

LOS CONTRATOS EN LA SISTEMÁTICA ROMANA DE LAS OBLIGACIONES

Fernando MARCÍN BALSA*

A Yoko, que es mi luz

RESUMEN: El autor presenta una reconstrucción histórica de la formación del sistema del derecho de las obligaciones y el lugar que ocupan los contratos dentro de éste. Las obligaciones y los contratos forman parte de un discurso que narra una historia en constante transformación, que a veces progresa y otras se desvía. La experiencia no sólo nos ayuda a entender cómo es que llegamos a donde estamos, sino también a reconsiderar objetivamente las decisiones que hemos tomado para poder usarlas de frente a problemas nuevos, similares, o que se repiten.

ABSTRACT: *The author presents a historical reconstruction of the formation of the law of obligations system and the place contracts hold, within it. Obligations and contracts are part of a discourse that narrates a history of constant transformation, that, at times progresses and at others, gets detoured. The experience helps us to understand not only how we have come to where we are, but also, to objectively reconsider the decisions we have made in order to use them to confront new, similar, or repeat problems.*

* Técnico académico en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; profesor de Derecho romano I y de Historia del derecho mexicano en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

Quiero agradecer a las instituciones que han hecho posible la realización de este trabajo, el Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani de la Università degli studi di Roma 'Tor Vergata' y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Asimismo, agradezco a los profesores Sandro Schipani, Diego Valadés, Jorge Mario Magallón Ibarra, Jorge Adame Goddard, José Antonio Caballero Juárez, Óscar Cruz Barney, y al doctor David Esborraz.

I. PLANTEAMIENTO Y METODOLOGÍA

El análisis del derecho desde la perspectiva del tiempo y del espacio permite que el proceso de construcción del derecho sea completo. El perenne regreso, relectura y resistemización de las fuentes romanas constituye el discurso de un sistema de pensamiento que ha dicho, dice y tiene que decir. Es algo imposible de anular, es un discurso que se renueva y renace con frescura. Lo nuevo no es lo que ha dicho, sino el evento de su regreso.¹

En la historia son patentes las constantes por la vocación universal de ciertas áreas del derecho, la experiencia y el espacio hacen necesario un sentido unitario de justicia en éstas. Quizá, la visión unitaria y, al mismo tiempo, plural descrita por Cicerón del *ius civile* y del *ius gentium*, que muestra la vocación universal del derecho romano, puede ser tomada como punto de partida, principio, o parte inicial de dichas constantes.²

Las obligaciones y los contratos forman parte de un discurso que narra una historia en constante transformación, que a veces progresa y otras se desvía. La experiencia no sólo nos ayuda a entender cómo es que llegamos a donde estamos, sino también a reconsiderar objetivamente las decisiones que hemos tomado para poder usarlas de frente a problemas nuevos, similares, o que se repiten.

El estudio tanto de la forma y de los instrumentos mediante los que el discurso es producido como del orden expositivo que adopta al hacerlo constar son elementos fundamentales para comprenderlo como sistema que tiene como función ofrecer una representación coherente, adecuada y útil para la aplicación, fijación y tradición del derecho.

Una llave de lectura indispensable es tener en cuenta que la sistematización y la definición³ son problemas que van aparejados, ambos consti-

¹ Foucault, M., *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971; Koschaker, P., *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. de A. Biscardi, Florencia, 1962; Lantella, L., *Metastoria I. Pre-lettura teorica per un seminario sull'Enchiridion di Pomponio*, Turín, Giappicheli, 1990.

² Ciceró, *De officiis*, 3, 17: "... quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet", "porque el «*ius*» *civile*", no debe identificarse más que con el «*ius*» *gentium*, así *civile* debe estar junto al *gentium*".

³ "Definición" deriva del latín *definitio*, que deriva de *finis* que significa "límite". Etimología que da una imagen de fijar límites entre una cosa y otra, entre un concepto y otro, entre un significado y otro. En la técnica definitoria más difundida (*genus proximum et differentiam specificam*) se procede enunciando el género próximo y la diferencia

tuyen una búsqueda de elementos comunes que durante el discurso se apoyan en diferentes perfiles que permiten vislumbrar los aspectos permanentes en la materia.⁴

Adecuado o no, el razonamiento contenido en *Topica* de Cicerón es un *parteaguas* y una constante en la estructura del discurso; Cicerón escribió esta obra a petición de Trebacio.⁵ Ésta es más que un resumen de la *Topica* de Aristóteles, es una obra representativa de la adaptación del pensamiento griego al orden expositivo del *ius*.⁶

Para Cicerón, la tópica sirve para descubrir los argumentos de un discurso.⁷ Explica que para descubrirlos, es necesario identificar los *loci* (*locus*: lugar, punto, cuestión) o *sedes* (asiento, fundamento, cimiento) de donde provienen los elementos de estos argumentos.⁸ Saber con qué *genus* (categoría, clase, tipo) está emparentado o conectado y que estas conexiones se realizan por forma, por similitud, por diferencia, por un contrario, por un adjunto, por sus antecedentes, por sus consecuencias, por las cosas que repugnan, por sus causas, por sus efectos, por una comparación de mayoría, igualdad o minoría, por su etimología.⁹

específica más adecuados para la definición que se pretende enunciar. Lantella, L. *et al.*, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Turín, Giappichelli, 2004, pp. 65-92.

⁴ Schipani, S., “La elaborazione del contractus nell’età della formazione del sistema giuridico romanistico. a. Dal contrahere obligationem al contractus. La sistematica delle fonti delle obbligazioni. La definizione del contratto. Appunti”, *Documento del Programma ALFA Rete Omnem*, Roma, 2004-2005.

⁵ D. 1, 2, 45 y 46.

⁶ Pira, G. la, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, il metodo”, *SDHI*, I, 1935; Stein, P., *From juristic rules, regulae iuris, to legal maxims*, Gran Bretaña, Edinburgh University Press, 1966; Viehweg, T., *Topica e giurisprudenza*, trad. y nota introductiva de Giuliano Crifò, Milán, Giuffrè, 1962.

⁷ Cicero, *Topica*, I “... inveniendi artem quae topikØ dicitur...”.

⁸ Cicero, *Topica*, 7 “... sic, cum pervestigare argumentum aliquod volumus, locos nosse debemus... sedes, e quibus argumenta promuntur”.

⁹ Cicero, *Topica*, 11 “Ducuntur etiam argumenta ex eis rebus quae quodam modo affectae sunt ad id de quo quaeritur. Sed hoc genus in pluris partis distributum est. Nam alia coniugata appellamus, alia ex genere, alia ex forma, alia ex similitudine, alia ex differentia, alia ex contrario, alia ex adiunctis, alia ex antecedentibus, alia ex consequentibus, alia ex repugnantibus, alia ex causis, alia ex effectis, alia ex comparatione maiorum aut parium aut minorum”. 25 “His igitur locis qui sunt eiti ad omne argumentum rependum tamquam elementis quibusdam significatio et demonstratio datur...”.

Explica que los *loci* tienen diferentes *membra* (*membrum*: parte, pedazo, pieza).¹⁰ Comienza por su *ipsa definitione* (misma definición).¹¹

Existen dos primeros géneros de definiciones, uno de las cosas que existen; y otro de las cosas que se entienden.¹² Las definiciones pueden ser hechas mediante “particiones” o “divisiones”; se hacen por “partición” cuando el concepto a definir es separado en “miembros”, así, por ejemplo, si alguien dice que el *ius civile* es aquello que consiste en las leyes, en los senadoconsultos, en las sentencias, en la *auctoritas* de los juristas, en los edictos de los magistrados, en la costumbre y en la equidad.

La definición relativa a las divisiones, en cambio, comprende todas las especies que quedan comprendidas en el género que se define, por ejemplo, en este modo: la enajenación de una *res Mancipi*, es o su entrega a otro a título de *nexis* (*mancipatio*), o bien en *in iure cessio* entre quienes estos actos pueden ser cumplidos con base en el *ius civile*.¹³ Los antiguos enseñan: después de haber indicado los elementos que la cosa a definir tiene en común con otras, continuarás hasta llegar a una connotación que la misma no tenga en común con alguna otra.¹⁴

¹⁰ Cicero, *Topica*, 26 “Quando ergo unus quisque eorum locorum quos eui sua quaedam habet membra...”.

¹¹ *Ibidem*, “Et primum de ipsa definitione dicatur. Definitio est oratio quae id quod definitur explicat quid sit”.

¹² Cicero, *Topica*, 27. “Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur”.

¹³ Cicero, *Topica*, 28. “Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat. Divisionum autem definitio formas omnis complectitur quae sub eo genere sunt quod definitur hoc modo: Abalienatio est eius rei quae Mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessio inter quos ea iure civili fieri possunt. Sunt etiam alia genera definitionum, sed ad huius libri institutum illa nihil pertinent; tantum est dicendum qui sit definitionis modus”.

¹⁴ Cicero, *Topica*, 29. “Sic igitur veteres praecipunt: cum sumpseris ea quae sint ei rei quam definire velis cum aliis communia, usque eo persequi, dum proprium efficiatur, quod nullam in aliam rem transferri possit”.

II. DEL ORIGEN DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

1. *La obligación como unidad*

El derecho de las obligaciones está constituido sobre una única estructura, precisamente, la *obligatio*. La expectativa del acreedor y la responsabilidad en la que recae el deudor por el incumplimiento. El deber a la ejecución de la prestación y la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.¹⁵

La *obligatio* sirve a instituciones de una tipología heterogénea. Parecería no existir parentela alguna entre un contrato, un acto ilícito, un enriquecimiento sin causa, la gestión de un negocio ajeno, etcétera. En realidad, todas las relaciones obligatorias son el fruto de la aplicación de aquella única estructura que es la obligación, el análisis de todas estas relaciones reconducirá siempre a la consideración del *modus operandi* de la *obligatio*.¹⁶ Para los romanos las *causae obligationum* son relaciones objetivas con base en las cuales se reconoce la obligación.¹⁷

Los romanos veían primero el medio de defensa, y consideran al *oportere* como un *prius*. Las obligaciones surgían de figuras típicas, lo cual se debe a que la obligación romana estaba íntimamente unida a la acción. En la configuración de la estructura de la *obligatio* destaca que en la *intentio* de la fórmula el *iuris vinculum* se explica en un *oportere* que representa un *prius* respecto a una autorización para condenar o absolver, es decir, preexistente a la sanción derivada de la responsabilidad a la cual se puede llegar mediante el ejercicio de la *actio*, de esta forma se hace evidente la relación entre *obligatio* y *actio*.¹⁸ *Obligatio* en el derecho romano clásico significa un vínculo jurídico entre dos o más per-

¹⁵ Cannata, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, Turín, Giappichelli, 2003, II, 1, p. 12; Talamanca, M., “Obbligazioni”, en Mortati *et al.* (dirs.), *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1979, XXIX, pp. 1-78.

¹⁶ Cannata, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, p. 12.

¹⁷ Bonfante, P., “Il contratto e la causa del contratto”, *Scritti giuridici varii*, Turín, Unione Tipografico Editrice Torinese, pp. 131, 3.

¹⁸ Brasiello, U., “Obbligazione (Diritto romano)”, en Azara, Antonio y Eula, Ernesto (dirs.), *Novissimo Digesto italiano*, Unione tipografico-Editrice Torinese, 1965, pp. 554-570; XI. Grosso, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Turín, Giappichelli, 1947, pp. 5 y 6.

sonas, e implica un deber de una de éstas respecto a la otra, reconocido por el *ius civile* y susceptible de hacerse efectivo mediante una *actio in personam*.¹⁹

El origen de las obligaciones contractuales está íntimamente ligado al origen de la obligación. El contrato está hecho con el propósito de contraer obligación, es un instrumento perfectamente adecuado para la realización de dicha función.²⁰ La obligación representa una construcción tecnológica de la jurisprudencia pontifical, y su invención se da un poco antes de la promulgación de las XII Tablas (entre la mitad del siglo VI a. C. y la mitad del siglo V a. C.). Entonces, las instituciones privadas del *ius civile* se encontraban tuteladas mediante un proceso basado en ritos

¹⁹ Shulz, F., *Derecho romano clásico* (traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro), Barcelona, Bosch, 1960, p. 436. La titularidad de una acción contra la persona obligada es como subraya Ulpiano: D. 44, 7, 25 pr. “Ulpianus libro singulari regularum. Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet. in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet”. “Dos son las especies de acciones; la real, que se dice reivindicación, y la personal, que se llama condictión. Acción real es aquella por la cuál pedimos una cosa nuestra, que es poseída por otro; y es siempre contra el que posee la cosa. Es acción personal aquella con la que litigamos contra el que se nos obligó a hacer o a dar alguna cosa; y siempre tiene lugar contra él mismo”. Mientras que por una *actio in rem* (refiriéndose exclusivamente a la *rei vindicatio*) la legitimación pasiva varía, al poder ejercerse contra el poseedor actual (“in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet”), la *actio in personam* se ejerce contra una única persona, el obligado (“in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet”). Cannata, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, p. 15. O como explica Gayo que cuando afirmamos en la *intentio* de la acción que debe dar, hacer o responder (*dare, facere, praestare, oportere*) se está ante una *actio in personam* que se ejerce en contra de aquel que está obligado hacia nosotros. Gai. 4, 2. “In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere”, “Es acción personal aquella con la que demandamos al que nos está obligado en virtud de un contrato o como consecuencia de un delito; es decir, cuando pretendemos que debe dar, hacer o responder”.

²⁰ Betti, E., *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, Società Tipografica Modenese, 1925.

verbales denominados *legis actiones*.²¹ En esta época arcaica, el tipo procesal determina las pretensiones deducibles.²²

La creación del concepto de obligación y su consecuente desarrollo en un derecho de las obligaciones constituye una de las grandes aportaciones de la jurisprudencia romana clásica.²³ Lo primero que se debe hacer para comprender este desarrollo como observadores *ex post*, es tener una idea de cómo en el *ius civile* romano se resolvían los problemas antes de la invención de la *obligatio*. Primero se debe tener una idea de cómo en aquel tiempo se encontraba estructurado el conjunto de las instituciones privadas, resulta válido decir, el conjunto de relaciones tuteladas mediante las llamadas *legis actiones*. La noción en la que se puede reconocer el lugar que posteriormente ocupará la *obligatio* puede expresarse con el término sujeción.²⁴ Gai. 4, 21²⁵ describe la *manus iniecto* y sobre

²¹ Gai. 4, 11. "Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant, (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex xii tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competere, generaliter de arboribus succisis loqueretur", "Las acciones que estuvieron en uso entre los antiguos se denominaban acciones de ley, bien porque habían dimanado de las leyes (pues en ese tiempo los edictos del pretor, por los cuales se han introducido la mayoría de las acciones, no estaban en uso), o ya porque estaban ajustadas a las palabras mismas de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes. Así, si alguien accionase por el corte de vides y nombrase la palabra vides en la acción, por esta denominación ha perdido el pleito, puesto que quien accionaba debería haber nombrado la palabra árboles ya que la ley de las XII Tablas sobre la cual reposa esta acción por corte de vides, habla de una manera general de árboles cortados". Cannata, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, pp. 38 y 39.

²² Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. I, p. 111.

²³ Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 1996, pp. 1 y 2.

²⁴ Cannata, C. A., *op. cit.*, nota 19, pp. 39-46.

²⁵ Gai. 4, 21. "Per manus iniectionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut iudicati lege xii tabularum. Quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium x milia, quandoque (?) Non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium x milium iudicati manum inicio, et simul aliquam partem corporis eius predebatur; nec licebat iudicato manum sibi deperillere et pro se lege agere, sed vindicem dabatur, qui pro se causam agere solebat. Qui vin-

todo resulta claro que la persona que la ejercía contra alguna otra lo hacía respecto de una cierta suma de dinero. El actor resultaba legitimado para el ejercicio de dicha acción ejecutiva sobre la base de dos presupuestos: uno, que dicha suma había sido atribuida mediante un acto (*iudicare, damnare*) a favor del mismo actor y desfavorable para el demandado, quien resultaba *iudicatus* o *damnatus*, y dos, que el demandado no hubiese realizado la *solutio*. El *non solvisti* del texto, según el uso que hacían del verbo los juristas clásicos, podría traducirse simplemente como “no has pagado”, pero en la época arcaica éste aludía más a un pago en particular, la *solutio per aes et libram*.²⁶ Sin embargo, la noción

dicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur”. “Se utilizaba la acción de ley por aprehensión corporal en aquellos supuestos previstos por alguna ley, como, por ejemplo, para la ejecución de sentencia en virtud de la ley de las XII Tablas. Cuya acción se desarrollaba así: el actor se pronunciaba en estos términos: «Por cuanto has sido sentenciado o condenado a pagarme diez mil sestercios, y como no lo has cumplido por esta razón te aprehendo con fundamento en esta sentencia de diez mil sestercios», y al propio tiempo le sujetaba físicamente. Al condenado no le era lícito desasirse ni defenderse por acción de ley alguna, sino que debía suministrar un *vindex*, que solía defenderle ejercitando en su nombre la correspondiente acción de ley. Aquel que no presentaba un *vindex*, se lo llevaba el demandante a su casa y allí lo encadenaba”.

²⁶ *Gai. 3, 173*. “Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur”. “Hay también otra clase de pago ficticio por medio del bronce y la balanza. Y esta clase se admite en ciertos casos, por ejemplo, cuando se debe algo por un crédito que ha surgido por el bronce y la balanza, o lo que se debe por causa de una sentencia”. *Gai. 3, 174*. “Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens; deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur: quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam. Deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa”. “Se necesitan no menos de cinco testigos y el portador de la balanza. Después aquel que va a quedar liberado debe decir así: «Puesto que yo he sido condenado en juicio frente a ti a tantos miles de sestercios; por este título me desato y me libero de ti con este bronce y esta balanza de bronce. Yo te peso, según la ley pública, esta primera y última libra». Después golpea la balanza con una moneda y se la da como pago a aquél de quien se libera”. *Gai. 3, 175*. “Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat. De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet, et ita si certum sit. Quidam et de eo, quod mensura constat, idem existimant”. “Igualmente, el legatario libera del mismo modo al heredero de un legado

de obligación evolucionó hacia la idea de deber una prestación, lo cual resulta incompatible con la idea de sujeción. Los instrumentos necesarios para la invención de la *obligatio* fueron la *sponsio* y la *legis actio per iudicis postulationem*.²⁷

Sobre la *legis actio per iudicis postulationem* por Gai. 4, 17a,²⁸ se sabe que estaba prevista en las XII Tablas, que era una acción declarativa, que no implicaba un *sacramentum*, y consistía en la solicitud del nombramiento de un juez o un árbitro a favor del *stipulator* insatisfecho en contra del *promissor* que ha incumplido. La declaración inicial del actor brinda una indicación esencial “ex sponsione te mihi x milia sestertium dare oportere”. El punto central es el uso del verbo *oportere*, que explica la obligación desde el punto de vista de una deuda tutelada por una acción.²⁹

El papel de la *sponsio* en la invención de la *obligatio* puede insertarse e ilustrarse en un fenómeno semántico recurrente en las fuentes, que consiste en el migrar de un significado de un nivel empírico a un nivel estático. *Obligatio*, de tener el significado de acto vinculante pasó a significar *vinculum iuris*. Gai. 3, 93³⁰ presenta rastros del significado de *obligatio* en

que ha sido dejado *per damnationem*, claro que así como el que ha sido vencido en juicio manifiesta que ha sido condenado, el heredero dice que está obligado a dar por el testamento. Sin embargo, el heredero se puede liberar de este modo tan sólo de aquel legado que consista en cosas susceptibles de contarse o pesarse y que sea cierto. Algunos piensan que también se incluyen los objetos que se pueden medir”.

