

REPLICAS PANORMITANAS II*
El "contractus" según Labeón
(A propósito de una crítica de Albanese)

ALVARO D'ORS
Universidad de Navarra

1. Como ya decía hace veinte años¹, toda posible censura a mi esquemática contraposición entre *res credita* y *contractus* "no afectaría a mi tesis fundamental de una esencial separación entre las figuras crediticias del edicto xvii y las 'otras' del edicto xix". Esto no ha sido tenido en cuenta generalmente, y mis críticos no han entrado en el fondo de la cuestión, sino que se han limitado a censurar la distinción terminológica por mí defendida entre *creditum* y *contractus* como excesivamente estricta y en contradicción con el uso más laxo que de esos términos hace la Jurisprudencia, con lo que se está pensando, naturalmente, en Gayo.

Este desentono de la crítica se debe principalmente a que no ha entrado a considerar la diferencia esencial entre las acciones de derecho estricto (*condictio* y similares acciones *in factum*) del edicto xvii y las acciones de buena fe del edicto xix (a las que se añaden, es verdad, algunas complementarias también *in factum* en relación con la compraventa). Esta es la observación general que hice en su día a la crítica de Grosso²: "Se preocupa demasiado de la sistemática de las figuras (como ya Gayo) y demasiado poco de las acciones, que es lo que realmente interesaba a los clásicos". En efecto, si todo el derecho romano debe ser concebido como sistema de acciones³, el estudio del Edicto, y concretamente de la contraposición entre el edicto xvii, de las acciones crediticias, y el xix, de las acciones contractuales de buena fe, debe ser acometido desde el punto de vista de la acción, es decir, de la fórmula procesal. De esta consideración del

*Vid. la nota inicial de *Replicas Panormitanas I*, en *SDHI*. 41 (1975).

¹*Creditum y Contractus*, en *AHDE*. 26 (1956), p. 27 n. 57 [= *ZSS*. 74 (1957), p. 96 n. 57].

²Rec. a Grosso, *Il sistema romano dei contratti* (1963), en *Iura* 15 (1964) 2, p. 397. Recomiendo la lectura de esta recensión a los que se disponen a la crítica de mi tesis, así como la hecha a Wunner, *Contractus* (1964), en *SDHI* 32 (1966), p. 427, especialmente p. 432 ss.

³Sigo siendo consecuente con las premisas metodológicas expuestas en mis *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano* de 1943: "Palingenesis crítica y Sistema de acciones".

derecho de obligaciones como sistema de acciones depende la sistemática de mis exposiciones didácticas (*Elementos y Derecho Privado Romano*), y, que yo sepa, todavía no se ha hecho una censura válida a esta sistemática.

Sin embargo, a pesar de que la contraposición *creditum-contractus*, como de pura terminología, no sea tan decisiva, y adolezca siempre de la relatividad que depende del uso laxo de *contrahere* y del abuso también laxo, pero clásico, de *creditor*, no puedo menos que interesarme por las críticas que se hacen a tal contraposición, que, según he dicho, muchos toman erróneamente como lo esencial de mi teoría del *creditum*. Tratándose de conceptos fundamentales, es natural que todos los autores tengan que tomar, tácita o expresamente, una posición al respecto, pero sería imposible atender a todos. De una manera especial se ha interesado críticamente por mi teoría del *creditum* Bernardo Albanese, en sucesivos estudios, de los que en este momento voy a considerar el relativo a la definición labeoniana que recoge Ulpiano en D. 50, 16, 19⁴, pues se trata de un punto primordial.

