias, que partiendo de los juristas bizantinos se prolongarían a través de los siglos en los Glosadores, en los Comentaristas, en los Humanistas, hasta llegar a Domat, Pothier, a los Pandectistas, y a la ciencia romanística y civilística contemporánea⁸⁹.

Por lo demás, y con esto concluyo, es incuestionable que en la concepción bizantina el contrato era entendido en sentido convencional. Sobre esto no existen dudas, pues así es como se concibe de modo indubitable en las *Institutiones* de Justiniano. De todos modos, la propia Paráfrasis de las *Institutiones* ofrece una prueba explícita al presentar el consentimiento como elemento central del contrato, en una definición (Theoph. Par. 3.13.2) que deriva de la definición ulpiana de pacto (D. 2.14.1.2), y que refiero en la traducción latina de Reitz (preferible a la de Ferrini):

Contractus (evidentemente el original griego habla de *Synállagma*)
autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus ad

⁸⁹ Sobre esa historia puede verse R. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, en *Causa e contratto*, cit., pp. 101 ss.

*constituendam obligationem et ut alter alteri fiat obnoxius*⁹⁰ [“Contrato es el acuerdo y consentimiento de dos o más personas sobre un mismo punto para constituir una obligación de modo que queden sujetas una con otra”].

A los efectos que aquí interesan, y para la historia jurídica posterior, tiene menos importancia —o, al menos, así me lo parece— que esta definición procediera del propio autor de la Paráfrasis o bien que fuera insertada (presuntamente de forma inepta) por el editor de la misma, como piensa Falcone⁹¹.

⁹⁰ Sobre esta definición puede verse: G. FALCONE, *L'origine della definizione di Synállagma nella Parafarsi di Teofilo*, 1. *Le fonti*, en *SCDR*, 11 (1997) pp. 27 ss., sobre el que incide A. BURDESE, *Sulla definizione teofilina di Synállagma (a proposito di un recente studio)*, en *Revista di diritto romano* [electrónica] 1 (2001); G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di Synállagma nella Parafarsi di Teofilo*, en *Iuris vincula. Studi Talamanca III* (Napoli, 2001) pp. 65 ss.

⁹¹ Vid. G. FALCONE, arts. cit. en nt. 81 y ahora *Postilla sulla definizione teofilina di “Synállagma”*, en *Studi per Giovanni Nicosia III* (Milano, 2007 [pero 2008]) pp. 269 ss.

Finito di stampare
dalla
Salerno Arti Grafiche
Palermo, Gennaio 2010