²⁷ Cannata, C. A., *op. cit.*, nota 19, p. 62.

²⁸ Gai. 4, 17a. “Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis fere erat. Qui agebat sic dicebat: ex sponsione te mihi x milia sestertium dare oportere aio: id postulo aies an negas. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des...”. “Se llevaba a cabo un proceso para la solicitud de un juez en los casos previstos en una ley, como la ley de las XII tablas, por lo que se solicita con base en una estipulación. El proceso era conducido de tal forma: Quien actuaba decía: «afirmo que tú me debes dar diez mil sestercios con base en promesa solemne (*sponsio*): te pido que lo admitas o lo niegues». El adversario decía que no debía. El actor decía: «Ya que tú niegas, o pretor, te pido a ti que nombres un juez o un árbitro»...”, Cannata, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, p. 71.

²⁹ Cannata, C. A., *op. cit.*, nota 19, pp. 71 y 72.

³⁰ Gai. 3, 93. “Sed haec quidem verborum obligatio dari spondes? Spondeo propria civium romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives romanos sive peregrinos, valent. Et quamvis ad graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo # doseis; doso: homologueis; homologo: pistei keleueis; pistei keleuo:

su sentido originario (“sed haec quidem verborum obligatio Dari spondes? Spondeo propria civium romanorum est”). Aquí el acto de obligarse, la *sponsio* se llama *obligatio* mediante la intervención de *haec* en función indicativa.³¹

La *sponsio* es una promesa formal y constituye el tipo originario de la *stipulatio*. La *sponsio*, al ser introducida al *ius civile* estaba prevista sólo como promesa de dar una suma determinada de dinero (*dare certam pecuniam*) o una cosa determinada (*dare certam rem*). La forma de la *sponsio* era exclusivamente oral, por ejemplo, una promesa de dar 10 *sestertios*, tendría la siguiente forma: “Stipulator: Spondes mihi decem sestertios dari? Promissor: Spondeo”. Su análisis presenta diversos requisitos formales fundados en razones sustanciales precisas.³²

Los elementos fundamentales de la *sponsio* fueron su oralidad, su estructura en forma de pregunta y respuesta, y el hecho de que en el diálogo el acreedor hablase primero. En cuanto a la necesaria oralidad, durante el tiempo de la introducción de la *sponsio* los pontífices sólo crearon actos entre vivos, orales, reservando la escritura al testamento. El problema a explicar sería la persistencia oral de la *stipulatio* en la historia sucesiva de la institución, pero este es un tema que no se tocará

poieseis: poieso #, etiam hae tamen inter cives romanos valent / tamen /, si modo graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamvis latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent si modo latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio dari spondes? Spondeo adeo propria civium romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicantur a graeca voce figurata esse”. “Pero la obligación verbal *dari spondes? Spondeo*, es indudablemente la propia de los ciudadanos romanos; las otras, en verdad, son del derecho de gentes y por consiguiente valen entre todos los hombres, ya sean romanos, ya extranjeros; y aunque fueran expresadas en lengua griega, como por ejemplo en esta forma: (darás), (daré); (¿prometes?), (prometo); (¿das tu palabra?) (doy mi palabra); (¿harás?) (haré), valen, no obstante entre los ciudadanos romanos a condición de que tengan conocimiento de la lengua griega; y al contrario, aunque se pronuncien en latín, valen también entre los extranjeros a condición de que tengan conocimiento de la lengua latina. Por el contrario, la obligación verbal *dari spondes? spondeo*, es propia de los ciudadanos romanos hasta tal punto que no se puede trasladar al griego por traducción con exactitud, aunque se diga que deriva de una palabra griega”.

³¹ Lantella, L., “Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (repertorio di strumenti per una lettura ideologica)”, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Turín, Giappichelli, 1976, p. 56.

³² Cannata, C. A., *op. cit.*, nota 19, p. 63.

por ahora.³³ La estructura en forma de diálogo está estrechamente ligada a la exigencia de que la obligación surge con la respuesta afirmativa del deudor, a la invitación del acreedor a obligarse a realizar una prestación en su favor. La exigencia que los juristas intentaban satisfacer con esto era precisamente que la obligación naciera de la formalización de un acuerdo previo. Lo que los pontífices querían era precisamente que la obligación no se formara sin que hubiera mediado una consciente, libre y absoluta decisión.³⁴

La *sponsio* se transformó en la *stipulatio* cuando se admitió su conclusión sin el uso del verbo *spondere*, por lo que el negocio ya no sólo era de *ius civile*, sino también de *ius gentium*.³⁵ Ni esta evolución, ni los desarrollos posteriores que extendieron la promesa de *dare* a *dare facere praestare* constituyeron una transformación de su carácter abstracto y unilateral que crea una única obligación con una única prestación.³⁶ Esto lo comprueba la definición de *stipulatio* adjudicada a Pomponio y contenida en D. 45, 1, 5, 1. “Pomponius libro vicensimo sexto ad Sabinum. Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur datum facturumve se quod interrogatus est responderit”. “La estipulación es una fórmula de palabras con la que quien es interrogado responde que dará o hará aquello que se le interrogó”. Lo que esta evolución trajo fue que las partes pudieran prometer cualquier *dare facere praestare* que tuvieran en mente.³⁷ Como dice el mismo Pomponio un poco más arriba: “Stipulationum... quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum”. “Unas estipulaciones... se hacen por convención de los reos, de las que hay tantas especies, por decirlo así, como cosas que se contratan”.³⁸

El carácter abstracto de la *obligatio ex stipulatio* no debe exagerarse. Ya que por efecto de una *exceptio doli* el juzgador resultaba obligado a tener en cuenta la causa.³⁹ Sin embargo, esto se debió a una progresiva relajación de la forma.

³³ *Ibidem*, p. 66.

³⁴ *Ibidem*, p. 64.

³⁵ Gai. 3, 93.

³⁶ Cannata, C. A., *op. cit.*, nota 19, pp. 106 y 107.

³⁷ Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, p. 91.

³⁸ D. 45, 1, 5 pr.

³⁹ Shulz, F., *Derecho romano clásico*, trad. de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960, p. 459.

La promesa formal realizada *spondes? spondeo* puede considerarse como expresión de la asunción de un compromiso serio por parte del deudor y jurídicamente vinculante entre dos partes.⁴⁰ La razón por la cual la jurisprudencia pontifical escogió el uso del verbo *spondere* con el sentido de la asunción de un compromiso por la parte que se obliga, parece haber sido la razón por la que Verrius (citado por Festo) proponía como etimología de *spondere* al adverbio *sponte* que significa “espontáneamente” para destacar que el verbo alude a una promesa realizada voluntaria y libremente.⁴¹

2. La obligación como proceso

La *sponsio-stipulatio* creaba una única obligación, por decirlo así, como aislada *in vitro*.⁴² La invención de juntar la cláusula *ex fide bona* al *oportere* (*oportere ex fide bona*) que se da con alta probabilidad durante los siglos III y II a. C., es una expresión de *concepta verba* elaborada por la jurisprudencia. Es el fruto de la transposición del *solemne verbum*, que designaba a la obligación entre romanos en la tradición de las *legis actiones*, dentro del ámbito de la contratación internacional entre extranjeros y romanos, al cual el esquema jurídico que representa la obligación se adaptó sustancialmente, pero coligado a la *fides bona* tipificando *emptioes*, *venditiones*, *locationes*, *conductiones*, *mandata*, *societas*. Para madurar en una tutela típica en términos de *formulae* de acciones *in ius conceptae*, en las cuales la prestación es considerada homogénea (siempre *quid dare facer oportere ex fide bona*) y conectada a diversos tipos de negocios mediante la *demonstratio*. Lo descrito constituye un momento fundamental en la historia de las obligaciones, tanto como la invención por parte de los pontífices de un *oportere ex sponsione*.⁴³

⁴⁰ Cannata, C. A., *op. cit.*, nota 19, p. 63.

⁴¹ Fest. L. 440, 1: “Spondere Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur...”. Citado por Cannata, C. A., *op. cit.*, nota 19, p. 64.

⁴² *Ibidem*, p. 77.

⁴³ Cardilli, R., “Divagazioni «storico-dogmatiche» sul legame tra contratto e obbligazione”, *Scritti in onore di Vincenzo Bounocore*, vol. I: *Teoria generale, Storia del diritto, Diritto pubblico*, Giuffrè, 2005, pp. 44-46.

3. De la definición y de la sustancia de la obligación como institución

De la descripción de Paulo de la sustancia de las obligaciones contenida en alguna parte del *libro secundo institutionum* y colocada por los compiladores del *Digesto* en el título denominado “De obligationibus et actionibus” en D. 44, 7, 3 pr,⁴⁴ se desprende que *obligatio* significa tanto relación obligatoria como acto con efectos obligatorios. Lo primero que afirma Paulo es que la *substantia* de la obligación no consiste en atribuirnos la propiedad de una cosa o un derecho real; en otras palabras, un acto con efectos obligatorios no es un acto con efectos reales. Afirmación que hasta cierto punto constituye una banalidad. Lo que Paulo está precisando es que para individualizar el sentido de la *obligatio* es necesario darse cuenta que ésta no atribuye a la persona a quien beneficia algún poder sobre cosas.⁴⁵ Entonces, ¿qué resulta a favor de la persona beneficiada por una *obligatio*? A esta pregunta responde la segunda frase de Paulo, que empieza mencionando al otro partícipe de la obligación, la consideración sobre esta otra persona indica el lugar del carácter operativo de la obligación, el efecto de la *obligatio* es crear una persona obligada, jurídicamente constreñida en nuestro favor a cumplir una prestación consistente en *dare fare praestare*, tres tipos de prestación coordinados por *vel*, que significa que cualquiera de estos tres tipos pueden presentarse: solos, dos o los tres.⁴⁶

De la lectura de la definición de *obligatio* contenida en J. 3, 13 pr,⁴⁷ se recoge que las obligaciones no pueden prescindir de dos o más perso-

⁴⁴ D. 44, 7, 3 pr. “Paulus libro secundo institutionum. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid faciendum vel praestandum”. “La sustancia de las obligaciones no consiste en aquello que hace nuestra una cosa corpórea o una servidumbre «derecho real sobre cosa ajena», sino en el hecho de constreñir a otro en nuestro favor a un *dandum* o a un *faciendum* o a un *praestandum*”.

⁴⁵ Cannata, C. A., *op. cit.*, nota 19, p. 13. Para los romanos el transferimiento material de la cosa se lleva a cabo con la *mancipatio*, la *in iure cessio* o con la *traditio*, principio que sólo con el tiempo se fue atenuando. CT. 4, 5, 1; C. 8, 13 (14), 13. Biondi, B., “Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratto moderno”, *Scritti giuridici*, IV: *Diritto moderno varieta*, Giuffrè, 1965, pp. 378 y 379.

⁴⁶ Cannata, C. A., *op. cit.*, nota 19, pp. 14 y 15.

⁴⁷ J. 3, 13 pr. “Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicui solvendae rei secundum nostrae civitatis iura”. “La obli-

nas, el acreedor y el deudor no pueden faltar. Muestra un concepto de obligación que refleja tres elementos esenciales: vínculo, personas y prestaciones.⁴⁸

III. DE LOS CONTRATOS EN LA SISTEMÁTICA ROMANA DE FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

1. *Por la noción de negotium contractum se da una especificación respecto al genérico contrahere*

Las fuentes atribuyen a Servio Sulpicio⁴⁹ el más antiguo uso de *contractus* (el acto de *contrahere*) para expresar el contraimiento que sucede durante el intercambio de promesas denominadas *sponsalia*; el jurista observa el fenómeno desde la perspectiva del momento de su origen.⁵⁰ *Contractus*, en ese contexto, es el participio pretérito masculino de *contrahere*, significa “contraído” (contrato). Sustantivada la misma forma, designa “lo contraído” (“el contrato”, “el contraimiento”, “la contracción”). Esta forma carecía entonces de carácter técnico, significa bajo forma sustantivada, lo mismo que *contrahere* bajo forma verbal, la celebración o la conclusión de un acto subjetivamente bilateral. No significa ni el acto ni la relación misma.⁵¹

Las fuentes muestran que en el campo de las obligaciones el verbo *contrahere* presenta un uso genérico y las abraza a todas, se contrae una obligación sin importar cual sea su fuente. Se contrae una obligación *ex re*, *ex facto* dirían los juristas romanos, formulan frases como *contrahere delictum*, *crimen*, *emptionem*, *stipulationem*, *negotium*, etcétera.⁵²

gación es el vínculo jurídico, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad”.

⁴⁸ Brasiello, U., *op. cit.*, nota 18, pp. 554-570.

⁴⁹ I. siglo a. C. contemporaneo de Quinto Mucio y amigo de Cicerón.

⁵⁰ Aulio Gellio, *Noctes Atticae*, 4, 4. “Seruius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: ...Is contractus stipulationumque dicebatur sponsalia...”.

⁵¹ Guzmán Brito, A., “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato, I: El vocabulario de la negocialidad jurídica en el derecho romano”, *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, Valparaíso, 26, 2004, pp. 89 y 90.

⁵² D.1, 3, 1. Papinianus libro primo definitionum. “Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coerci-

El sustantivo *contractus*, expresión elíptica de *contractus negotii* como *contractum* lo es de *negotium contractum*, no aparece en el uso de los juristas romanos sino hasta fines de la República. Tiene la misma raíz semántica que el verbo *contrahere*, el cual aparece usado en sentido amplio como elipsis de *contrahere negotium* con aplicaciones distintas.⁵³

El término *negotium*, frecuentemente en plural (*negotia*), se muestra utilizado de diversas maneras, que van del significado económico de “asuntos” en un sentido genérico, que caracteriza la particular figura de la *negotiorum gestio*, a la designación del negocio mismo, con referencia genérica o a negocios en particular.⁵⁴

tio, communis rei publicae sponsio”, “La ley es precepto común, deliberación de hombres prudentes, represión de los delitos que se contraen voluntariamente o por ignorancia, común solemne *sponsio* de la república”. D. 12, 5, 2, 2. *Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum*. “Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret, est quidem relatum conditioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit (iudicem enim corrumpere videtur) et non ita pridem imperator noster constituit litem eum perdere” “De hecho, se ha sostenido que una *condictio* yace donde, cuando yo tengo una acción que gana una causa, yo pago para hacer al juez pronunciar en mi favor. Aunque, después quien paga contraiga un crimen (por que corrompe al juez), y no hace mucho tiempo nuestro emperador estableció que él perdía su causa”. D. 39, 5, 15. *Marcianus libro tertio institutorum*. “Post contractum capitale crimen donationes factae non valent ex constitutione divorum Severi et Antonini, nisi condemnatio secuta sit”, “Donaciones hechas después de que se contrae un crimen capital son invalidas, bajo una *constitutio* de los divinos Severo y Antonio, desde que se cancelan si resulta la *condemnatio*”. Bonfante, P., “Le obbligazioni”, *Corso di diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1979, vol. IV, pp. 251 y 252.

⁵³ Burdese, A., *Manuale di diritto privato romano*, Turín, Utet, 1993, pp. 418 y 419.

⁵⁴ D. 45, 1, 83 pr. *Paulus libro septuagensimo secundo ad edictum*. “Inter stipulantes et promittentem negotium contrahitur. itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. et qui spondet «dolum malum abesse afuturumque esse», non simplex abutivum spondet, sed curaturum se, ut dolum malum absit: idemque in illis stipulationibus «habere licere» item «neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiam», “Entre el estipulante y el promitente se contrae un negocio, el que uno prometa para que algo sea dado o hecho en favor de otro no lo hace quedar obligado. Porque cada cual debe prometer por sí; y el que promete que «no hay y no habrá dolo malo», no promete una simple negación, sino que él cuidará de que no haya dolo malo. Al igual que en estas estipulaciones «para permitir poseer» del mismo modo «que ni tú ni tus herederos harán que no se haga». Es esta designación del substrato económico de la relación, individuada y caracterizada por la contraposición del *negotium* a la *donatio* y a los actos de derecho sucesorio. D. 24, 1, 58 pr. *Scaevola libro secundo responsorum*. “Si praedia et mancipia Seiae data effecta

El término reconoce algunas limitaciones, nunca se aplica a las donaciones, *negotia gerere* y *donatio* suelen contraponerse;⁵⁵ no se usa para designar actos de estructura unilateral,⁵⁶ ni a los del derecho sucesorio, que casi siempre presentan tal estructura, aparte la gratuidad, como en las donaciones. En consecuencia, *negotium* recibe aplicación sólo en el ámbito del tráfico bilateral y oneroso.⁵⁷

Por tanto, la base del *contractus* resulta formada por el sustantivo *negotium* y el verbo *contrahere*. Las oscilaciones del sustantivo *contractus* en la jurisprudencia clásica presentan ya una especificación respecto al genérico *contrahere*, a partir de que *contractus* aparece restringido al *negotium contractum*, tiene una historia independiente y un uso jurídico preciso, que va de la mano de una rigurosa tipicidad. El verbo *contrahere* paralelo a *obligare* y en antítesis de *solvere*, en el lenguaje de los juristas romanos se acerca más al significado de contraer en el sentido de crear un vínculo que al de convenio, alude más a la naturaleza intrínseca del *negotium*.⁵⁸

sint eius tempore concubinitus ac postea tempore matrimonii aliis acceptis redditae sunt, quid iuris est? respondit secundum ea quae proponerentur negotium potius gestum videri, quam donationem intervenisse”, “Si los predios y los siervos dados a Seya se hubieran hecho de ella durante el concubinato, y después fueron devueltos al tiempo del matrimonio habiendo recibido otros, ¿qué derecho hay? Respondió, que según lo que se proponía se considera que más bien se gestionó un negocio, y no que haya mediado donación”. D. 24, 3, 24, 4. *Ulpianus libro trigesimo tertio ad edictum*. “Si vir voluntate mulieris servos dotales manumiserit, si quidem donare ei mulier voluit, nec de libertatis causa impositis ei praestandis tenebitur: quod si negotium inter eos gestum est, utique tenebitur, ut officio iudicis caveat restitutum se mulieri, quidquid ad eum ex bonis liberti vel ex obligatione pervenisset”, “Pero si con voluntad de la mujer hubiere manumitido el marido los siervos dotales, si verdaderamente quiso la mujer hacerle donación, no estará obligado a prestarle a ella lo que les impuso por causa de la libertad; mas si entre ellos hubo una gestión de negocios, estará ciertamente obligado, de suerte que por ministerio del juez de caución de que habrá de restituir a la mujer cualquier cosa que en poder de él hubiese ido de los bienes del liberto, o en virtud de obligación”. Bonfante, P., “Sulla genesi e l’evoluzione del contractus”, *Scritti giuridici varii. Obbligazioni, comunione e possesso*, Turín, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1921, III, pp. 107-124. Grosso, G., *Il sistema romano dei contratti*, 3a. ed., Turín, Giappichelli, 1963, pp. 38-40.