2. Es claro que la definición de *contractus* (o de lo *contractum*) que nos da Ulpiano en D. 50, 16, 19, tomada de Labeón, es una pieza de escándalo para cuantos admiten que los juristas romanos de época clásica tenían una noción de "contrato" aproximadamente tan amplia como la que tenemos hoy, a consecuencia de la tradición gayano-justiniana del concepto: en efecto, Labeón nos define allí el contrato como la *ultra citroque obligatio*, lo que sólo cabe entender como obligación recíproca. Conviene tener presente, una vez más, este importante y discutido texto:

Labeo libro primo (ad edictum) praetoris urbani definit quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et "actum" quidem generale verbum esse,

⁴ALBANESE, "Agere", "gerere" e "contrahere" in D. 50, 16, 19, congettura su una definizione di Labeone, en *SDHI.* 38 (1972), pp. 182-246. Este artículo no se dirige tanto contra mí, expresamente al menos, cuanto contra la importancia que da a esa definición labeoniana del "contractus" (a efectos de la asimilación de los contratos atípicos) SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani, 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano* (Napoli 1971). Más directamente contra mi teoría del *creditum* se dirige el artículo *Per la storia del 'creditum'*, en *AUP.* 32 (1971), p. 5 ss., así como su interpretación *Ancora su D. 12. I. 1. 1: Celso e il 'credere'*, en *AUP.* 34 (1973), p. 148 ss., se dirige, en primer lugar, contra MASCHI, *La categoria dei contratti reali* (Milano 1973). De estas censuras me ocupó en otras sedes. Tampoco me ocuparé de otras opiniones recientes sobre la definición labeoniana de 'contractus'.

sine verbis sine re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione, "contractum" autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synállagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

En mi opinión, este concepto restringido de contrato es el clásico, pero para quienes dan más valor a aquella tradición gayano-justiniana la definición de Labeón es extravagante o, como dice ahora Albanese (como conclusión de su estudio: p. 246), "un travaglio, per così dire, marginale". Si para mí la dificultad puede estar en desautorizar algunos textos que aparecen como clásicos, porque los considero ecos de aquella tradición, para los que me critican la dificultad está precisamente en marginar ese testimonio de Labeón y Ulpiano conservado por Justiniano en el título *de verborum significatione*. Y este esfuerzo por minimizar la importancia de la definición labeoniana, cada cual lo hace como puede, pero, de no repudiar el texto como no-genuino, no cabe más solución que la de sostener que se trataba de una idea original y del todo contraria al uso corriente de los juristas. Naturalmente, esta afirmación requiere cierto esfuerzo suasorio, y voy a fijarme ahora en el que laboriosamente ha hecho Albanese.

Albanese ha presentado una explicación que, dentro de lo exigido por el fin propuesto, brilla por su congruencia⁵: Labeón, al escribir su primer libro de comentarios al edicto pretorio, se encontró —por primera vez, observa el autor (p. 210)— una ocasión para detenerse en el término *contrahere*: cuando llegó al edicto del privilegio de fuero para el domiciliado en provincias, el llamado *ius domum revocandi*, pues, efectivamente, los comentarios que tenemos de ese edicto, en relación probable con la ley que estableció tal privilegio, repiten con frecuencia el verbo *contrahere*, a propósito de la determinación de los actos sobre los que cabe revocar un juicio a la jurisdicción de origen. Labeón habría aprovechado esta ocasión para apuntar una observación filológica erudita, en el sentido de observar la excesiva amplitud que se daba al verbo *contrahere* en el uso corriente del lenguaje jurídico, que, por lo demás, él mismo habría seguido sin escrúpulos. Labeón habría distinguido entre los tres participios (p. 193) *actum*, *gestum* y *contractum*, entendiendo el *actum* como un término general, en contraposición al *contrac-*

⁵Vid. las conclusiones en p. 245 s.