⁵⁵ D. 24, 1, 58 pr.; D. 24, 3, 24, 4, etcétera. Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, p. 188.

⁵⁶ Un ejemplo se encuentra en D. 12, 6, 33 donde de una *inaedificatio* se dice no haber habido un *negotium contractum*. Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, p. 188.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Bonfante, P., “Sulla genesi e l’evoluzione del contractus”, *cit.*, nota 54, pp. 107-124; Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 38-40.

2. *En Quinto Mucio se observa una sistemática entre el modo de contraer obligaciones y el modo de cumplirlas, y el delinearse de un cuadro de obligaciones contractuales fundado en el modo de obligarse*

A Quinto Mucio⁵⁹ se le atribuye el pensamiento contenido en un comentario de Pomponio, colocado por los compiladores del *Digesto* en el título “De solutionibus et liberationibus”, D. 46, 3, 80,⁶⁰ en particular se cree original el lema que abre el pasaje “Prout quidque contractum est, ita et solvi debet”,⁶¹ dato que constituye algo relevante, en éste se lee que Quinto Mucio daba un significado técnico al neutro *contractum*, al confrontarlo con el *solvere* que se utiliza sólo en el ámbito de las obligaciones. Aquí *contractum* significa “contraimiento de alguna obligación”, y muestra una sistematización fundada en la correspondencia entre el modo de obligarse (*contractum est*) y el modo de liberarse (*solvi debet*).⁶²

⁵⁹ I siglo a. C. De acuerdo con Pomponio, Quinto Mucio fue el primer jurista en hacer constar el *ius civile* por géneros en una obra de dieciocho libros. D.1, 2, 2, 41. *Pomponius libro singulari enchiridii. Quintus Mucius... ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo.*

⁶⁰ D. 46, 3, 80. *Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium.* “Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequum cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest”. “Según como algo se contrae, así también debe cumplirse: de suerte que, cuando se haya contraído mediante una cosa, se debe pagar con la cosa, o, cuando hayamos dado en mutuo, se debe devolver otra tanta cantidad. Y cuando contraemos verbalmente alguna cosa, la obligación se debe resolver o con la cosa, o verbalmente; como cuando al prometedor se le da por pagado; con la cosa, como cuando entrega lo que prometió. Igualmente, cuando se compra, o vende, o se da en locación, se contrae por el nudo consentimiento, asimismo se pueden disolver por el disentimiento contrario”.

⁶¹ El fragmento constituye un pasaje de una obra de carácter lemmático atribuida a Pomponio, misma que se presenta como comentario a *libri iuris civilis* de Quinto Mucio. Pasaje en el cual, si bien falta la cita directa (*Quintus Mucius ait o scribit*) puede asegurarse que el lema que abre el pasaje pertenece a Quinto Mucio. Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, Giappichelli, Turín, 1992, I, p. 25.

⁶² Gallo, F., “Synallagma e conventio nel contratto”, *Corso di diritto romano*, Turín, Giappichelli, 1993 y 1995, I y II, pp. 23-56. El cumplimiento de una obligación consiste en

De la siguiente parte del pasaje D. 46, 3, 80, que va de “ut cum re contraxerimus” a “dissensu contrario dissolvi potest”, se ha dicho que parece estar manipulado, las combinaciones *vel re vel verbis* y la expresión *consensu nudo* parecen ser la prueba de dichas manipulaciones que podrían ser adjudicadas a Pomponio o a los compiladores del *Digesto*. Sin embargo, este pasaje sirve como testimonio de que ya en tiempos de Quinto Mucio existía en el derecho civil un elenco de contraimientos o modos de obligarse, *re, verbis*, al cual, en el ámbito del *ius gentium* se adhería el obligarse *consensu*, dato que posteriormente se confirma con Sabino, en un comentario de Ulpiano colocado por los compiladores en el título *De diversis regulis iuris antiqui*, D. 50, 17, 35⁶³ (*nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*).⁶⁴ Es evidente que la partición

la efectiva, íntegra y oportuna realización de la prestación. *Satisfactio* significa el hecho del efectivo cumplimiento de una prestación obligacional, *solutio y liberatio* pueden ser considerados sinónimos que aluden al efecto de la disolución del vínculo y la liberación del deudor. D. 50, 16, 176. *Ulpianus libro quadragesimo quinto “ad Sabinum”*. «Solutionis» verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. «solvere» dicimus eum, qui fecit quod facere promisit”, “Place que con la palabra «solución» se deba entender también toda satisfacción; decimos que «soluciona» el que hizo lo que prometió hacer”. D. 50, 16, 47. *Paulus libro quinquagesimo sexto ad edictum*. “«Liberationis» verbum eandem vim habet quam solutionis”, “La palabra liberación tiene la misma fuerza que la de «solución»”. D. 46, 3, 54. *Paulus libro quinquagesimo sexto ad edictum*. “Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem”, “La palabra solución corresponde a toda liberación hecha de cualquier modo, y se refiere más bien a la sustancia de la obligación, que a la solución (al pago) del dinero”. En este texto atribuido a Paulo la palabra “sustancia” debe ser entendida en el sentido de “subsistencia” de la obligación más que al hecho mismo de haberse pagado el dinero. D. 42, 1, 4, 7. *Ulpianus libro quinquagesimo octavo ad edictum*. “Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit”, “Debemos entender que «solucionó»’ no sólo el que solucionó (pagó), sino absolutamente todo el que fue liberado de la obligación que proviene de la cosa juzgada”. Guzmán, Brito, A., *Derecho privado Romano*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. II, pp. 291 y 292.

⁶³ D. 50. 17. 35. *Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum*. “Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur”, “Nada es tan natural como que la cosa se disuelva de la manera en la que se contrató; y por lo tanto la obligación verbal se disuelve con palabras y la obligación de nudo consentimiento se disuelve por el consentimiento contrario”.

⁶⁴ Gallo, F., “Synallagma e conventio nel contratto”, *cit.*, nota 62, pp. 23-56.

re, verbis, consensu pone el acento sobre el modo de obligarse y su correspondiente modo de liberarse.⁶⁵

Por otro lado, destaca la ausencia de la *obligatio litteris contracta* enunciada y tratada por Gayo. Esto se puede deber a la sistemática extirpación de este negocio por parte de los compiladores del *Digesto*, en tiempos de Justiniano había desaparecido el *nomen transscripticium*, típico contrato contenido en esta clase de modos de obligarse. El *nomen transscripticium* se explicará más adelante al analizar a Gayo.

3. *Entre Quinto Mucio y Cicerón se observa una distinción entre los contraimientos consensu y los contraimientos re, verbis, litteris derivada de su distinta tutela procesal*

Lo importante de estos textos de Cicerón es, por una parte, la indicación de que se podía deber una suma cierta de dinero porque haya sido dada (*re*), prometida (*verbis*) o registrada (*litteris*); y por otra parte, que reconoce otras obligaciones (*consensu*) fundadas en la *fides*.

Por Cicerón, en la defensa del actor cómico Quinto Roscio, se sabe de los únicos negocios considerados para reclamar una suma determinada de dinero (*modum certam pecuniam petere*).⁶⁶ Si bien en tiempos de

⁶⁵ Brasiello, U., “*Obligatio re contracta*”, *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento*, Milán, Fratelli Treves Editori, 1930, vol. 2, p. 541 Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 74.

⁶⁶ Ciceró, Pro Q. Roscio comoedo oratio. 5, 13 “... Iam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quem ad modum certam pecuniam petere possit non reperio...”, “Ya dos partes de la causa han sido concluidas: aquél niega haber dado la suma en dinero contante, y, puesto que no lee los registros (en que ello consta), no afirma siquiera que ha sido constiuida una obligación literal. Falta sólo que afirme que ha hecho una estipulación: de hecho, fuera de estas hipótesis, no logro ver de qué modo pueda ser demandado por el reclamo de una suma determinada”. “Por Gayo se conoce la historia de los medios para reclamar una suma determinada. Por Gai. 4, 17a. sabe que ya en las XII Tablas estaba prevista una *legis actio* per iudicis postulatione”. Por Gai. 4, 19. “Haec autem legis actio constituita est per legem Siliam et Calpurnia, lege quidem Silia certae pecuniae lege vero Calpurnia de omni certa re”; “Esta acción de ley ha sido creada por las leyes Silia y Calpurnia, para cualquier otro tipo de deudas de objeto cierto”. Se sabe que en el siglo III a. C. una *legis actio per conductionem* fue introducida por la ley Silia para reclamar deudas pecuniarias de cantidad determinada (*certa pecu-*

Quinto Mucio y Cicerón las llamadas *legis actiones* no habían sido totalmente sustituidas por el procedimiento formulario ya que esto no ocurrirá sino hasta la promulgación de las dos *Leges Iuliae*. El procedimiento formulario había ya entrado en vigor desde la *Lex Aebutia*. Se podría decir que en un principio, se habían fijado algunas figuras en las cuales la forma (oral o escrita *sponsio-stipulatio*; *nomen transcripticium*) o la entrega de cosas fungibles para ser consumidas (*mutuum*), causaban el nacimiento de una obligación. De esta manera, la deuda resultaba determinada por el modo en el que la obligación surgía y por el modo en el que debía cumplirse. Esto constituía un *creditum* tutelado por una *actio certae creditae pecuniae*, acción a la que posteriormente se le denominará *condictio*.⁶⁷ La *pecunia credita* podía ser *data*, *stipulata* o *expensilata*.

Mientras, en el ámbito del *ius gentium* el derecho romano desarrolló otras figuras (*emptio vendito*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*), en las cuales el consenso de las partes sobre un reglamento de conductas recíprocas resultaba vinculante sobre la base de la buena fe (objetiva), constituida por la lealtad negocial y la voluntad de las partes para la determinación de dichas conductas.⁶⁸ Cicerón, citando a Quinto Mucio, recuerda un elenco de *arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona*.⁶⁹ Lo importante de estos “contraimientos” no es la existencia de una conven-

nia), después fue extendida por la ley Calpurnia a mediados del siglo II a. C. a las deudas de cualquier objeto determinado (*aliae certae res*). Y en Gai. 4, 20, Gayo no explica por qué, pero afirma que se discutió mucho la necesidad de esta última acción, ya que tanto la acción por apuesta solemene (*sacramentum*) como por la de designación de juez (*iudicis postulationem*) existían ya para reclamar lo que se nos debe.

⁶⁷ Schipani, S., “Profili del ruolo ordinatore del contratto”, *Documento de las lecciones impartidas durante el Programa ALFA Rete Omnem*, Roma, 2005. Sobre la historia de la *condictio*, véase Liebs, D., “The History of the Roman *Condictio* up to Justinian”, en McCormick, Neil y Birks, Peter (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 163-183.

⁶⁸ Schipani, S., *op. cit.*, nota anterior.

⁶⁹ Cicero, *De officiis*, 3, 17. “Nam quanti verba illa: Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim! quam illa aurea: ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione! Sed, qui sint «boni» et quid sit «bene agi», magna quaestio est. Q. Quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret”.

ción, sino que el pertinente “contraimiento”, permite a cualquiera de sus partes ejercer una acción en contra de la otra. Una vez ejercida la acción, es toda la relación la que viene deducida en juicio, de manera que el juez no sólo debe investigar lo que el demandado debe al actor, sino también lo que el actor le debe al demandado. Es por esto que Cicerón dice que en estos juicios se estatuye “lo que cada uno debe a cada uno” (“quid quemque cuique praestare oportet”).⁷⁰

4. *Labeón moviéndose dentro del cuadro de modos de obligarse, re, verbis, “litteris”, consensu delineando por Quinto Mucio, distingue entre actum y contractum y contrapone actum a gestum*

A Labeón⁷¹ se le atribuye el primer esfuerzo por tecnificar al contrato dentro del periodo clásico de la jurisprudencia romana.⁷²

Ulpianus libro XI ad edictum. Labeo libro primo praetoris urbanis definit, quod quaedam “agantur” quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur” et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agantur, ut in stipulatione vel numeratione contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma (synallagma) vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis facta. D. 50, 16, 19.

⁷⁰ Guzmán Brito, A., “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato, I: El vocabulario de la negociabilidad jurídica en el derecho romano”, en Esborraz, David Fabio (coord.), *Programa Alfa-Red Omnem Unión Europea-América latina Cuadernos del curso de master en sistema jurídico romanista y unificación del derecho en América Latina Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, México, Editorial Porrúa-Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma Tor Vergata-CNR Roma-Italia, 2006, p. 94.

⁷¹ Contemporáneo de Augusto, nació alrededor del 50 a. C.; murió entre el 15 y el 20 d. C., se sabe que fue introducido al estudio del *ius civile* por Trebacio (a quien por cierto Cicerón dedicó la *Tópica*), y que con la aplicación de otras disciplinas estudió el origen y formación de las palabras usadas en el discurso jurídico introduciendo valiosas innovaciones. *Cfr.* D. 1, 2, 2, 47 y Aulio Gellio, *Noctes Atticae*, 13, 10.

⁷² Importante es tener en cuenta que los juristas romanos no tenían precisamente un espíritu sistemático. Los juristas romanos se limitaron a adoptar ciertas denominaciones más o menos genéricas y más o menos técnicas según las necesidades de cada exposición, Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, pp. 119 y 120.

Labeón define en el libro primero del comentario al edicto del pretor urbano, que algunas cosas se actúan, algunas se gestionan, y algunas se contraen. Y acto es palabra general, ya sea que algo sea actuado mediante palabras formales, ya sea mediante la entrega de una cosa, como en la estipulación, o en la entrega de dinero; pero contrato significa la obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman *synallagma*, como la compra, venta, locación, conducción, sociedad; gestión significa alguna cosa hecha sin palabras.

El pasaje es una operación definitoria de Labeón contenida en el libro primero de su comentario al edicto del pretor urbano, referida por Ulpiano en el onceavo libro de su comentario al edicto, colocada por los compiladores del *Digesto* en el título “De verborum significatione”. Cabe destacar que es considerada la única definición explícita de contrato en el *Digesto*.

La noción de *actus* de Labeón contenida en D. 50, 16, 19, se presenta como palabra general, comprende el área de la actividad humana voluntaria relevante para el derecho, realizada ya sea con palabras o con el comportamiento (*sive verbis sive re quid agantur*). Como explica F. Gallo, las expresiones *vel re* y *aut re aut verbis* de Labeón son diversas formas de un acto voluntario lícito o ilícito. Dicha noción se puede corroborar en D. 2, 14, 2pr⁷³ y D. 47, 10, 1, 1,⁷⁴ de la parte inicial de D. 2, 14, 2pr: “Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse”, se recoge que para Labeón el área de las convenciones, entraba en el área del verbo *agere*.⁷⁵ Por lo que toca a D. 47, 10, 1, 1, se corrobora que Labeón tenía además presente la contraposición *aut re aut verbis* en el área de lo ilícito (*iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis*).⁷⁶

⁷³ D. 2, 14, 2 pr. *Paulus libro tertio ad edictum*. “Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. sed etiam tacite consensu convenire intellegitur”, “Dice Labeón, que se puede convenir o con la cosa, o por carta, o por mensajero; también se puede entre ausentes. Pero también se entiende que se conviene tácitamente con el consentimiento”.

⁷⁴ D. 47, 10, 1, 1. *Ulpianus libro quinquagensimo sexto ad edictum*. “Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit”, “Dice Labeón que se hace injuria o mediante una cosa, o con palabras; mediante una cosa, siempre que se emplean las manos, pero con palabras cuando no se emplean las manos, y se hace afrenta”.

⁷⁵ Gallo, F., *Synallagma e conventio*, cit., nota 62, pp. 147-149.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 146.

Labeón, enumera entre los actos con efectos obligatorios al contrato, propone una categoría general de contrato que incluye sólo aquellos actos en los que las partes se obligan recíprocamente. Fija como regla para identificar al contrato la bilateralidad objetiva, la cual obviamente presupone la bilateralidad subjetiva implícita en cualquier relación obligatoria. Dicha distinción reflejó en categorías sustanciales distintas realidades procesales caracterizadas en los primeros en un *iudicium directum, asperum, simplex*⁷⁷ que según Cicerón se aplicaba a los “*modum certam pecuniam petere*”, y en los segundos en el “*quid quemque cuique praestare oportet*” que según el mismo Quinto Mucio caracterizaba a los *arbitria bonae fidei*.

Se podría decir que Labeón teniendo en cuenta la diferencia dogmática existente entre las figuras de los títulos XVII “*De rebus creditis*” y XIX “*De bonae fidei iudiciis*” del edicto del pretor urbano, contrapuso al cuadro de fuentes de las obligaciones fundado en los modos de contraerlas (*re, verbis, litteris, consensu*) delineado por Quinto Mucio, la distinción entre los contratos que producen obligaciones para ambas partes y los actos que producen obligaciones a cargo de una parte.⁷⁸ Sin embargo, los dos sistemas se contraponen menos de lo que se suele pensar, y en realidad llegan a integrarse.⁷⁹

Existen indicios para considerar que a la par de los diferentes instrumentos procesales se configuraba un cuadro sustancial de relaciones obligatorias. Labeón propuso la idea de reciprocidad de las obligaciones

⁷⁷ Cfr. Cicero, *Pro Q. Roscio comoedo oratio*, 4, 11. “*Quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex: si paret HS iccc dari. Hic nisi planum facit HS iccc ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: quantum aequum et melius sit dari. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur, sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitro tribuatur. Itaque alter causae confidit, alter diffidit*”.

⁷⁸ Adame, J., “Esbozo de una nueva teoría del contrato”, *Ars Iuris*, México, 33, 2005, pp. 43-67; Betti, E., “Sul valore dogmatico della categoria “contrahere” in giuristi proculeiani e sabiniani”, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, Roma, año XXVIII-fasc. I-V, 1916, p. 20; Gallo, F., *op. cit.*, nota 62; *id.*, “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 7/1999, pp. 17-60; Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, p. 105; Lenel, O., *Das edictum perpetuum praetoris urbanis*, 3a. ed., Leipzig, Verlag B. Tauchnitz, 1927; Schipani, *op. cit.*, nota 67.

⁷⁹ Sargenti, M., “La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto”, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Turin, Giappichelli, 1976, p. 461.

como inmanente al contrato.⁸⁰ La propuesta de Labeón obedeció a un esfuerzo de reflejar en términos del derecho concerniente a las obligaciones, una realidad concerniente a las acciones.⁸¹ El criterio de la buena fe en estas figuras es una consecuencia de la reciprocidad de las obligaciones que éstas implican. En las relaciones unilaterales, el criterio para saber cuánto exigir al deudor está dado por lo que recibió, para que eso mismo devuelva; por lo que prometió cumplir para que eso mismo cumpla. En cambio, en las relaciones que implican reciprocidad en las obligaciones, la obligación de una parte se puede comparar con otra realmente distinta, es decir, con la de la contraparte, y de esta comparación deriva la reciprocidad entre estas obligaciones. El pretor no encontró otra fórmula mejor para establecer un equilibrio concreto en las deudas recíprocas, que encargar al juez juzgar *ex bona fide*. Fue la jurisprudencia la que se encargó de tipificar las consecuencias de juzgar así.⁸²

Por lo que toca a *gestum*, cabe notar la ambigüedad del término, Labeón lo explica como aquello que se hace sin palabras (*rem sine verbis factam*), pero él mismo reconoce que entre los actos hay unos que se realizan con palabras (*verbis*) y otros por la entrega de una cosa (*re*), es decir, sin palabras, pero donde subyace un convenio, al que sigue la entrega de la cosa. Resulta que hay un *actum* que se contrae sin palabras (*re*), y que el *gestum* también se produce sin palabras. Parece que la contraposición se da directamente con *actum*, que implica unas palabras o convenio previo, y *gestum* es un acto que no resulta de unas palabras o convenio previo. En otras palabras, para Labeón, *actus* indica el acto voluntario realizado mediante el pronunciamiento de palabras formales o la entrega de una cosa con el fin de contraer una obligación, lo cual requiere de un acuerdo o convención entre las partes. En cambio, *gestum* indica un acto, también voluntario, pero que no es resultado de un acuerdo previo.⁸³

5. En Ulpiano se nota una noción distinta a la de Labeón de *gestum*

Verosímilmente, Ulpiano utilizó la operación definitoria de Labeón contenida en D. 50, 16, 19 para comentar la cláusula edictal 39: *quod*

⁸⁰ Betti, E., *op. cit.*, nota 78, p. 12.

⁸¹ Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, p. 93.

⁸² *Idem.*

⁸³ Adame, J., *op. cit.*, nota 78, pp. 43-67.

metus causa gerit del título X “De in integrum restitutionibus”. De acuerdo con el significado dado a *gestum* en algunas cláusulas contenidas el título X del edicto del pretor, parece que *gestum* contiene las actividades: *agere* y *contrahere*.

De acuerdo con O. Lenel, el libro XI del comentario al edicto de Ulpiano trata la cláusula edictal 39: *quod metus causa gerit* del título X “De in integrum restitutionibus”.⁸⁴

En D. 4, 4, 7⁸⁵ se lee que el área semántica de *gestum* de acuerdo con el significado atribuido a Labeón contenido en D. 50, 16, 19 resulta inconsistente. Asimismo, en el lenguaje edictal, el valor semántico del verbo *gerere* parece ser comprensivo de aquellos *agere* y *contrahere*.

Si se confrontan estas dos cláusulas:

41: “Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam” “para aquello que se dirá haber sido hecho (en campo negocial) con un menor de 25 años, evaluaré cómo se presentará en cada caso” (con el fin de la concesión de la in integrum restitutio), y

42: “Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur; in eos easque perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo” “contra aquel o aquella que se aducirá haber cambiado

⁸⁴ Mismos que reconstruyó con base en lo contenido en D. 4, 2, 1, *Ulpianus libro undecimo ad edictum*. “Ait praetor: «Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo». olim ita edicebatur «quod vi metusve causa»: vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur”; “Dice el pretor: «No tendré por válido lo que se hubiere hecho por causa de miedo». En otro tiempo se decía así: «Lo que por fuerza o por causa de miedo»; porque se hacía mención a la fuerza atendiendo a la necesidad impuesta, contraria a la voluntad; y del miedo por el azoramiento de la inteligencia por causa de un peligro inminente o futuro. Pero después se suprimió la mención de la fuerza, precisamente porque lo que se hace por fuerza atroz, parece que se hace también por miedo”. Y de la rúbrica D. 4. 1. *De in integrum restitutionibus*, “De las restituciones en íntegro”. Cfr. *Palingenesia iuris civilis, volumen prius y volumen alternum*, Leipzig, Unveränderter Abdruck bei Bernhard Tauchnitz, 1889, 502, Lab. 5, pp. 460-462, Ulp. 372. *Das edictum perpetuum praetoris urbanis*, 39, nota 68.

⁸⁵ D. 4, 4, 7. *Ulpianus libro undecimo ad edictum*. “Ait praetor: «gestum esse dicetur». gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit”, “El pretor afirma: «sí se alega que algo ha estado hecho». «Hecho» entendemos indistintamente, sea que se celebre un contrato o que acaezca alguna otra cosa”.

status por *capitis deminutio*, después de que con ellos se haya hecho o contratado algo, dará acción, como si la *capitis deminutio* no se hubiese verificado”.

El significado de *gestum* en estas dos cláusulas parece contener las actividades: *agere* y *contrahere*. Se podría decir que entre Labeón y Ulpiano se lee el delinearse de una teoría sobre la actividad humana relevante para el derecho, definiendo el área semántica de *gerere* y dividiéndola en *agere* y *contrahere*.⁸⁶

6. De la llamada teoría general de la *conventio* de Ulpiano

Por otro lado, está la llamada teoría general de la *conventio* de Ulpiano, colocada por los compiladores en el libro De pactis del *Digesto*, teoría en la que Ulpiano considera que *conventio* es un término general (*verbum generale*) que significa el consentimiento que subyace en los pactos y los contratos.⁸⁷ Verosímilmente, el libro cuarto del comentario

⁸⁶ Gallo, F., “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare”, *Roma e America*, Roma, 7, 1999, pp. 17-60.

⁸⁷ D. 2, 14, 1 pr-3. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. “Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?”, “Es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?”. “*Pactum autem a pactio-ne dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est)*”, “Mas dicese pacto, de pacción; de donde también se apellidó el nombre de paz”, “*et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*”. “Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida”. “*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, 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 palabra convención es genérica, pertenece a todo aquello sobre que para celebrar o transigir un negocio consienten los que entre sí lo tratan; porque así como se dice que convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos del ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encamina a un mismo parecer. Mas de tal modo es genérica la palabra convención, que, como elegantemente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aún la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento”. Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 53.

al edicto de Ulpiano trataba lo comprendido dentro del título edictal IV “De pactis conventis”.⁸⁸

Como se decía, Ulpiano explica que la palabra *conventio* es un término general (*verbum generale*), al igual que Labeón respecto de *actus*, que significa el consentir de varias personas respecto de algo determinado; cita a Pedio quien afirma que no hay contrato ni hay obligación sin que haya una convención, sea que la obligación se contraiga de obra (*v. gr.*, la entrega de una cosa), sea por palabras (“nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat”).⁸⁹ Sin embargo, parece que la posición de Sesto Pedio se contrapone a la de Ulpiano, Pedio no calificaba a la *conventio* como *verbum generale*, se expresa de un modo que no presenta a la *obligatio ex contractu* subsumida dentro de la *conventio*, sino simplemente como un fenómeno presente cada vez que hay una *obligatio ex contractu*.⁹⁰

Por otra parte, la posición de Pedio hace recordar la distinción entre contrato y acto de Labeón; Pedio distingue los contratos de las obligaciones, las cuales, según el mismo Pedio, pueden contraerse por la entrega de una cosa o por palabras.⁹¹

La *conventio* es un término que, por lo que dicen las fuentes, encierra el encuentro de voluntades en los negocios.⁹² Por D. 18, 5, 5 pr.⁹³ se sabe

⁸⁸ Lenel, O., *Das edictum perpetuum praetoris urbanis*, Pars Prima, tit. IV.

⁸⁹ Adame, J., *op. cit.*, nota 78, pp. 43-67.

⁹⁰ Talamanca, M., “Conventio e stipulatio”, en Bellocci, Nicola (ed.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di Diritto Romano Siena 14-15 aprile 1989*, Nápoles, Jovene, 1991, pp. 210 y 211.

⁹¹ Adame, J., *op. cit.*, nota 78, pp. 43-67; Knütel, R., “La causa nella dottrina dei patti”, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica II Congresso Internazionale ARISTEC Palermo, 7-8 giugno 1995*, Turín, Giappichelli, 1995, p. 133.

⁹² Riccobono, S., “La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica”, *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'isegnamento*, Milán, Fratelli Treves Editori, 1930, vol. I, pp. 121-173.

⁹³ D. 18. 5. 5 pr. *Iulianus libro quinto decimo digestorum*. “Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet”, “Cuando el comprador dé por cumplido al vendedor, o el vendedor al comprador, es manifiesto que la voluntad de uno y otro trata que haya apartamiento del negocio, y que se considere lo mismo que si entre ellos se hubiese convenido que ninguno de los dos pidiera cosa alguna al otro; pero para que aparezca con más

que Juliano era consciente de la *conventio*, en la *acceptilatio* (un acto formal), toma en cuenta la voluntad de ambos sujetos. Según Juliano, en la *acceptilatio* no sólo está presente la *conventio*, sino que tiene una fuerza propia que supera la barrera de la forma.⁹⁴ La madurez de elemento volitivo en los contratos resulta clara en su valoración en el mutuo, D. 12, 1, 11, 1 y D. 12, 1, 32.⁹⁵

Ulpiano hablaba de *conventiones*, con objeto de determinar cuándo originan obligaciones civiles, explica que hay tres especies de convenciones, parte de dos y de la subdivisión de una de éstas en dos, resultan las tres anunciadas: las convenciones son *ex publica causa* o *ex privata causa*; las últimas se subdividen en *conventiones ex legitima causa* y *conventiones iuris gentium*.⁹⁶ Los compiladores quitaron el párrafo don-

claridad, la aceptilación es válida en este caso, no por su naturaleza, sino por virtud de la convención”.

⁹⁴ Gallo, F., “Synallagma e conventio”, *cit.*, nota 62, p. 213.

⁹⁵ D. 12. 1. 11. 1. *Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum*. “Si tibi dederò decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dederò, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse”, “Si yo te doy a ti diez en el entendido de que tú me debes nueve, Próculo sostiene correctamente que la conclusión de derecho es que tú no debes más de nueve. Pero si es en el entendido de que tú me deberás once, la opinión de Próculo es que la *condictio* no se concederá por más de diez”. D. 12, 1, 32. *Celsus libro quinto digestorum*. “Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est”, “Si a mí Ticio nos hubieres pedido dinero en mutuo, y yo hubiere mandado que un deudor mío te lo prometiera, y tú hubieras estipulado, creyendo que él era deudor de Ticio, ¿acaso te obligarás a mi favor? Lo dudo, si verdaderamente no contrataste conmigo negocio alguno; pero es más probable, que yo juzgue que te obligas, no porque es bueno y equitativo que por ti se me devuelva aquel dinero mío, que fue a tu poder”. Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 44; Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, pp. 156-158.

⁹⁶ D. 2, 14, 5. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. “Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur”. Guzmán Brito, A., “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”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Modena, 12, 2001, pp. 167-320.

de Ulpiano explicaba qué eran las convenciones “legítimas”, que bien podrían ser los negocios que dan lugar a las obligaciones reconocidas por el derecho civil, como la estipulación, el mutuo y otras.⁹⁷ En seguida, en D. 2, 14, 6⁹⁸ Paulo (libro III. ad *Edictum*) se lee que las convenciones legítimas son las que se confirman por una ley.

Ulpiano explica que de las *conventiones iuris gentium*, algunas producen acciones y otras excepciones. Las que producen acciones han dejado de llamarse *conventiones* y han adquirido un nombre propio de contrato (“*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*”), como compraventa, arrendamiento, sociedad, comodato,⁹⁹ depósito y demás contratos similares.¹⁰⁰ Se podría decir que Ulpiano repite la distinción entre obligaciones a cargo de una sola parte y las obligaciones recíprocas cuando menciona la distinción entre los convenios que obligan por sí mismos, por ser de derecho de gentes (los cuatro contratos consensuales típicos: mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento), y convenios legítimos que toman su fuerza de la ley.¹⁰¹

Ulpiano, citando a Aristón, en D. 2, 14, 7, 2¹⁰² explica que cuando la convención (designada como *res* en el texto) no se tipifica con un nombre propio, pero tiene una causa debajo (*subsit causa*), entonces hay obligación

⁹⁷ Adame, J., *op. cit.*, nota 78, pp. 43-67.

⁹⁸ D. 2, 14, 6. “Es convención legítima (*legitima conventio*), la que se confirma por alguna ley; y por tanto, a veces por el pacto nace o se pierde una acción, siempre que esté apoyado en Ley o Senadoconsulto”.

⁹⁹ Se puede sospechar que *commodatum* está por *mandatum*. Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 96, pp. 167-320.

¹⁰⁰ D. 2, 14, 7, 1. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. “*Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*”. Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 96, pp. 167 y ss.

¹⁰¹ Adame, J., *op. cit.*, nota 78, pp. 43-67.

¹⁰² D. 2, 14, 7, 2. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. “*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristoteles respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunállagma esse et hinc nasci civilem obligationem*”; “Pero si el asunto no transitar a otro contrato, más una causa estuviere debajo, elegantemente respondió Aristón a Celso que hay obligación, como si te dí una cosa para que me dieras otras, o dí para que hagas algo, lo cuál es un «synállagma», y de aquí nace una obligación civil...”. Gallo, F., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica II Congresso Internazionale ARTISTEC Palermo, 7-8 giugno 1995 a cura di Letizia Vacca*, Giappichelli, Turin, 1995, pp. 63-83.

civil.¹⁰³ Dada una convención que no transita a un nombre propio de contrato, para saber si produce obligación (acción) civil o no la produce, es necesario fijarse si tiene una causa debajo (*subsit causa*) o no la tiene (*cum nulla subest causa*). En el primer caso, la convención genera obligación, en el segundo no.¹⁰⁴ En el pasaje se leen los ejemplos “te dí una cosa para que me dieras otra” (“dedi tibi rem ut mihi aliam dares”), y “te dí una cosa para que hagas algo” (“dedi ut aliquid facias”). En ambos casos nace una obligación civil ¿qué obligación? El texto no lo dice.¹⁰⁵

Los esquemas *do tibi rem ut aliam dares*-*do tibi rem ut aliquid facias* se iniciaban con una convención, por la cual una de sus partes declaraba que daría algo a la otra parte, para que ésta, a su vez, diera o hiciera algo. La efectiva *datio* de la parte que la había anunciado en la convención (*do tibi*), producía una obligación civil a cargo del *accipiens* que consistía en el deber a restituir la cosa recibida si la dación (*ut aliam dares*) o el hecho (*ut aliquid facias*) esperados de él no tenían lugar. En tal caso, el *dans* disponía de la *condictio* para recuperar lo que ya había dado. Hacia la época de Aristón (contemporáneo de Juliano y Celso), este régimen era algo consolidado.¹⁰⁶

Ulpiano conocía la antigüedad de la obligación restitutoria. Ulpiano, en efecto, trata a la convención como un término general, veía la existencia de alguna convención en los ejemplos de Aristón que cita. En los ejemplos de convenciones presentadas en el texto, la cosa aparece como ya dada efectivamente: “te dí una cosa para que... te dí para...” (“dedi tibi rem ut...-dedi ut...”). La obligación no nace, pues, de las nudas convenciones que estos ejemplos suponen haber tenido lugar previamente entre las partes, sino después que una de las partes diera lo que en las convenciones quedó a su cargo. Y es bajo ese esquema que el texto afirma que “hay causa debajo” que hace nacer la obligación civil. La diferencia entre una convención que no genera obligación y otra que sí la genera es esa efectiva dación de la cosa previamente convenida. Tal dación es la causa *quae subsit*. Por tanto, causa en la frase: “si... subsit tamen causa esse obligationem” de D. 2, 14, 7, 2, significa “fuente de obligación”, por cuanto la *datio* ahí supuesta desencadena causalmente la obligación.¹⁰⁷

¹⁰³ Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 96, pp. 167 y ss.

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Idem.*

En D. 2, 14, 7, 4, se lee que Ulpiano afirmaba que en caso contrario, es decir, cuando la convención no tiene causa debajo, no crea ninguna obligación, pero sí excepción y se llama pacto: “Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem”.¹⁰⁸

Sustancialmente, en suma se dice que *conventio* es “palabra general” (“conventionis verbum generale est”), tan general que no hay ningún contrato ni ninguna obligación que en sí no contenga convención, ya sea que se realice mediante la entrega de una cosa (*re*, como en el mutuo), ya se haga por palabras solemnes (*verbis*), como en la estipulación. Entre las diferentes especies de convención existentes interesan especialmente las del derecho de gentes, porque algunas producen acción y otras excepción, las convenciones que producen acción dejan de llamarse con el nombre general de convención y adquieren un nombre propio de contrato, como compraventa, arrendamiento, sociedad, comodato, depósito y demás contratos semejantes (*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*), entre los que un poco más arriba se menciona también a la prenda y a la estipulación (D. 2, 14, 1, 4);¹⁰⁹ las convenciones que no adquieren un nombre propio si tienen causa debajo, también generan obligación; si no tienen causa debajo, no generan obligación; pero generan excepción y se llaman pactos.¹¹⁰

7. De las obligaciones contractuales en el sistema institucional de Gayo

Gayo, con un espíritu didáctico y con la voluntad de identificar los elementos constitutivos del *ius civile*, propuso una tripartición del dere-

¹⁰⁸ D. 2, 14, 7, 4. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. “Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem”; “Pero cuando ninguna causa hay debajo, consta entonces que en razón de la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción”. Guzmán Brito, A., “Causa del contrato y causa...”, *cit.*, nota 97, pp. 167 y ss.

¹⁰⁹ D. 2, 14, 1, 4. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. “Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem”, “La mayor parte de las convenciones reciben otro nombre como el de compraventa, arrendamiento, prenda, o estipulación”.

¹¹⁰ Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 96, pp. 167 y ss.

cho por objetos sustanciales, de acuerdo con su utilidad en: personas, cosas, y acciones (*omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*).¹¹¹

El orden expositivo de Gayo va de *partitio* a *divisio*, enuncia los géneros que constituyen la esencia de cada uno de los elementos de la tripartición propuesta y los divide en distintas especies que a veces constituyen subgéneros que forman categorías y que también se dividen en distintas especies.¹¹²

El derecho de las obligaciones forma parte del *ius quod ad res pertinet* que no sólo atiende a los llamados derechos reales, sino al derecho patrimonial en un sentido amplio. Esta parte del sistema propuesto por Gayo constituye un ensamblaje heterogéneo: derechos reales en sentido restringido, sucesiones y obligaciones.¹¹³ Gayo, cerrando el discurso sobre el derecho de las sucesiones, abre el del derecho de las obligaciones, mismo que termina el discurso más amplio de las cosas incorporales.

Son incorporales las que no se pueden tocar, como son las que consisten en un derecho, así una herencia, un usufructo, y las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído. No hace al caso que en la herencia se contengan cosas corporales, o que los frutos que se perciben de un fundo sean corporales, o que aquello que se nos debe en virtud de una obligación sea generalmente corporal, como un fundo, un siervo, una suma de dinero, pues el derecho mismo de sucesión, el derecho mismo de usufructo y el derecho mismo de obligación son, en sí mismos, incorporales.¹¹⁴

¹¹¹ Gai. 1, 8. “Omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Et prius videamus de personis”, “Todo el derecho del cual nos servimos atiende a las personas, o a las cosas, o a las acciones. Y primero veamos a las personas”. Schipani, S., “Le Institutiones di Gaio/Giustiniano”, *La codificazione del diritto romano comune*, Turín, Giappicheli, 1999, pp. 199-222.

¹¹² Cfr. Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, p. 25.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ Gai. 2, 14. “Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est”.