tum, que, según él, no sólo debería referirse exclusivamente a los negocios productivos de obligación, sino incluso solamente a los que producían obligaciones recíprocas, y Labeón lo habría hecho así, cree Albanese, llevado por un análisis etimológico de *cum-trahere*, influido a su vez por el de *ob-ligare*; finalmente (alterando el orden inicial por aproximar *contractum* a *actum*: p. 229), el *gestum*, que excedería, como *actum*, del campo de los negocios obligatorios, y se referiría a cualquier actividad de hecho (sin necesidad de declaración: *res sine verbis facta*). Esta definición del *gestum* habría sido la que decidió a Ulpiano, con ocasión de comentar el edicto "*Quod metus causa gestum erit*" (en el libro 11 de sus comentarios al Edicto), para utilizar el texto de Labeón, aunque fuera a un propósito muy distinto del de Labeón: éste se habría interesado por el *contrahere* del *ius in domum revocandi*, en tanto Ulpiano por el *gestum* del edicto rescisorio de los actos hechos bajo el efecto de la intimidación. En efecto, tenemos (D. 4, 2, 9, 2), en el mismo libro de Ulpiano (11 *ad ed.*), siempre a propósito del edicto del *metus*, una referencia a Pomponio, según el cual algunos autores creían que el edicto rescisorio debía extenderse también a actos como una manumisión o un derribo (*aedificii depositio*), y en relación precisamente con este acto material restituible interpretaba Ulpiano el *gestum* edictal como referido a cualquier actividad de hecho. Para ello habría aprovechado la definición que Labeón daba de *gestum* (distinguiéndolo de *actum* y *contractum*), y quizá (p. 246) tomando también de Pomponio esta definición.

Así, concluye Albanese, no se trata de una idea revolucionaria "respecto a toda la elaboración doctrinal que condujo a la categoría bien circunscrita de *contractus* como negocio típico fuente de *obligatio re, verbis, litteris, consensu*". En suma: una victoria de Gayo sobre Labeón. La cuatripartición gayana brilla por su perfección y procede de una elaboración muy anterior contra la que el mismo Labeón no intentaba rebelarse... Y, sin embargo, me atrevería a pronosticar que las cosas no quedan tan definitivamente resueltas y el mismo Albanese no deja de reconocer que, como dice el mismo título de su artículo, se trata de "conjeturas".

3. Antes de exponer algunas reservas a estas conjeturas de Albanese, quisiera revisar el aserto de éste, de que Labeón, en otros lugares, usa de *contractus* en un sentido amplio y no de *ultra citroque obligatio*. Veamos, pues, los textos alegados (p. 218-223); tres son de Labeón y en los otros, de Ulpiano, se invocan opiniones de Labeón.

De estos textos habría que eliminar los que presentan el verbo *contrahere*, pues nunca se ha discutido que ese verbo es mucho más amplio que el sustantivo *contractus* o que incluso el participio sustantivado *contractum*; pero seguiremos el mismo orden en que alega estos textos Albanese.

1) D. 13, 4, 2, 8 (Ulp., 27 *ad ed.*):

Nunc de officio iudicis huius actionis (sc.: de eo quod certo loco) loquendum est, utrum *quantitati contractus debeat servire* an vel excedere vel minuere quantitatem debeat ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem sequutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet, etc.

Albanese —“in via di congettura non improbabile”— atribuye al mismo Labeón la expresión *quantitas contractus*. Ese “contrato”, dado que la llamada “*actio de eo quod certo loco debetur*” no es más que una modalidad formularia de la *condictio*, sería un negocio crediticio. Pero, aparte de que no podemos saber, ni con probabilidad, que esa frase sea ya de Labeón, el texto ha sido reconocido como intensamente manipulado; en especial, hay que observar la expresión *servire* (que Biondi quería corregir en *servare*) en el sentido de “atenerse a”: vuelve a aparecer en la conocida definición del *ius civile . . . quod . . . nec per omnia ei* (sc. *iuri naturali*) *servit* (D. 1, 1, 6, pr.), y en D. 14, 1, 1, 20: *in re dubia melius est verbis edicti servire*, ambos atribuidos a Ulpiano, pero ambos ya conocidos también como alterados.