“Nunc transeamus ad obligationes” “Pasemos ahora a las obligaciones”, son las palabras que se leen en Gai. 3, 88.¹¹⁵ Gayo comienza exponiendo que la *summa divisio* de las obligaciones se resuelve en dos especies, ya que toda obligación nace, o de un contrato, o de un delito (“quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu vel ex delicto”); división a la que se mantiene fiel al tratar de las acciones personales, y al tratar de las acciones con respecto a las personas en potestad.¹¹⁶ División que hace recordar la contraposición *actum/gestum* de Labeón contenida en D. 50, 16, 19.

Gayo, de las obligaciones que nacen *ex delicto*, explica el hurto (*furtum*), el robo (*rapiña*), el daño (*damnum iniuria datum*) y la injuria (*iniuria*).¹¹⁷

Los contratos en el sistema institucional se muestran claramente subsumidos en las obligaciones. La obligación es una institución principal y los contratos son especies de ésta. Gayo, después de exponer la *summa divisio: ex contractu/ex delicto*, considera pertinente exponer primero las que nacen de un contrato. Asimismo, comentando las *obligationes quae ex contractu nascuntur*, explica que hay cuatro géneros, porque una obligación se contrae por una cosa (*re*), o por palabras (*verbis*), o por escritos (*litteris*), o por el mero consentimiento (*consensu*).¹¹⁸

Un error lógico recorre la exposición gayana, o el contrato o la obligación se contrae *re*, *verbis*, *litteris* o *consensu*. Gayo, al afirmar que la *obligatio ex contractu* (la especie) se divide en cuatro géneros, invierte la lógica expositiva, pues parece que clasifica los contratos y no las obligaciones que provienen de los contratos.¹¹⁹ Si se parte de que cuatro son los *genera*

¹¹⁵ Gai. 3, 88.

¹¹⁶ Gai. 3, 88. Gai. 4, 2. “In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est...”, “Es acción personal aquella con la que demandamos al que nos está obligado en virtud de un contrato o como consecuencia de un delito...”. Gai. 4, 80. “Haec ita de his personis quae in potestate «sunt», siue ex contractu siue el maleficio earum controuersia sit...”, “Lo que se ha tratado es con respecto a las personas en potestad, ya se refiera a un contrato, ya a un delito...”.

¹¹⁷ Gai. 3, 182-225. Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, p. 100.

¹¹⁸ Gai. 3, 89. “Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quator genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu”, “Y tratemos primero de las que nacen de contrato. De éstas hay cuatro géneros, pues una obligación se contrae o por la cosa, o por las palabras, o por los escritos, o por el consentimiento”.

¹¹⁹ Lauria, M., “Contractus, delictum, obligatio”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, año IV, 1938, p. 168.

obligationum que se contraen *re, verbis, litteris y consensu*, el error lógico desaparece, y la exposición se presenta de forma consistente:

Gai. 3, 89. “... Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu”, “De éstas hay cuatro géneros, pues una obligación se contrae o por la cosa, o por las palabras, o por los escritos, o por el consentimiento”. *Gai. 3, 90.* “Re contrahitur obligatio velut mutui datione...”, “Se contrae una obligación por la cosa cuando por ejemplo, hay una entrega en mutuo...”. *Gai. 3, 91.* “Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur... Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere”, “También se obliga por la cosa el que aceptó lo no debido por aquél que le pagó por error... Pero esta especie de obligación no parece surgir de contrato, porque el que entrega con intención de pagar quiere más disolver un negocio que contraerlo”. *Gai. 3, 92.* “Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione...”, “La obligación por las palabras se hace por una pregunta y una respuesta...”. *Gai. 3, 93.* “Sed haec quidem verborum obligatio... At illa verborum obligatio”, “Pero la obligación verbal... Por el contrario, la obligación verbal”. *Gai., 3, 96.* “Item uno loquente... contrahitur obligatio... haec sola causa est ex qua iureiurando contrahitur obligatio...”, “Asimismo, hablando uno... se contrae una obligación... aunque ésta es la única causa por la que se contrae una obligación mediante juramento...”. *Gai. 3, 100.* “... nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem...”, “... pues parece jurídicamente inarmónico que la obligación comenzara en la persona del heredero...”. *Gai. 3, 107.* “... nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest”, “pues obligar a otro en su favor lo puede hacer sin la autorización del tutor”. *Gai. 3, 115.* “Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari bus an obligentur peregrini...”, “Por el contrario, se discute con razón si por las transferencias de créditos se obligan los extranjeros, *Gai. 3 134*, “Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirografis et syngrafis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est”, “Además, se estima que existe obligación por los documentos escritos en los quirógrafos y en los síngrafos, es decir, cuando alguien escribe que debe algo o que dará, supuesto siempre que no se haga una estipulación por ese contenido. Esta clase de obligación es propia de los extranjeros”. *Gai. 3, 235*, “Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis”, “Se contraen obligaciones mediante el consentimiento en las compraventas, en los arrendamientos, en las sociedades, en los mandatos”. *Gai. 3, 135*, Ideo autem istis modis consensu

dicimus obligationes contrahi... sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur... cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit” “Y decimos que por estos modos se contraen las obligaciones... es suficiente conque consientan aquellos que realizan el negocio. Por lo que tales negocios se contraen también entre ausentes... por el contrario, la obligación por las palabras no puede contraerse entre ausentes”. *Gai. 3, 156*. “... Servius negavit: nec magis hoc casu obligationem consistere putavit...”, “Servio lo negó y estimó que en este caso no se constituye obligación”. *Gai. 3, 157*. Illud constat... non contrahi obligationem...”, “Es evidente... no se contrae obligación...”. *Gai. 3, 168*. “Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur...”, “La obligación se extingue principalmente por el pago de lo que se debe”. *Gai. 3, 169*. “Item per acceptilationem tollitur obligatio...”, “La obligación también se extingue por *acceptilatio*...”. *Gai. 3, 170*. “Quo genere, ut diximus, tolluntur illae obligationes quae in proprietate verborum stant, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolui...”, “De esta forma se extinguen, como dijimos, aquellas obligaciones que pertenecen a la categoría de las verbales, pero no las otras, pues parece consecuente que una obligación que ha surgido por las palabras pueda extinguirse por otras palabras...”. *Gai. 3, 176*, “Praeterea novatione tollitur obligatio... Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem... posterior obligatio nulla est...”, “Además se extingue la obligación por novación... Pues con la intervención de una nueva persona nace una nueva obligación y la primera se extingue transformada en la siguiente... la obligación posterior es nula...”. *Gai. 3, 179*. “... durat prior obligatio...”, “... permanece la primera obligación...”. *Gai. 3, 181*. “... tunc enim nihilo minus obligatio durat...”, “... pues entonces la obligación, no obstante, persevera...”. *Gai. 3, 182*. “...ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus”, “...las obligaciones que nacen de contrato se dividen en cuatro géneros, como expusimos anteriormente”.¹²⁰

Sin embargo, no parece necesario distinguir entre si se dividen las obligaciones, o los contratos, ya que al parecer para Gayo es lo mismo obligación contractual que contrato. Lo que Gayo está haciendo es dividir los modos de obligarse mediante contrato.

La división de las obligaciones contractuales en cuatro *genera*: *re*, *verbis*, *litteris*, *consenso*, tiene raíces muy profundas, es producto de rea-

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 169 y 170.

les antítesis con aplicaciones prácticas en la realidad negocial que representan los distintos contratos.¹²¹ Gayo aun siendo consciente de que en todas las obligaciones contractuales subyace un convenio, explica que resultan individuadas mediante el hecho objetivo con el que se contrae la obligación.¹²² La *res*, las *verba*, las *litterae* y el *consensu*, son los hechos objetivos que causan el nacimiento de la obligación, son los modos de obligarse sobre los cuales se funda el reconocimiento de la eficacia jurídica de distintos complejos de intereses típicos (*conceptiones verborum*).¹²³

A. De las obligaciones contractuales *re*

De las obligaciones contractuales *re*, Gayo sólo trata la que surge del mutuo.¹²⁴ El mutuo o préstamo de consumo es el prototipo de los negocios crediticios y se concluye trámite la entrega de una cierta cantidad

¹²¹ D. 46, 3, 80. D. 50, 17, 35. Gai. 3, 89. D. 19, 2, 1 pr. *Paulus libro trigesimo quarto ad edictum*. “Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio”; “Dado que la locación y la conducción están en la naturaleza y en todos los pueblos, se contraen no por palabras sino por consenso, al igual que la compra y la venta”. D. 17, 1, 1 pr. *Paulus libro trigensimo secundo ad edictum*. “Obligatio mandati consensu contrahentium consistit”, “La obligación de mandato se basa en el consenso de los contrayentes”. Brasiello U., “In tema di categorie contrattuali”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, núm. 10, 1944, p. 106. Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 73-109.

¹²² *Ibidem*, p. 78.

¹²³ Burdese, A., *op. cit.*, nota 53, pp. 420 y 42; Falcone, G., *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Turín, Giappichelli, 2003, pp. 22 y 23.

¹²⁴ Gai. 3, 90. “Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his / fere / (?) Rebus contingit, quae res pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit”, “Se contrae una obligación por la cosa cuando por ejemplo, hay una entrega en mutuo. La entrega en mutuo acaece propiamente con aquellas cosas que se calculan por el peso, el número o la medida, como es el dinero, el vino, el aceite, el trigo, el cobre, la plata, el oro; cosas éstas que entregamos o contándolas o midiéndolas o pesándolas para que se hagan de los que las reciban y nos devuelvan después no las mismas cosas, sino otras de la misma naturaleza. Por lo cual es llamado también mutuo, porque lo que así te es dado por mí, de mío «*meo*» tuyo «*tuum*» se hace”.

de cosas fungibles e importa la obligación de restituir una cantidad igual del mismo género recibido (*tantundem*).¹²⁵ En el mutuo, aun cuando supone un acuerdo, el hecho objetivo del que surge la obligación de restituir una cosa fungible para ser consumida es la dación de la misma.¹²⁶ El mutuario adquiere como propietario la disponibilidad de lo recibido, sin embargo, la cantidad recibida no enriquece su patrimonio, pues la debe; tampoco el mutuante se empobrece pues adquiere un crédito en lugar de la cantidad dada.¹²⁷

Gayo precisa en seguida que en la obligación (*haec species obligationi*) que surge del pago de lo indebido (*indebitum solutum*) y genera un enriquecimiento sin causa no veía una especie *ex contractu*, ya que, aun cuando constituye una obligación contraída *re* y tutelada por una *condictio* al igual que el mutuo (*Nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset*), no constituye una obligación contractual, en el pago de lo indebido veía más un ánimo de disolver la obligación que de contraerla.¹²⁸

Gayo, al comparar el mutuo con el pago de lo indebido, afirma que existe otra especie de obligación contraída *re*, pero que no surge ni de un contrato, ni de un delito, al hacer esto, contradice la anunciada *summa divisio* de fuentes de las obligaciones en *ex contractu* y *ex delictu*. Asimismo, muestra una distinción entre *re obligari* y *contractus* delimitando al contrato a la intención de crear obligaciones. Gayo afirma directa-

¹²⁵ Burdese, A., *op. cit.*, nota 53, p. 421; D'Ors, A., *Derecho privado romano*, 9a. ed., Pamplona, Euansa, 1977, p. 454.

¹²⁶ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 78.

¹²⁷ D'Ors, A., *op. cit.*, nota 125, p. 455.

¹²⁸ Gai. 3, 91. "Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere"; "También se obliga por la cosa el que aceptó lo no debido por aquel que pagó por error, pues se pueden entablar contra él una *condictio* con las palabras, «si resulta que debe dar», como si hubiese recibido en mutuo. Por eso algunos piensan que el pupilo y la mujer a quienes sin la autorización del tutor les es dado por error algo no debido, no están sujetos a la *condictio*, al igual que sucede en la entrega en mutuo. Pero esta clase de obligación no parece surgir de contrato, porque el que entrega con intención de pagar quiere más disolver un negocio que contraerlo". Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 7.

mente que el fundamento unitario del contrato es la voluntad dirigida a *contrahere obligationem* sobre la base del *animus contrahendi*.

Gayo, para precisar el significado de la *obligatio re contracta*, explica que: “Por eso algunos piensan que el pupilo y la mujer a quienes sin la autorización del tutor les es dado por error algo no debido, no están sujetos a la *condictio*, al igual que sucede en la entrega en mutuo”. Y opone la objeción: “Pero esta especie de obligación no parece surgir de contrato, porque el que entrega con intención de pagar, quiere más disolver un negocio que contraerlo”. Uno de estos “algunos” a los que Gayo se opone es Juliano. De la lectura de D. 26, 8, 13-14,¹²⁹ D. 12, 6, 33¹³⁰ y tenien-

¹²⁹ D. 26, 8, 13-14. *Julianus libro vicesimo primo digestorum*. “Impúberes tutore auctore obligantur, etiamsi taceant: nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur. quare et si non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut condictione teneantur”; “Los impúberes se obligan con la autoridad del tutor, aunque se callen; porque cuando hubieren recibido dinero en mutuo, aunque nada digan, se obligan, habiéndose interpuesto la autoridad del tutor. Por lo cual, aunque a estas personas se les hubiere pagado dinero no debido, no obstante que se hubieren callado, basta la autoridad del tutor interpuesta para que se obliguen por la *condictio*”. *Julianus libro trigesimo primo digestorum*. “Non multum interest, afuerit tutor, cum negotium contraheretur, an praesens ignoraverit, quale esset quod contrahebat”; “No hay mucha diferencia entre que el tutor haya estado ausente cuando se contratase el negocio, o que estando presente hubiere ignorado cuál fuese el que se contrataba”.

¹³⁰ D. 12, 6, 33. *Julianus libro trigesimo nono digestorum*. “Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse”; “Si yo hubiese edificado en un solar tuyo, y tú poseyeras las casas, no tendrá lugar la *condictio*, porque no se contraería negocio alguno entre nosotros; porque el que hubiere pagado dinero no debido, hace con esto mismo algún negocio; pero cuando el dueño ocupa el edificio levantado en su solar por otro, no contrae negocio alguno. Pero si el que hubiese edificado en solar ajeno, hubiese entregado él mismo la posesión, tampoco tendrá la *condictio*, porque nada haría del que recibe, sino que el dueño comienza a tener su propia cosa. Y por esto consta que si alguno, juzgando que él era heredero, hubiese reparado una casa de la herencia, no puede recobrar los gastos de ningún otro modo sino por la retención”.

do en cuenta lo dicho en Gai. 2, 84,¹³¹ resulta que Juliano negaba la *condictio indebiti* cuando faltase la *auctoritas tutoris*. En cambio, Gayo, al negar el *contractus*, negaba que para que surgiera la obligación de restituir ocurriese la *auctoritas tutoris*. La distinta solución se funda en una noción más amplia de *negotium contractum* por parte de Juliano, cuya noción abraza incluso al pago de lo indebido. Para Juliano *negotium contrahit* significa contraer un *negotium* que vincula al accipiente a la restitución. Juliano no hace un análisis de la finalidad y el efecto al que está dirigido el negocio. Dentro de esta concepción de la *condictio indebiti* se da una analogía con la *obligatio* que surge del mutuo sobre la base del *re obligari*.¹³²

B. De las obligaciones contractuales verbis

Gayo explica la *obligatio verbis contracta* como la obligación que nace de la pronunciación de palabras solemnes (*verba*).¹³³ El típico contrato dentro de esta categoría es la *stipulatio*, cuyo tipo originario es la *sponsio*. Constituye un negocio cuyo elemento obligante es la pronunciación de palabras solemnes y formales con una estructura específica de pregunta y respuesta. Las *verba* son el elemento que, sobre el presupuesto de un acuerdo entre las partes, producen la relación obligatoria y determinan asimismo su contenido.¹³⁴ La pregunta y la repuesta

¹³¹ Gai. 2, 84. “Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutore auctore dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutore auctore concessa est. Sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summo verbi potest”. “Así, pues, si un deudor paga una cantidad de dinero al pupilo, ciertamente éste adquiere el dinero, pero aquél no se libera de la deuda, porque el pupilo no puede extinguir ninguna obligación sin la autorización del tutor, ya que no se le permite hacer enajenación alguna sin dicha autorización. Sin embargo, si a pesar de haberse enriquecido con ese dinero, todavía reclama el pupilo, puede ser rechazado con la excepción de dolo malo”.

¹³² Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 34-37.

¹³³ Gai. 3, 92. “Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut dari spondes? Spondeo, dabis? Dabo, promittis? Promitto, fideipromittis? Fideipromitto, fideiubes? Fideiubeo, facies? Faciam”; “La obligación por las palabras se hace por una pregunta y respuesta, como: ¿prometes dar? Prometo; ¿darás? Daré, ¿prometes? Prometo; ¿prometes con lealtad? Prometo con lealtad; ¿avalas lealmente? Avalo lealmente; ¿lo harás? Lo haré”.

¹³⁴ Burdese, A., *op. cit.*, nota 53, p. 422.

realizadas en la forma de la *stipulatio* deben tener un objeto, la determinación de esto constituye el contenido de la *stipulatio*, contenido que debe ser posible y determinable.¹³⁵ Gayo explica a la *stipulatio* como un contrato formal, donde la presencia de las partes durante la celebración del acto era necesaria, no se podía realizar una estipulación entre ausentes.¹³⁶

C. De las obligaciones contractuales litteris

El elemento obligante de la *obligatio litteris contracta* explicada por Gayo es la documentación por escrito. El típico contrato romano en esta categoría es el *nomen transscripticium*.¹³⁷ En realidad son pocas las fuentes que hay para la comprensión de este negocio. Se cree generalmente que era un contrato que consistía en asientos de salida (*expensi latio*) practicados en el libro mayor (*codex accepti et expensi*).¹³⁸

El *nomen transscripticium* o *expensilatio* era una forma crediticia abstracta como la *stipulatio*, el mismo acto de asentar en el libro mayor una cantidad como acreditada al cliente (*expensum ferre*), hacía surgir una deuda a su cargo; el asentar una cantidad como recibida (*acceptum referre*) hacía surgir un crédito a favor del cliente. Inscripciones que sobre la base de un acuerdo previo son la causa de un crédito y el hecho objetivo

¹³⁵ Gai. 3, 97. “Si id quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur”, “Si aquello que estipulamos se nos dé es de tal naturaleza que no pueda darse, es inútil la estipulación; como si por caso alguien estipulara que le sea dado un hombre libre al que se creyera esclavo, o un muerto al que se creyera vivo, o un lugar sagrado o religioso, al que se creía de derecho humano”. 3, 97 “Item si quis rem quae in rerum natura esse non potest, velut hippocentaurum, stipuletur, aequè inutilis est stipulatio”, “E igualmente es inútil la estipulación si alguien estipulara una cosa que no existe en la naturaleza, por ejemplo, un hipocentauro”. Burdese, A., *op. cit.*, nota 53, pp. 440 y 441.

¹³⁶ Gai. 3, 136.