2) D. 15, 1, 3, 1 (Ulp., 29 *ad ed.*): *si . . . cum eo* (sc. *servo*) *contractum sit*, a efectos de la fórmula de *peculio* (cfr. § pr.: *si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem*). Se trata aquí de *contrahere* y no de *contractus*, aparte de que no se indica el tipo de negocio que se ha “contratado” con el esclavo, y podría tratarse de compraventa, como en D. 5, 1, 19, 3 (un caso tomado también de Labeón): *institor vendendarum mercium gratia . . . quod cum eo servo contractum est*.

3) D. 17, 1, 8, pr. (Ulp., 31 *ad ed.*): *contractus* se refiere al depósito

y al mandato (verdaderos contratos), pero Albanese cree que no son "recíprocos"; sobre esto, *infra*.

- 4) D. 18, 1, 78, 2 (Lab., 4 *post. a Iav. epit.*): . . . *nec, si partem solvat, ex empto cum venditore agat (sc. emptor), quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit*. Aquí se trata de un verdadero contrato, de compraventa.
- 5) D. 19, 2, 58, 1 (Lab., 4 *post. a Iav. epit.*): *obligationem contrahi se refiere a un verdadero contrato, de locación de obra*.
- 6) D. 18, 1, 80, 3 (Lab., 5 *post. a Iav. epit.*): . . . *sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus*. Según Albanese, al no tratarse necesariamente del contrato de sociedad, ese *aliud genus contractus* excede ya del campo de la *ultra citroque obligatio*. Si no me equivoco, se está pensando en un negocio atípico, es decir, innominado, pero Albanese (p. 221) no reconoce tampoco la reciprocidad de los contratos reales innominados; sobre esto, *infra*.
- 7) D. 19, 5, 19, pr. (Ulp., 31 *ad ed.*): . . . *tutius est ita agere, ut Labeo ait praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*. Aparte el problema crítico del texto, de nuevo tenemos aquí un contrato innominado.
- 8) D. 42, 8, 6, 6 (Ulp., 66 *ad ed.*): . . . *totum enim hoc edictum (sc. de fraudatorio interdicto) ad contractus pertinere in quibus praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque*. La referencia de Ulpiano no sabemos hasta qué punto corresponde al texto de Labeón, pero, en todo caso, es un texto corrompido⁶. Es incomprensible que Ulpiano ponga precisamente la prenda y la venta como contratos sin intervención del magistrado.

Estos son los textos alegados. De ellos resulta lo siguiente: en los tres textos tomados directamente de Labeón (núms. 4-6) se trata siempre de verdaderos contratos (4: compraventa, 5: arrendamiento y 6: contrato innominado). En los otros cinco textos de Ulpiano la referencia a una expresión del propio Labeón es siempre dudosa, pero en dos de ellos se trata también de verdaderos contratos (3: depósito y mandato, 7: contrato innominado); otro (2) no se sabe de qué negocio se trata; los otros dos (1 y 8) son textos que parecen

⁶Vid. X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio* (Roma-Madrid 1974), p. 117.

corrompidos. Esto equivale a decir que la afirmación de que Labeón utilizaba *contractus* para negocios sin reciprocidad se reduce a dos textos corrompidos en los que se invoca la autoridad de Labeón. La base para tal afirmación es, evidentemente, muy débil. Nada nos obliga a pensar que Labeón no fuera consecuente con la definición del contrato que él mismo nos dio en el texto recogido por Ulpiano en D. 50, 16, 19.

4. Albanese no ve tan débil esta base porque cree que ni el depósito, ni el mandato (núm. 3), ni los contratos innominados (núm. 6 y 7) entran dentro del campo de la *ultra citroque obligatio*. No entraría el mandato (p. 240 s.) por ser un contrato bilateral "imperfecto"; ni los contratos "reales" (p. 221) porque en ellos la perfección del contrato depende de la realización de una de las prestaciones.

Por lo que se refiere al mandato, no creo que la reciprocidad deba buscarse en el cumplimiento o en la perfección del contrato, sino en la acción, que es la misma para las dos partes y sirve para exigir por compensación las obligaciones del demandante. Aunque pensemos en el mandante como demandante, sus obligaciones, teóricamente eventuales, son muy ordinarias (p. ej., el reembolso de los gastos y de la anticipación de fondos que haya podido hacer el mandatario).