¹³⁷ Gai. 3, 128. “Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam”, “La obligación por los documentos escritos surge, por ejemplo, con las transferencias de créditos. La transferencia de créditos se hace de dos maneras, o de cosa a persona, o de persona a persona”. Burdese, A., *op. cit.*, nota 53, p. 422.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 449.

por el cual nace la obligación.¹³⁹ En Gai. 3, 128 se afirma que el *nomen transscripticium* se hace de dos maneras o “de cosa a personas”, o “de persona a persona”. “La transferencia de cosa a persona se hace, por ejemplo, cuando te acredito como pagado aquello que tú me debes por motivo de compra o de arrendamiento o de sociedad”.¹⁴⁰ “La transferencia de persona a persona se hace, por ejemplo, cuando acredito como pagado por ti aquella que Ticio me debe, es decir, como si Ticio te hubiera encomendado pagarme a mí”.¹⁴¹

Gayo enseguida explica que otra cuestión es la de los créditos de caja (*nomina arcaria*), pues en éstos no existe obligación por escrito, sino por la cosa, puesto que no tienen valor de otro modo que si se ha entregado el dinero, y la entrega del dinero hace surgir una obligación por la cosa. Razón por la que afirma que se dice correctamente que los créditos de caja no hacen surgir ninguna obligación, sino que ofrecen la prueba de una obligación contraída.¹⁴²

A un lado del *nomen transscripticium*, obligación contractual *litteris* propia de los ciudadanos romanos, probablemente ya desaparecida en tiempos de Gayo. En Gai. 3, 134¹⁴³ se recuerdan como fuentes de *obligatio litteris contracta* propias de los extranjeros, los quirógrafos y los síngrafos. El hecho de que en estos documentos la suma no ha sido desembolsada parecería mostrar un paralelismo con el *nomen transscripticium*.¹⁴⁴ Los quirógra-

¹³⁹ D’Ors, A., *op. cit.*, nota 125, p. 491.

¹⁴⁰ Gai. 3, 129. “A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero”.

¹⁴¹ Gai. 3, 130. “A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi titius debet, tibi id expensum tulero, id est si titius te delegaverit mihi”.

¹⁴² Gai. 3, 131. “Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur: in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valet, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere”.

¹⁴³ Gai. 3, 134. “Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est”; “Además, se estima que existe obligación por los documentos escritos en los quirógrafos y en los síngrafos, es decir, cuando alguien escribe que debe algo o que dará, supuesto siempre que no se haga una estipulación por ese contenido. Esta clase de obligación es propia de los extranjeros”.

¹⁴⁴ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 138 y 139.

fos y los sígrafos son instituciones extrañas al derecho romano, son reconocimientos de deuda vinculantes sólo entre extranjeros.¹⁴⁵

D. De las obligaciones contractuales consensu

Gayo finaliza su exposición sobre las obligaciones que nacen de un contrato, explicando que por consenso se hacen obligaciones (*consensu fiunt obligationes*), en la compraventa, en el arrendamiento, en la sociedad y en el mandato. Negocios caracterizados por no exigir ni una *datio*, ni palabras solemnes, ni escritura, que les es suficiente el mero acuerdo de las partes o consentimiento para que generen obligaciones. Al hacer esto muestra consciencia de que el consenso subyace en las obligaciones que se contraen *re*, *verbis* y *litteris*, y que las que denomina contraídas *consensu*, las llama así porque en ellas el consenso es “suficiente”, precisa que son contratos (*contractibus*), en los que las partes se obligan recíprocamente (*alter alteri obligatur de eo*) sobre la base de la buena fe y equitativamente (*ex bono et aequo*).¹⁴⁶

En Gai. 3, 136 se habla directamente de modos de obligarse (*modis consensu dicimus obligationes contrahi*), y se muestra la antítesis con las obligaciones contractuales *verbis* y *litteris*, pero no con las *re*. Se podría

¹⁴⁵ Burdese, A., *op. cit.*, nota 53, p. 450.

¹⁴⁶ Gai. 3, 135. “Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis”, “Las obligaciones se contraen mediante consenso en las compraventas, locaciones conducciones, sociedades y mandatos”. Gai. 3, 136. “Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit”, “Decimos que las obligaciones contraídas de este modo se hacen por consenso, porque no se tiene en cuenta ninguna particularidad verbal o escrita, sino que es suficiente con que estén de acuerdo los que han entablado el negocio. Tales negocios pueden contraerse entre ausentes, por ejemplo, por carta o por un intermediario; mientras que la obligación por palabras no puede hacerse entre ausentes”. Gai. 3, 137. “Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum aliquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et i nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur”, “En estos contratos las partes se obligan recíprocamente conforme a lo bueno y lo equitativo, mientras que en las obligaciones verbales uno estipula y el otro promete y en la transcripción de créditos uno obliga a hacer que se pague y el otro es obligado”.

decir que la valoración sustancial del *sufficere consensisse* se da directamente contraponiendo la forma al mero consenso.¹⁴⁷

En las *obligationes consensu contractae* enunciadas en Gai. 3, 135 (compraventa, locación-conducción, sociedad, mandato) está presente la idea de reciprocidad en las obligaciones, en Gai. 3, 137 se explica que “in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet”.¹⁴⁸ Entre la consideración de que el hecho objetivo de donde nace la obligación es el consenso, y la consideración de la reciprocidad en las obligaciones existe un fuerte y sutil nexo. En las obligaciones recíprocas, cada una encuentra su causa en la otra, por lo que basta el consenso para hacer surgir obligaciones; la reciprocidad de las obligaciones explica la consensualidad.¹⁴⁹ El concepto de contrato parece provenir del *ius gentium*, y de su desarrollo resultan las acciones de buena fe, que tendrán aplicación incluso en ámbitos no contractuales, como la tutela y la dote.¹⁵⁰

Estos contratos se caracterizan por dos elementos: la consensualidad y la reciprocidad de las obligaciones. La reciprocidad de las obligaciones presente en estos contratos no es el núcleo fundamental como lo es para Labeón,¹⁵¹ es una herramienta que integra junto a la buena fe y a la equidad a ciertos contratos cuyo elemento esencial es el consenso.¹⁵²

El nexo sustancial entre la reciprocidad de las obligaciones, el consenso, la buena fe y la equidad de los contratos de *ius gentium* sirven para regular la interdependencia de las obligaciones recíprocas y de las relativas prestaciones, originaria y funcionalmente. Se lee ya en Alfeno, discípulo de Servio, una posición fundamental la tiene Labeón, está en Gayo,

¹⁴⁷ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 55, nota 7.

¹⁴⁸ Brasiello, U., *op. cit.*, nota 18, pp. 554-570.

¹⁴⁹ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 143.

¹⁵⁰ Gai. 4, 62. “Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae”, “Los juicios de buena fe son estos: compraventa, locación conducción, gestión de negocios, mandato, depósito, fiducia, sociedad, tutela, dote, comodato, prenda, partición de herencia, división de comunión”.

¹⁵¹ D. 50, 16, 19.

¹⁵² Cardilli, R., “La Buona fede» come principio di diritto dei contratti: diritto romano e América Latina”, “*Bona fides*” *Tra storia e sistema*, Turín, Giappichelli, 2004, pp. 61 y 62; Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 198 y 199.

y Paulo eficazmente recapitula una discusión que ilustra el uso de esta herramienta por la jurisprudencia.¹⁵³

El problema de los límites se hace concreto en las particularidades de cada contrato sinalagmático.¹⁵⁴ Lo específico no es la intención de crear obligaciones, sino que el solo convenio las produzca.

Si bien la tarea de Gayo no se presenta con el fin de definir el contrato, no hay que olvidar que su discurso está construido para explicar didácticamente distintos modos de contraer obligación. Su noción de contrato se desprende fácilmente: Gayo entiende por contrato aquel convenio que genera obligaciones, celebrado con el entendimiento de producir tal efecto. En otras palabras, para Gayo, el contrato es un acuerdo o convención entre partes dirigido a crear obligaciones.¹⁵⁵

8. *De la evolución de la sistemática del discurso expuesto por Gayo en Instituciones en Res cottidianae sive aureorum*

Por D. 44, 7, 1pr¹⁵⁶ se sabe que en otra obra adjudicada a Gayo, *Res cottidianae sive aureorum*, la contradicción acerca del pago de lo indebido aparece resuelta. Gayo explica que las obligaciones nacen, o bien de un contrato (*ex contractu*), o bien de un maleficio (*ex maleficio*), o bien por un cierto derecho propio en virtud de varios tipos de causas (*proprio quodam iure ex variis causarum figuris*). Respecto de las obligaciones nacidas *ex maleficio*,¹⁵⁷ son las causadas por el hurto, la rapiña, el daño y la injuria.¹⁵⁸ El sentido de *causa* como fuente de obligaciones aparece de manera explícita en D. 44, 7, 1pr. Gayo comprende en estas *variis causarum figuris* a la *negotiorum gestio*, la *tutela*, el legado de efectos obligatorios (*legatum per damnationem*), el *indebitum solutum* y ciertos delitos de responsabilidad objeti-

¹⁵³ D. 19, 2, 27 pr; D. 19, 1, 50. Gallo, F., *op. cit.*, nota 62, pp. 215-219. Gai. 3, 155. D. 18. 1. 57 pr. Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 205-224.

¹⁵⁴ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 223.

¹⁵⁵ Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, p. 100.

¹⁵⁶ D. 44, 7, 1 pr. *Gaius libro secundo aureorum*. “Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris”; “Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o de varias figuras de causas por cierto derecho propio”.

¹⁵⁷ *Maleficio* está aquí por *delictum*.

¹⁵⁸ D. 44, 7, 4. Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, p. 101.

va (D. 44, 7, 5). “Tipos de causas” constituidas por un “derecho propio” como figuras *sui generis* respecto al contrato y al maleficio.¹⁵⁹

De esta manera, Gayo en las *Res cottidianae* presenta una tripartición de fuentes en lugar de la bipartición que ofrecía en *Institutiones*. La partición ya no es *ex contractu* y *ex delicto*, sino *ex contractu*, *ex maleficio* (*ex delicto*) y *ex varis causarum figuris*. Con la última categoría, el jurista resolvió los problemas que le había generado la dicotomía *ex contractu-ex delicto*. Figuras como la gestión de negocios de un ausente,¹⁶⁰ la tutela,¹⁶¹ el pago de lo indebido¹⁶² y el legado con efectos obligatorios,¹⁶³ desde luego no son delictuales, pero tampoco contractuales, ya que no son un negocio convencional con la finalidad de obligarse. Gayo utiliza expresiones como *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio*, mas no con carácter sustantivo, sino modal; no se trata de que la tutela sea un “cuasi-contrato”, sino que el tutor y el pupilo se obligan recíprocamente “como por un contrato”.¹⁶⁴

Las ideas de Gayo desarrolladas en *Institutiones* y en *Res cottidianae sive aureorum* revelan la evolución de una sistemática impulsada sobre todo por la determinación del concepto de contrato, pero evidentemente abarcan mucho más que el mero concepto de contrato.¹⁶⁵ Gayo habla de distintos modos de obligarse, habla de distintos hechos objetivos donde se reconoce el constituirse de una relación obligatoria.

Las obligaciones nacidas de contrato se contraen *re, verbis, o consensu*.¹⁶⁶ Como se observa, en esta obra se omitió la referencia a las obligaciones *litteris*, lo cual ha sido explicado diciendo que en época posclásica algún reeditor las eliminó debido a que las mencionadas en *Institutiones* (*nomen transscripticium, chirographa y synagrapa*) la primera ya era desconocida y las segundas pertenecían al derecho

¹⁵⁹ D. 44, 7, 1 pr. *Ibidem*, p. 102.

¹⁶⁰ D. 44, 7, 5, 1.

¹⁶¹ D. 44, 7, 5.

¹⁶² D. 44, 7, 5, 3.

¹⁶³ D. 44, 7, 5, 2.

¹⁶⁴ Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, pp. 103 y 104.

¹⁶⁵ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 1; Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 70, p. 99.

¹⁶⁶ D. 44, 7, 1, 1. *Gaius libro secundo aureorum*. “Obligaciones ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu”; “Las obligaciones nacidas de contrato se contraen o por una cosa, o con palabras, o con el consentimiento”. Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, p. 101.

provincial, o porque el propio Gayo las dejó fuera por las mismas razones.¹⁶⁷

Como tipos de obligaciones contractuales *re*, Gayo enuncia las nacidas del mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.¹⁶⁸ De este complejo

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ D. 44, 7, 1, 2-6. *Gaius libro secundo aureorum*. “Re contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis.. Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur... Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit... Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere... Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur”, “Se contrae obligación por la cosa con la dación de un mutuo. Mas la dación de un mutuo consiste en cosas que constan de peso, número o medida, como el vino, el aceite, el trigo, y el dinero contante; cuyas cosas las damos para esto, para que se hagan del que las recibe, debiendo de recibir después nosotros otras del mismo género y calidad... También aquél a quien le damos en comodato alguna cosa se nos obliga por la cosa; pero éste está obligado a restituir la misma cosa, que hubiere recibido... Ciertamente que también el que recibió una cosa en mutuo, si por algún accidente hubiere perdido lo que recibió, permanece, no obstante, obligado. Pero el que recibió una cosa para usarla está exento, si por fuerza mayor, a la cual no pueda resistir la debilidad humana, por ejemplo, por incendio, ruina, o naufragio, hubiere perdido la cosa que recibió; pero por lo demás es compelido a guardar la más exacta diligencia para custodiar la cosa; y no le basta poner la misma diligencia que pone en sus cosas, si otro pudiere custodiarla con más diligencia. Pero aun en los casos de fuerza mayor queda obligado, si mediara culpa suya; por ejemplo, si habiendo de invitar a una cena a unos amigos, hubiere querido llevar consigo al ir de viaje la plata que para usarla en aquella cena hubiere recibido, y la hubiere perdido, o por naufragio, o por acometida de ladrones o de enemigos... También aquél con el cual depositamos cualquier cosa resulta obligado en nuestro favor mediante la cosa: porque también él debe restituir la cosa que recibió.

de casos, el elemento común denominador es la entrega, es el elemento objetivo mediante el cual se reconoce la obligación. En efecto, se leen diferencias entre los varios casos, en el mutuo se transmite la propiedad, en la prenda se transmite la posesión, en el depósito y en el comodato ocurre una simple entrega de la detención. En Gayo, la entrega de la cosa contrae el *negotium* que “causa” el nacimiento de la obligación de restitución. La *causa* es el hecho objetivo mediante el cual las obligaciones contraídas resultan individuadas.¹⁶⁹ El subsumirse de estos tipos de contratos bajo la categoría *obligatio re contracta* pudo realizarse dentro de la etapa clásica gracias a la extensión de la noción de *credere*, que se encuentra en la base del título edictal XVII “De rebus creditis”.¹⁷⁰

Pero aunque pierda la cosa por custodiarla negligentemente, él está seguro; porque él no la recibe en beneficio propio, sino en beneficio de quien la se la dio, él es responsable sólo si la cosa parece dolosamente, no resulta obligado en caso de negligencia, ya que quien da en custodia una cosa a un amigo negligente, debe culparse a sí mismo. Como sea, se acepta esa gran negligencia que cae en dolo... También se obliga por la cosa el acreedor que recibió una prenda, el cual también está obligado a restituir la misma cosa que recibió”.

¹⁶⁹ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 78.

¹⁷⁰ D. 12, 1, 1, pr 1. *Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum*. “E re est, priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referee”, “Antes que lleguemos a la interpretación de las palabras, digamos algo sobre el significado del mismo título”. “Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit”, “Así pues, como el Pretor consideró pertinente comprender en este título mucho derecho perteneciente a varios contratos, por esto antepuso el título de las cosas prestadas; porque abraza todos los contratos que hacemos atendidos a la fe de otro, pues, como dice Celso en el libro primero de las *Questiones*, la denominación de prestar es general. Y por ello dispuso el Pretor bajo este título en su edicto, así respecto al comodato, como a la prenda; porque a cualquier cosa que asintamos atendidos a la fe de otro, para recibir después alguna cosa en virtud de este contrato, se dice que prestamos. El Pretor eligió la palabra cosa, como general”. D. 12, 1, 2, 3. *Paulus libro vicensimo octavo ad edictum*. “Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est. item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia, creditum autem interdum etiam si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur”; “El crédito difiere del mutuo en lo que el género de

Anteriormente, depositar una cosa era considerado materia de *amicitia* y por tanto tutelada sólo en caso de excesos mediante remedios delictuales.¹⁷¹ Aparentemente y sólo fijado perpetuamente el edicto, el depositante podía en cambio escoger si procedía mediante una *formula in ius concepta*, con su *intentio incerta*, “quidquid ob eam rem NnNnAaAa dare facere oportet”.¹⁷²

Una acción que permitiera al comodante exigir al comodatario la restitución de la cosa dada en comodato fue reconocida primero por el pre-

la especie; porque el crédito consiste en más cosas que las que se contienen en peso, número, o medida; así como hay crédito, si hemos de recibir la misma cosa. Asimismo, no puede haber mutuo, si no interviniera dinero, pero a veces hay crédito, aunque no medie cosa alguna, por ejemplo, si se prometiera dote después de las nupcias”. Burdese, A., *op. cit.*, nota 53, p. 422.

¹⁷¹ Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, 6, 15, 2. “Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure ciuli composuit, XVI. uerba haec posuit: «Quod cui seruandum datum est, si id usus est, siue, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, ad aliam rem atque accepit, usus est, furti se obligauit», “Quinto Scaevola en el XVI libro de su *Del derecho civil* así se expresa: «Quien hace uso de un depósito que le ha sido confiado, o aquello que se le ha dado en uso lo utiliza en modo diverso del previsto, se obliga por hurto»”.

¹⁷² Gai. 4, 47. “Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est. iudex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat. Si non paret, absolvo, in ius concepta est. At illa formula, quae ita concepta est iudex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret, absolvo, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt”, “En algunos casos el pretor propone tanto fórmulas concebidas en derecho como concebidas por el hecho: como en el depósito y el comodato. Si la acción es concebida en derecho lo es así: «C. A. sea juez. Siendo que A. Agerio ha dado en depósito un plato de plata a N. Negidio —del que es causa— cualquier cosa en relación a aquello que deba N. Negidio dar o hacer a favor de A. Agerio con base en la buena fe, sobre esa, o juez, condena N. Negidio a favor de A. Agerio, si no restituye. Si no resulta, absuelve». Mientras se concibe por el hecho aquella que se concibe así: «C. A. sea juez. Si resulta que A. Agerio ha dado en depósito un plato de plata a N. Negidio y que por dolo malo de N. Negidio el plato no halla sido restituído a A. Agerio, el juez, por cuanto valorar la cosa, a tanto dinero condenara N. Negidio a favor de A. Agerio. Si no resulta, absuelve». También para el comodato existen fórmulas similares”. Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, p. 190.

tor.¹⁷³ El reconocimiento del nacimiento de obligaciones del *commodatum* no fue sino hasta fines de la República. La *actio commodati* que permitió al comodante exigir la restitución de la cosa dada en comodato al comodatario se basó en una *formula in factum concepta*.¹⁷⁴ Al ser el comodato la transferencia gratuita de una cosa para su uso, se distinguía de la *locatio conducto rei* por el hecho de ser gratuito.¹⁷⁵

Depositum era similar a *commodatum*, era una *obligatio re contracta*, era gratuito, al igual que el comodatario el depositario no tenía posesión interdical. Pero el depositario era tan sólo un detentor.¹⁷⁶ La diferencia más significativa era que la cosa no era dada para su custodia sino para su uso. El balance entre beneficio e interés en el *depositum* era distinto que el del *commodatum*.¹⁷⁷ El elemento de la gratuidad en el depósito se mantuvo hasta Justiniano.¹⁷⁸ Si alguna remuneración había sido prometida, en derecho romano, no era *depositum*.¹⁷⁹

¹⁷³ D. 13, 6, 1 pr. *Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*. “Ait praetor: «Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo»”. Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, p. 189.

¹⁷⁴ “C. Aquilius iudex esto. Si paret AaAaNnNn rem qua de agitur commodasse eamque AaAa redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex NnNnAaAa condemnato, si non paret, absolvito”; “Sea juez C. Aquilius. Si resulta que A. A ha dado en comodato a N. N. la cosa de que se trata y que no ha sido restituída a A. A., el juez C. A. condene a N. N. a confronto de A. A. por una suma igual al valor de la cosa; si no resulta, que lo absuelva”. Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, p. 189. Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, 2a. ed., Padova, Cedam, 1999, pp. 66 y 204.

¹⁷⁵ D. 13, 6, 5, 12. Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, p. 190.

¹⁷⁶ D. 16, 3, 17, 1. *Florentinus libro septimo institutionum*. “Rei depositae proprietates apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat”; “La propiedad de una cosa depositada permanece en el que la deposita, y también la posesión, si no fué depositada en un secuestrador, porque entonces solamente la posee el secuestrador; porque en este depósito se trata de que este tiempo no corra para la posesión de ninguno”. Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, p. 205.

¹⁷⁷ D. 16, 3, 1 pr. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum*. “Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de augeat depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet”. “Depósito es lo que se dió a alguno para que lo guardase, llamado así por lo que se pone, porque la preposición «de» aumenta la significación a depósito, para demostrar que está encomendado a la fidelidad de aquél todo lo que pertenece a la custodia de la cosa”. Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, p. 205.

¹⁷⁸ D. 16, 3, 1, 8. Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, p. 205.

¹⁷⁹ D. 16, 3, 1, 9. *Ibidem*, p. 206.

Según las *Res cottidianae sive aureorum* adjudicadas a Gayo, de las obligaciones contractuales *verbis* sólo se tiene que: “Se contrae la obligación con palabras mediante pregunta y respuesta, cuando estipulamos que se nos dé o haga alguna cosa”.¹⁸⁰ Por lo que se podría decir que siguen siendo aquéllas de origen estipulatorio.

No se conserva en el *Digesto* ningún fragmento de las *res cottidianae* que sirva de introducción a las obligaciones contraídas *consensu*, pero es seguro que Gayo las trataba, hay pasajes de la misma obra en las respectivas *sedes materiae* del *Digesto* que se refieren a la compraventa,¹⁸¹ al arrendamiento,¹⁸² a la sociedad¹⁸³ y al mandato.¹⁸⁴

9. De la clasificación de fuentes de las obligaciones atribuida a Modestino

Respecto de la clasificación de fuentes de las obligaciones que se lee en D. 44, 7, 52 pr,¹⁸⁵ se ha dicho que es un pasaje manipulado. Se ha dicho que el jurista a un lado de la *obligatio verbis contracta*, debería enunciar la *obligatio litteris contracta*, categoría sistemáticamente extirpada por los compiladores del *Digesto*. Se ha dicho que la categoría *obligari re et verbis* expresada por el *simul utroque*, es de origen bizantino.¹⁸⁶ Asimismo, *peccatum*, en lugar de *delictum* o *maleficium* podría dar lugar a indicios terminológicos de manipulaciones, mas no presenta obstáculos de carácter sustancial.¹⁸⁷ “Nos obligamos por pecado, cuando la totalidad de la cuestión consiste en un hecho”.¹⁸⁸

¹⁸⁰ D. 44, 7, 1, 7. *Gaius libro secundo aureorum. Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fieri nobis stipulemur.*

¹⁸¹ D. 18, 6, 2 pr. D. 18, 6, 16.

¹⁸² D. 19, 2, 2 pr 1.

¹⁸³ D. 17, 2, 72.

¹⁸⁴ D. 17, 1, 2 pr 6. Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 51, p. 101.

¹⁸⁵ D. 44, 7, 52 pr, *Modestinus libro secundo regularum*. “Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato”; “Nos obligamos o por una cosa, o con palabras, o al mismo tiempo por aquélla y con éstas, o por el consentimiento, o por la ley, o por derecho honorario, o por necesidad o por pecado”.

¹⁸⁶ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 24-26.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ D. 44. 7. 52. 8. *Modestinus libro secundo regularum*. “Ex peccato obligamur, cum in facto quaestionis summa constitit”.

Por otra parte, también se ha dicho que lo más significativo de este pasaje es que en lugar del *contractus* de la división gayana, se encuentra la probablemente originaria división de modos de obligarse: *obligari, re, verbis, litteris, consensu*.¹⁸⁹

En seguida, en D. 44. 7. 52. 1¹⁹⁰ se explica la noción de Modestino del modo de obligarse *re*. La expresión *res ipsa* se muestra bastante ambigua, podría decirse que se observa una transformación en la noción de *re obligari*, ya que la esencia de este modo de obligarse ahora parecería reposar en la propiedad de la cosa involucrada.¹⁹¹ Sin embargo, *res* en este pasaje parece significar más “el hecho”, “el acto” de la dación y aceptación de la cosa que se obliga a restituir el deudor.¹⁹²

Para Modestino, el modo de obligarse fundado en la forma (*verbis obligari*), se da cuando precede pregunta, y sigue respuesta congruente.¹⁹³ Se observa una clara relajación respecto al contenido de la prestación, se podría decir que la forma oral se mantiene esencialmente igual que en la *sponsio*, una estructura en forma de diálogo, y la necesidad de que el que pide la promesa (*stipulator*) hable primero. Sin embargo, más adelante se explica que: “También el nudo consentimiento basta para la obligación, aunque la cosa se pueda expresar con palabras”.¹⁹⁴

La *obligatio re et verbis contracta* explicada en D. 44. 7. 52. 3¹⁹⁵ como el concurrir simultáneamente (*simul utroque*) de dos elementos obligantes, el contraer *re* y el contraer *verbis* (*cum et res interrogationi in-*

¹⁸⁹ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 24-26.

¹⁹⁰ D. 44, 7, 52, 1. *Modestinus libro secundo regularum*. “Re obligamur, cum res ipsa intercedit”; “Nos obligamos por la cosa, cuando interviene la misma cosa «el hecho, el acto de la dación y aceptación»”.

¹⁹¹ Watson, A. (trad.), *The Digest of Justinian*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1998.

¹⁹² Brasiello, U., *op. cit.*, nota 65, pp. 583-586.

¹⁹³ D. 44, 7, 52, 2. *Modestinus libro secundo regularum*. “*Verbis, cum praecedat interrogatio et sequitur congruens responsio*”; “Por palabras, cuando precede pregunta, y sigue respuesta congruente”.

¹⁹⁴ D. 44, 7, 52, 9. *Modestinus libro secundo regularum*. “*Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit*”.

¹⁹⁵ D. 44, 7, 52, 3. *Modestinus libro secundo regularum*. “*Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem*”; “Nos obligamos juntamente por la cosa y con palabras, cuando en la pregunta interviene también la cosa”.

tercedit). Esta categoría que mezcla dos modos de obligarse, al parecer deriva del concurrir de un mutuo y una estipulación.¹⁹⁶ La estipulación hecha para fijar intereses sobre un mutuo (D. 19, 5, 24) la estipulación hecha para asegurar el cumplimiento de un mutuo, o bien, la estipulación hecha para ambos fines simultáneamente (D. 12, 1, 40; D. 45, 1, 122, 1; D. 45, 1, 126, 2; D. 46, 2, 6, 1. De esta forma, se podía contraer una obligación *re et verbis*.¹⁹⁷ La obligación de restituir la cantidad prestada y estipulada se funda, no sólo en la *datio*, sino también en la *stipulatio*; la obligación es una, tutelada con una sola acción, la *condictio*, pero con causa doble, *re et verbis*.¹⁹⁸

En cuanto al *consensu obligari*, Modestino considera que consintiendo en alguna cosa, necesariamente nos obligamos en virtud de nuestra voluntad.¹⁹⁹ El elemento volitivo, como en Gayo, aparece directamente afirmado.

La división de fuentes de las obligaciones atribuida a Modestino ha influido al desarrollo ulterior particularmente por la añadidura de la ley. Las causas que no entran en las categorías, *re*, *verbis*, *re et verbis*, y *peccatum*, resultarían comprendidas en el *obligari lege aut iure honorario*

¹⁹⁶ Categoría también enunciada en D. 12, 1, 9, 3. *Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum*. “Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat”; “Así, pues, puesto que esta condictio de cosa cierta compete en virtud de todos los contratos, ora el contrato hubiere sido hecho mediante cosa, ora mediante palabras, ora conjuntamente con una y otras, hemos de mencionar ciertas especies, sobre las que debidamente se discute, si bastará esta acción para reclamarlas”. D. 12, 1, 9, 4. “Ulpianus Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? et puto posse”; “Te preste diez, y estipule esta cantidad para otro, es nula la estipulación; ¿podré reclamar por la *condictio* los diez por medio de esta acción, cual si mediaran dos contratos, uno, que se hizo con la cosa, esto es, con la entrega del dinero, otro, que se hizo con palabras, esto es, inútilmente, porque no pude estipular para otro?, y opino que puedo”.

¹⁹⁷ Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, pp. 154-156.

¹⁹⁸ D’Ors, A., *op. cit.*, nota 125, p. 456; Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, pp. 154-156.

¹⁹⁹ D. 44. 7. 52. 4. *Modestinus libro secundo regularum*. “Ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur”.

aut necessitate.²⁰⁰ El *obligari lege aut iure honorario* hace recordar la subdivisión de Ulpiano de las convenciones *ex privata causa* en convenciones *ex legitima causa* y *conventiones iuris gentium*.²⁰¹ Por otro lado, el *obligari aut necessitate* y lo dicho en D. 44, 7, 52, 10²⁰² hacen recordar el *gestum rem significare sine verbis factam* atribuido a Labeón.²⁰³

10. De la recepción y ampliación de Justiniano del sistema gayano de fuentes de las obligaciones

El sistema institucional de Gayo constituyó un considerable progreso conceptual, al distinguir las cosas corporales, las cosas incorporeales, clasificando a las obligaciones como cosas incorporeales y reuniendo a los distintos contratos y delitos como fuentes de obligaciones.²⁰⁴

El título XIII del Libro III de las *Institutiones* de Justiniano se llama “De obligationibus”. En J. 3, 13 pr se encuentran las mismas palabras que en Gai. 3, 88, *Nunc transeamus ad obligationes*, se añade la definición de *obligatio* como vínculo jurídico, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad (“*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicui solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”).²⁰⁵

²⁰⁰ D. 44, 7, 52, 5. *Modestinus libro secundo regularum*. “*Lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus*”; “Nos obligamos por la ley, cuando atemperándonos a las leyes hacemos algo según el precepto de la ley, o al contrario”. D. 44, 7, 52, 6. *Modestinus libro secundo regularum*. “*Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipuntur vel fieri prohibentur*”; “Nos obligamos por derecho honorario en virtud de lo que por el Edicto perpetuo, o por el magistrado, se preceptúa que se haga, o se prohíbe que se haga”. D. 44, 7, 52, 7. *Modestinus libro secundo regularum*. “*Necessitate obligantur, quibus non licet aliud facere quam quod praeceptum est: quod evenit in necessario herede*”; “Se obligan por necesidad aquellos a quienes no es lícito hacer otra cosa que la que está preceptuada; lo que acontece en el caso del heredero necesario”. Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 24-26.

²⁰¹ D. 2, 14, 5.

²⁰² D. 44, 7, 52, 10. *Modestinus libro secundo regularum*. “*Sed et nutu solo pleraque consistunt*”. Pero aún con una sola seña subsisten muchas obligaciones.”

²⁰³ D. 50, 16, 19.

²⁰⁴ Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, pp. 26-29.

²⁰⁵ Para una reconstrucción histórica de esta definición véase Falcone, G., *Obligatio est iuris vinculum*, Turin, Giappichelli, 2003.

Aparte de la innovación en cuanto a la inclusión de una definición explícita de obligación, en seguida en J, 3, 13, 1,²⁰⁶ se encuentra una distinta *summa divisio* de las obligaciones. Para Justiniano la principal división de las obligaciones se deduce en dos géneros, o son civiles, o son pretorias. Son civiles, las que o han sido constituidas por las leyes, o reconocidas ciertamente por el derecho civil. Son pretorias, las que el pretor ha establecido por su jurisdicción, las cuales se llaman también honorarias.

Lo anterior se puede deber a que la originaria tripartición *personae, res, actiones* de Gayo fue comprendida de una manera distinta por Justiniano. En tiempos de Justiniano, el sistema formulario había sido desde hace ya tiempo sustituido por el procedimiento cognitorio. En el derecho clásico se encuentra una serie heterogénea de acciones civiles para exigir el cumplimiento de las obligaciones. Esta serie de acciones civiles se completa una larga lista de acciones *in factum*. Las acciones *in factum* no se refieren al *oportere* del derecho civil, sino a un hecho que designa un *actione teneri*.²⁰⁷

Quienes redactaron las *Institutiones* de Justiniano (manual que antecede al *Digesto*), se dirigían hacia una separación entre obligación y acción. Obligación y acción eran cosas concomitantes en tiempos de Gayo. Para quienes redactaron las *Institutiones* de Justiniano, una acción era algo distinto de lo que era para Gayo, en tiempos de Justiniano, la acción ya no estaba ligada a una fórmula. Para los redactores de las *Institutiones* de Justiniano *actio* no era otra cosa que el derecho de perseguir en juicio aquello que se nos debe.²⁰⁸ De esta forma, las diversas clases de obligaciones podían ser consideradas *causae actionum*, o como *Theophilus* uno de los redactores de las *Institutiones* lo dice: “madres de acciones”.²⁰⁹ Probablemente por esto, a diferencia de Gayo, quien hablaba de

²⁰⁶ J. 3, 13, 1. “Omnium autem obligationes summa divisio in duo genera deducuntur: namque aut civiles sunt, aut praetoriae. Civiles sunt quae aut legibus constitutae, aut certe iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur”.

²⁰⁷ D’Ors, A., *op. cit.*, nota 125, pp. 417-419.

²⁰⁸ J. 4, 6 pr. “Superest, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur”.

²⁰⁹ Theophilus, *Paraphrasis institutionum*, libro III, título XIII. Citado por Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 23, nota 157.

contratos y delitos como la *summa divisio* de las obligaciones, Justiniano habla de obligaciones civiles y pretorias como la *summa divisio* de las obligaciones.

En seguida, en J. 3,13, 2²¹⁰ Justiniano afirma que a la *summa divisio* arriba explicada, le sigue otra división en cuatro especies de obligaciones, ya que éstas provienen de un contrato, o como de un contrato, o de un maleficio, o como de un maleficio, aquí Justiniano adoptó y desarrolló plenamente las concepciones de Gayo, hasta llegar a una división de cuatro especies de fuentes de las obligaciones. En este mismo pasaje, Justiniano al igual que Gayo consideró pertinente explicar las obligaciones que nacen de un contrato, explica que de éstas, a su vez hay cuatro especies, pues o se contraen por la entrega de una cosa, o por palabras, o por escrito, o por el mero consentimiento. En los siguientes pasajes, Justiniano explica cada una de estas especies de obligaciones contractuales que, a su vez, constituyen géneros que agrupan distintos tipos de contratos. Debido a que las obligaciones contractuales son el tema que más nos interesa, se tratarán aparte más adelante.

En J. 3, 27 se lee la rúbrica: *De obligationibus quasi ex contractu*. Justiniano se refiere a las obligaciones *quasi ex contractu* cuyo concepto al igual que Gayo resulta por exclusión. Enumera las obligaciones nacidas de la gestión de negocios,²¹¹ la tutela,²¹² la obligación del heredero a su coheredero por la acción de división de herencia,²¹³ el legado²¹⁴ y el pago de lo no debido,²¹⁵ y añade la figura de una comunidad o copropiedad sin sociedad.²¹⁶ En cada tipo de obligación de este género al igual

²¹⁰ J. 3, 13, 2. “Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio. Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. De quibus singulis dispiciamus”, “La siguiente división se determina en cuatro especies, pues o nacen de un contrato, o de un cuasi contrato, o de un delito, o de un cuasi delito. Corresponde que hablemos primero de las que nacen de un contrato. De éstas, a su vez, hay cuatro especies: pues o se contraen por la cosa, por palabras, o por escrito, o por el consentimiento. Tratemos de cada una de ellas”.

²¹¹ J. 3, 27, 1.

²¹² J. 3, 27, 2.

²¹³ J. 3, 27, 4.

²¹⁴ J. 3, 27, 5.

²¹⁵ J. 3, 27, 6.

²¹⁶ J. 3, 27, 3.

que Gayo, hay obligación, pero en ningún negocio de estos subyase, un convenio con la intención de crear obligaciones, por lo que la obligación nace “como de un contrato” (*quasi ex contractu nasci videntur*).²¹⁷

Por otra parte, en J. 4, 1 pr.²¹⁸ se afirma que las obligaciones que nacen de un delito, a diferencia de las que derivan de un contrato que se divide en cuatro géneros, las que derivan de un delito constituyen un solo género, ya que derivan del hecho mismo que constituye el delito. Enumera en forma de ejemplo como obligaciones *ex delicto* a los ilícitos civiles tradicionales: hurto, rapiña, daño e injuria. La parte relativa a las obligaciones *quasi ex delicto* se encuentra en J. 4, 5. y reproduce lo dicho por Gayo en *Res cottidianae*.²¹⁹

11. De las obligaciones contractuales en las Instituciones de Justiniano

Justiniano también habla directamente de “modos” por los cuales se contrae una obligación.²²⁰ Pero a diferencia de Gayo, quien lo hizo al explicar los modos en los que se contraen obligaciones con el mero consentimiento.²²¹ Justiniano lo hace al explicar los modos en los que

²¹⁷ J. 3, 27 pr. “Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur”, “Después de los géneros de contratos enumerados, hablemos también de aquellas obligaciones que en realidad no se entienden que nacen propiamente de un contrato, pero que, sin embargo, puesto que no toman cuerpo de un delito, parece que nacen como de un contrato”.

²¹⁸ J. 4, 1 pr. “Cum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. Sed illae quidem, ut suo loco tradidimus, in quattuor genera dividuntur: hae vero unius generis sunt, nam omnes ex re nascuntur, id est ex ipso maleficio, veluti ex furto aut rapina aut damno aut iniuria”, “Habiendo expuesto en el libro precedente las obligaciones derivadas de un contrato y de un cuasicontrato, debemos ahora explicar las obligaciones que derivan de un maleficio. Las primeras, como en su momento lo explicamos, se dividen en cuatro especies; éstas en cambio, constituyen un solo género, porque todas nacen de un hecho, es decir, por el maleficio en sí, como puede ser de hurto, la rapiña, el daño o la injuria”.

²¹⁹ D. 44, 7, 5, 4 y D. 50, 13, 6.