Esto mismo que decimos del mandato vale para el depósito, cuya *actio in ius* sirve indistintamente para exigir las obligaciones (eventuales o no) de las dos partes.

Por lo que se refiere a los negocios que el derecho postclásico engloba en la categoría de los contratos reales innominados, me parece evidente que la idea de la *ultra citroque obligatio* encuentra en ellos una expresión muy típica. Precisamente la noción de "sinalagmático" con que caracterizamos los contratos recíprocos tiene su origen en el reconocimiento de la bilateralidad de los contratos innominados, a propósito de los cuales Aristón (según la referencia de Ulp., 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 2) utilizaba ese término griego: ... *dedi ut aliquid facias: hoc synállagma esse... dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas... esse enim contractum quod Aristo synállagma dicit...* Albanese (p. 237 n. 64 y 238 n. 65) cree que este *synállagma* de Aristón nada tiene que ver con la *ultra citroque obligatio* de Labeón, a pesar de que a su propósito el texto de Labeón-Ulpiano vuelve a usar el mismo término griego. Es verdad que el *synállagma* griego tiene un sentido mucho más amplio, de convenio sin más, pero no es menos cierto que en los dos únicos textos de

la Jurisprudencia clásica en que aparece la palabra *synállagma*, ésta se relaciona con la idea de reciprocidad.

Que la idea de perfección real de los contratos innominados no es incompatible con la de la bilateralidad se ve precisamente en el caso (que cita D. 2, 14, 7, 2) de evicción de lo dado para obtener la contraprestación: el que sufrió la evicción, si ya cumplió él su contraprestación, puede reclamar de la otra parte por "no haber cumplido" ésta la suya; en otras palabras: el que cumple después puede reclamar en ese caso como si fuera el primero en haber cumplido, y la acción invierte su dirección. Así, pues, no sólo el *synállagma* es compatible con la *ultra citroque obligatio*, sino que es su esquema característico, el que permite la contractualización de negocios atípicos que no cuadraban exactamente en el esquema de la compraventa, pero que eran muy similares a ella; y por eso las acciones clásicas que preceden a la *geniké agogé* que los bizantinos van a dar para todo tipo de contratos innominados parecen haber estado en el edicto XIX, a continuación de la compraventa.

Porque los "verdaderos contratos" son, en mi opinión, los del edicto XIX, es decir, los juicios de buena fe para exigir obligaciones recíprocas, pero también estas acciones pretorias complementarias de las de la compraventa. Albanese me atribuye (p. 234 n. 54), erróneamente, la reducción de *contractus* a los consensuales. Nunca dije tal cosa. Aunque los consensuales sean los más importantes contratos, también son contratos los otros del edicto XIX —en contraposición a los "no-contratos" del edicto XVII—, empezando por la fiducia y el depósito, que encabezaba el edicto XIX, y terminando por las acciones pretorias complementarias de las de la compraventa.

El que Labeón, en nuestro texto (D. 50, 16, 19), no ponga más ejemplos de contratos que la compraventa, el arrendamiento y la sociedad⁷ no quiere decir que estos otros negocios no sean contratos, sino que la ejemplificación de Labeón no pretende agotar la categoría: el mismo hecho de que no siga el orden del edicto indica que sólo quería mencionar los más importantes y precisamente por el orden de su importancia.

5. Al final de su artículo (p. 244), Albanese vuelve a colocar el texto de D. 50, 16, 19 ante los ojos del lector (después de haberlo transcrito al principio, en p. 192), pero con dos importantes amputaciones, de dos frases que sustituye ahí por puntos suspensivos, pues no se trata de que las critique como ciertamente interpoladas.

⁷Vid. infra n. 15 para el mandato.