²²⁰ J. 3, 14. “Quibus modis re contrahitur”, “De qué modos se contrae *re* una obligación”.

²²¹ Gai. 3, 136. “Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi... sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse”.

una obligación se contrae por la entrega de una cosa (*modis re contrahitur*). En J. 3, 14 pr-1²²² se lee que Justiniano repite lo dicho en Gai. 3, 90 y Gai. 3, 91. De las obligaciones contraídas *re*, menciona a la que deriva del mutuo y el pago de lo no debido, repitiendo para señalar al igual que Gayo, que ésta no es *ex contractu*, por que veía en ella más un ánimo de disolver la obligación, que de contraerla. El elemento volitivo nuevamente resulta afirmado de manera directa. El pago de lo indebido para Justiniano es una especie de obligación que entra en la categoría *quasi ex contractu*.²²³ En J. 3, 14,2-4 se repite en parte, lo dicho por Gayo en *Res cottidianae*.²²⁴ Se explica el comodato, el depósito, y la prenda.

²²² J. 3, 14 pr-1. “Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata aere argento auro. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur. Unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Ex eo contractu nascitur actio quae vocatur condictio. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: daturque agenti contra eum propter repetitionem condictionis actio. Nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere ac si mutuum accepisset: unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenetur indebiti conditione non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat magis distrahere voluit negotium quam contrahere”. “Contráese una obligación por la cosa, como, por ejemplo, por la dación de un mutuo. Mas la dación de un mutuo consiste en aquellas cosas que constan por peso, número, o medida, como el vino, el aceite, el trigo, el dinero acuñado, el bronce, la plata y el oro, cuyas cosas damos o contándolas, o midiéndolas, o pesándolas, con el fin de que se hagan de los que las reciben, y de que en algún tiempo se nos devuelvan no las mismas cosas, sino otras de la misma naturaleza y calidad; de donde también se llamó *mutuum*, porque de tal modo se te da por mí algo, que de mí tuyo se hace, Y de este contrato nace la acción que se llama *condictio*. También se obliga por la cosa el que recibió lo no debido de aquel que lo pagó por error, y, se da contra él al demandante por causa de la repetición la acción *condictitia*. Porque puede ser demandado por la *condictio*, si parece que él deba dar, lo mismo que si hubiese recibido un mutuo; por lo que el pupilo, si por error se le ha pagado sin autoridad del tutor lo no debido, no estará obligado por la *condictio* de lo indebido más que por la dación de un mutuo. Más esta especie de obligación no parece que se constituye por un contrato, pues el que da con ánimo de pagar, más bien quiso extinguir una obligación que contraerla”.

²²³ J. 3, 27, 6.

²²⁴ D. 44, 7, 1, 3-6.

Respecto de la *verborum obligatione*, en la primera parte de J. 3, 15 pr.²²⁵ se repite lo dicho en D. 44, 7, 1, 7, pasaje del *Digesto* que contiene lo dicho por Gayo en *Res cottidianae* acerca de la obligación *verbis* que nace de una estipulación. Y se añade que de la estipulación dimanarían dos acciones, la *condictio*, si la estipulación es cierta, la *ex stipulatu* si es incierta. En J. 3, 15, 1,²²⁶ se recuerda a las palabras formales como un requisito superado y menciona la constitución de León en la que se suprimió la solemnidad de las palabras, y se estableció que bastaba el mero consenso para que surgiera la obligación.²²⁷ De esta forma, se lee que la

²²⁵ J. 3, 15 pr. “Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fieri nobis stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. Quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens”, “La obligación por palabras se contrae por una pregunta y una respuesta, cuando estipulamos que se nos dé o se haga alguna cosa, De ellas dimanarían dos acciones, así la condición si la estipulación fuere cierta, como la de lo estipulado si fuere incierta; la cual tenía este nombre, porque entre los antiguos *stipulum* significaba *firme*, derivándose probablemente de *stipes* «tronco asegurado en la tierra»”.

²²⁶ J. 3, 15, 1. “In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? Spondeo, promittis? Promitto, fidepromittis? Fidepromitto, fideiubes? Fideiubeo, dabis? Dabo, facies? Faciam. Utrum autem latina an graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere: quin etiam duo graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est”; “Tales fueron las palabras empleadas en otro tiempo en esta obligación: ¿ofreces espontáneamente? Ofrezco espontáneamente; ¿prometes? Prometo; ¿prometes por tu fe? Prometo por mi fe; ¿sales fiador? Salgo fiador; ¿darás? Daré»; se haga o en latín o en griego, o en cualquiera lengua, con tal que ambos estipulantes entiendan dicha lengua; y no es necesario que ambos estipulantes entiendan dicha lengua; y no es necesario que ambos usen la misma lengua, sino que basta responder congruentemente a lo preguntado: por lo que, también dos griegos pueden contraer una obligación en lengua latina. Mas estas palabras solemnes estuvieron ciertamente en uso en otro tiempo; mas después se promulgó una constitución de León, la cual, suprimida la solemnidad de las palabras, requiere únicamente de una y otra parte una manifestación conocida y acorde, aunque se haya expresado con cualesquiera palabras”.

²²⁷ C. 8. 37. 10. *Leo*. “*Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem*”. * *Leo a. Erythrio pp.* * <a 472 d. K. *Ian. Constantinopoli mar-
cianocns.*>.

contraposición *consensu-verbis*, a partir de la constitución de León, había perdido razón de ser, la pronunciación de palabras solemnes había perdido su fuerza obligante. En este mismo sentido, dos años antes de la promulgación de la Instituta, Justiniano había suprimido con una constitución el requisito de la presencia de las partes durante la realización del acto.²²⁸ Ahora, la *stipulatio* es el documento del consenso sobre una promesa.²²⁹

La *obligatio litteris* explicada en J. 3, 21²³⁰ está representada por un documento en que alguien declara haber recibido algo en mutuo sin ha-

²²⁸ CJ. 8, 37, 14. “Optimam quaestionem et frequenter in iudiciis versatam satis humanum est saltem in praesenti dirimere, ne diutius nostram rem publicam molestare concedatur. In multis etenim contractibus et maxime in feneratiis cautionibus solitum est adscribi, stipulationes per certos servos celebrari. Sed quidam indevotione tenti ex hoc materiam altercationis acceperunt: et alii quidem non esse servum adhibitum contendebant, alii vero non eius esse servum, ad quem pertinere scriptura protestabatur: et si non per servum, sed inter praesentes celebratam esse rem fuerit scriptum, et hoc iterum dubitabatur, debere ostendi partes esse praesentes”. * Iust. A. Iohanni pp. * <a 531 d. K. Nov. Post consulatum lampadii et orestis vv. Cc.>. Y J.3,19,12. “Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contententibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse”.

²²⁹ J. 3, 20, 8. “In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta”, “En las estipulaciones de los fiadores ha de saberse, que generalmente se admite que todo lo que se haya escrito como habiendo sido hecho, se reputa también como hecho: y así, es constante que si alguno hubiere escrito que el había salido fiador, se entienden cumplidas solemnemente todas las formalidades”.

²³⁰ J. 3, 21. “Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas

berlo recibido en realidad, si caducó la acción para reclamar, de modo que, pasado el plazo, el documento obliga. La desaparición del *nomen transscripticium*, la expansión de la *stipulatio* romana y su degeneración en un documento escrito determinaron la existencia de estos negocios, Gai. 3, 134 ya decía “ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat”,²³¹ estos tipos de obligaciones contractuales recordados por Gayo,²³² no sobrevivieron al principado y no corresponden a la *litterarum obligatio* contenida en J. 3, 21 que más bien se refiere a la *querella* o *exceptio non numeratae pecuniae*.²³³

Justiniano, para cerrar el discurso de las obligaciones *ex contractu*, bajo la rúbrica “De consensu obligatione”, en J. 3, 22 pr²³⁴ explica que el consenso hace obligaciones en la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. En seguida, en J. 3, 22, 1²³⁵ explica que para que surjan obligaciones de estos tipos de contratos no es necesario que cons-

hiuismodi exceptio minime extendatur”, “En otro tiempo se contraía por escrito una obligación, que se decía era hecha *nominibus* por asientos de cuentas, cuyos asientos de cuentas no están hoy en uso. Si alguno ciertamente hubiere escrito que debía una cantidad que no se le entregó, no puede después de mucho tiempo oponer excepción de no haber recibido en manera alguna el dinero; pues repetidísimas veces ha sido esto establecido. Resulta así, que hoy, en tanto que no puede uno querellarse, se está obligado por escrito; y de éste nace una condición, no habiendo, sin embargo, una obligación verbal. Más el largo tiempo para esta excepción se extendía antes ciertamente según las constituciones imperiales a un quinquenio. Pero para que los acreedores no puedan ser tal vez defraudados por más tiempo de su dinero, se ha redicido por una constitución nuestra el plazo, de modo que esta excepción no se extienda en manera ninguna más allá del límite de un bienio”.

²³¹ Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, pp. 138 y 139.

²³² Gai. 3, pp. 128-134.

²³³ Shulz, F., *Derecho romano clásico*, pp. 483 y 484.

²³⁴ J. 3, 22 pr. “Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis”; “Se hacen obligaciones por el consentimiento en las compraventas, en los arrendamientos, en las sociedades y en los mandatos”.

²³⁵ J. 3, 22, 1. “Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire”; “Mas se dice que en estos casos se contrae la obligación por el consentimiento, porque no hay en manera alguna necesidad ni de escrito ni de la presencia de las partes, y porque tampoco es necesario que se de alguna cosa para que tome cuerpo la obligación, sino que basta que consientan los que hacen el negocio. Por lo que, tales negocios se realizan también entre ausentes, por ejemplo, por carta o por mensajero”.

ten por escrito ni que las partes estén presentes, ni que se dé una cosa, para que tome cuerpo la obligación, sino que basta el consentimiento de las partes para que la obligación surja.

Se ha dicho que la expresión *substantiam capiat obligatio*, “para que tome cuerpo la obligación”, contenida en J. 3, 22, 1, constituye una transformación, la forma y la causa son presentadas más como un requisito que complementa la constitución de la obligación, y no el hecho objetivo que obliga. Justiniano concibe al contrato más como *conventio* que como *negotium contractum*.²³⁶

La entrega de una cosa sobre la base de un acuerdo previo, y la reciprocidad de las obligaciones presente en los contratos que “toman cuerpo” con el mero consentimiento, seguirán distinguiéndose.

IV. CONCLUSIONES

La narración apenas expuesta muestra que el núcleo fundamental del sistema de las obligaciones y de los contratos consiste que la obligación es un género del que los contratos dependen como fuentes. Como dice J. Adame, el concepto de contrato depende lógicamente del concepto de obligación.

El Código Civil francés y los códigos inspirados por éste regulan al contrato en relación a la materia de las obligaciones; y más aún, pasan a través de las obligaciones para afirmar la eficacia real del contrato.

La obligación es un efecto característico de los contratos, constituye un género más amplio donde caben los contratos, si un contrato no es obligatorio, para el derecho, es irrelevante.

De acuerdo con F. Gallo, la contemporánea categoría general de contrato constituye más un contenedor de distintas relaciones jurídicas patrimoniales fundadas sobre el acuerdo. El dato común, el consenso, ha sido sobrepuesto y las especificidades de cada contrato han sido, poco, a poco, puestas en la sobra.²³⁷ O como diría J. Adame: “la definición de contrato como convenio que genera obligaciones no es el logro de un

²³⁶ Brasiello, U., *op. cit.*, nota 18, pp. 554-570; Grosso, G., *op. cit.*, nota 54, p. 100.

²³⁷ Gallo, F., “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare in Roma e America. Diritto romano comune”, *Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 7 1999, pp. 17-60.

concepto más abstracto y por eso mejor, sino una simplificación o pérdida de las distinciones entre tipos y fuentes de las obligaciones, que son necesarias para su régimen adecuado”.²³⁸

Distinguir ente si el contrato es un acto o una conveción parece innecesario; el contrato es las dos cosas: un acto y una convención. El hecho de que el derecho tutele y reconozca tanto la compraventa como la donación, no significa que la donación, que produce efectos en una sola dirección, no sea sustancialmente distinta a la compraventa, que produce efectos recíprocos.

Si se parte de que los contratos son especies de fuentes de las obligaciones en las que subyace un acuerdo, las especies se pueden dividir y en última sistematizar. El proceso de tipificación presenta una forma de racionalidad que no trabaja con conceptos, pero instauro conceptos; que no es sistema, pero crea las premisas del sistema; que no necesita postular un orden. En otras palabras, la tipificación cae sobre el aspecto creativo del pensamiento que por lo general es designado como sentido práctico o empírico.²³⁹

V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

ADAME, J., “Esbozo de una nueva teoría del contrato”, *Ars Iuris*, México, 33, 2005.

BEDUSCHI, C., *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, CEDAM, 1992.

BETTI, E., *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, Società Tipografica Modenese, 1925.

—, “Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi proculiani e sabiniani”, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, Roma, año XXVIII, fascículos I-V, 1916.

BIONDI, B., “Reminiscenze e esperienze romanistiche in tema di contratto moderno”, *Scritti Giuridici*, Giuffrè, 1965, IV, Diritto Moderno Varieta.

²³⁸ Adame, J., *op. cit.*, nota 78, pp. 43-67.

²³⁹ Beduschi, C., *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, CEDAM, 1992, p. 8.

- BONFANTE, P., “Il contratto e la causa del contratto”, *Scritti giuridici vari*, Turín, Unione Tipografico Editrice Torinese, 3.
- , “Le obbligazioni”, *Corso di diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1979, vol. IV.
- , “Sulla genesi e l’evoluzione del contractus”, *Scritti giuridici vari*, Turín, 1921, III, Obbligazioni, comunione e possesso.
- BRASIELLO, U., “Obbligazione (diritto romano)”, en AZARA, Antonio y EULA, Ernesto (eds.), *Novissimo digesto italiano*, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1965, XI.
- , “Obligatio re contracta”, *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento*, Milán, Fratelli Treves Editori, 1930, vol. II.
- , “In tema di categorie contrattuali”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, núm. 10, 1944.
- BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, 4a. ed., Turín, Utet, 1993.
- CANNATA, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, 1, Turín, Giappichelli, 2003, II.
- CARDILLI, R., “La «buona fede» come principio di diritto dei contratti: diritto romano e América Latina”, “*Bona fides*” *Tra storia e sistema*, Turín, Giappichelli, 2004.
- , “Divagazioni «storico-dogmatiche» sul legame tra contratto e obbligazione”, *Scritti in onore di Vincenzo Bounocore*, vol. I: *Teoria generale, Storia del diritto, Diritto pubblico*, Giuffrè, 2005.
- D’ORS, A., *Derecho privado romano*, 9a. ed., Pamplona, Eunsá, 1997.
- *et al.*, *El digesto de Justiniano*, Pamplona, Aranzadi, 1975.
- FALCONE, G., *Obligatio est iuris vinculum*, Turín, Giappichelli, 2003.
- , *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Turín, Giappichelli, 2003.
- FOUCAULT, M. *L’ordre du discours*, París, Gallimard, 1971.
- GALLO, F., “Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impos-

- taciones modernas”, *Corso di diritto romano*, Turín, Giappichelli, 1992, I.
- , “Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne”, *Corso di diritto romano*, Turín, Giappichelli, 1993 y 1995, I y II.
- , “Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare, en Roma e America. Diritto romano comune”, *Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 7, 1999.
- , “Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni”, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica II Congreso Internazionale ARTISTEC*, Palermo, 7 y 8 de junio de 1995, Turín, Giappichelli, 1995.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. (trad.), *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889.
- GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Turín, Giappichelli, 1947.
- , *Il sistema romano dei contratti*, 3a. ed., Turín, Giappichelli, 1963.
- GUZMÁN, BRITO, A., *Derecho privado romano*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. I.
- , *Derecho privado romano*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. II.
- , “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato, I: El vocabulario de la negocionalidad jurídica en el derecho romano”, en ESBORRAZ, David Fabio (coord.), *Programa Alfa-Red Omnem Unión Europea-América latina Cuadernos del curso de máster en sistema jurídico romanista y unificación del derecho en América Latina Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, Roma-México, Porrúa-Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergata’-CNR, 2006.

- , “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, 26, 2004.
- , “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”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Modena, 12, 2001.
- KNÜTEL, R., “La causa nella dottrina dei patti”, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC*, Palermo, 7 y 8 de junio de 1995, Turín, Giappichelli, 1995.
- KRUGER, P. y MOMMSEN, T., *Corpus iuris civilis*, Alemania, Weidmann, 1963.
- KOSCHAKER, P., *L’Europa e il diritto romano*, trad. de A. Biscardi, Florencia, 1962.
- LANTELLA, L., *Metastoria I. Prelettura teorica per un seminario sull’Enchiridion di Pomponio*, Turín, Giappichelli, 1990.
- *et al.*, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, Turín, Giappichelli, 2004.
- , “Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (repertorio di strumenti per una lettura ideologica)”, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Turín, Giappichelli, 1976.
- PIRA, G. la, “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana, il metodo”, *S D H I*, I, 1935.
- LAURIA, M., “*Contractus, delictum, obligatio*”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, año IV, 1938.
- LENEL, O., *Das edictum perpetuum praetoris urbanis*, 3a. ed., Leipzig, Verlag B. Tauchnitz, 1927.
- , *Palingenesia iuris civilis, volumen prius y volumen alternum*, Leipzig, Unveränderter Abdruck bei Bernhard Tauchnitz, 1889.

- LIEBS, D., "The History of the Roman *Condictio* up to Justinian", en MACCORMICK, Neil y BIRKS, Peter (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honorè*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- RICCOBONO, S., "La formazione della teoria generale del *contractus* nel periodo della giurisprudenza classica", *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'isegnamiento*, Milán, Fratelli Treves Editori, 1930, vol. I.
- SARGENTI, M., *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, en *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Giappichelli, Turín, 1976.
- SCHIPANI, S., "La elaborazione del *contractus* nell'età della formazione del sistema giuridico romanistico. a. Dal *contrahere obligationem* al *contractus*. La sistematica delle fonti delle obbligazioni. La definizione del contratto. Appunti", *Documento del Programa ALFA Rete Omnem*, Roma, 2004-2005.
- , "Le *Institutiones* di Gaio-Giustiniano", *La codificazione del diritto romano comune*, Turín, Giappicheli, 1999.
- , "Profili del ruolo ordinatore del contratto", *Documento de las lecciones impartidas durante el Programa ALFA Rete Omnem*, Roma, 2005.
- SHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. directa de la edición inglesa de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960.
- STEIN, P., *From Juristic Rules, Regulae Iuris, to Legal Maxims*, Gran Bretaña, Edinburgh University Press, 1966.
- TALAMANCA, M., "Obbligazioni", en MORTATI, Constatino y SANTOROPASSARELLI, Francesco (dirs.), *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1979, XXIX.
- , "Conventio e stipulatio", *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*. Atti del convegno di diritto romano Siena 14-15 abril de 1989, Nápoles, Jovene, 1991.
- VIEHWEG, T., *Topica e giurisprudenza*, trad. y nota introductiva de Giuliano Crifò, Milán, Giuffrè, 1962.

WATSON, A. (trad.), *The Digest of Justinian*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1998.

ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 1996.