La primera omisión es de la frase: ...(*generale verbum esse*), *sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione*. La segunda omisión es de: ...(*ultra citroque obligationem*), *quod Graeci synállagma vocant*.

Como aclara Albanese (p. 244), esta "riduzione al testo originario" es tan sólo "una citazione di comodo per mettere in evidenza i nessi ed i concetti che Labeone vuole porre in luce e spiegare". En efecto, está convencido de que la primera frase omitida pertenece al texto genuino y sobre la otra sólo tiene alguna leve sospecha (n. 80: "qualche dubbio", cfr. p. 237), precisamente por la razón de que el término *synállagma* no coincide con el sentido griego —ni, añadiría yo, en contra de una atribución a Justiniano— con el concepto de la legislación de este emperador, es decir, las Novelas.

Con cierta (por lo demás, disculpable) malicia, podríamos pensar que esas dos frases son las que más perturban la interpretación de Albanese. La segunda, porque, precisamente la palabra *synállagma* sirve para entender la *ultra citroque obligatio* en el sentido de reciprocidad que caracteriza las acciones del edicto XIX. La otra frase, por razones más complejas.

Conjetura Albanese (p. 232 ss.) que los términos *actus, contractus gestus* —o los participios substantivados *actum, contractum, gestum*, como defiende él (p. 193 s. y passim)— tenían un alcance mayor que el de ser considerados como fuente de obligaciones, aunque Labeón haría una excepción en el *contractus*, por él reducido (aunque sea como puro alarde filológico) al contrato productor de obligaciones recíprocas. Precisamente por esa generalidad de *actum* y *gestum* —declarado incluso expresamente respecto al primer término: *generale verbum*, e implícitamente respecto al segundo: *res facta*— la palabra "*verbis*", que se repite respecto a ambos términos (la primera vez asociado a *re*), no podía referirse a la *obligatio verbis contracta*, es decir, a la estipulación y otras promesas similares, sino que tendría un valor "análogo" (p. 233 n. 53) al del pasaje de Ulpiano (4 *ad ed. D.* 2, 14, 1, 3) donde se cita a Pedio: pasaje "importantísimo", como reconoce Albanese, pero con el que confiesa no querer enfrentarse en esta ocasión. Como es sabido, en ese lugar se presenta una noción de las "convenciones" comprensiva de varios tipos de acuerdos, y tan amplia

... ut elegantur 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.

Ahora bien, parece claro que en ese lugar, tanto Pedio como el mismo Ulpiano que lo cita, están pensando en negocios que producen obligaciones: no sólo los contratos propiamente dichos (los del edicto XIX) —*nullum esse contractum*—, sino cualquier otro acto que engendre obligación —*nullam obligationem*⁸. La comparación no favorece a Albanese, porque precisamente en el pensamiento de Pedio “*sive re sive verbis*” alude a la distinción entre *dationes* (= *re*) y *stipulationes* (= *verbis*), y aún se añade al final una mención de la estipulación, *quae verbis fit*. Difícilmente, pues, se puede eludir la contraposición *re-verbis* a la distinción entre obligaciones “reales” y “verbales”, aunque con ello no se aluda a la cuatripartición gayana⁹. Es cierto que *re* puede significar “efectivamente”, como en D. 2, 14, 2, pr., donde se contrapone a *per epistulam* y *per nuntium* (*convenire*), pero cuando “*re-verbis*” no se refiere a las obligaciones (reales-verbales), se trata simplemente de contraponer la realidad (= *re*) a la apariencia (= *verbis*), como ocurre en D. 15, 1, 4, 1: *re enim non verbis peculium augendum est*, o bien, como hace el mismo Labeón en Ulp., 56 *ad ed.*— D. 47, 10, 1, 1, de distinguir la afrenta de obra (= *re*) y la de palabra (= *verbis*). Pero en el contexto de la cita de Pedio, así como en el de la de Labeón que nos ocupa, no podemos suponer —tratándose de obligaciones— que esa frase pueda tener otro sentido que el de distinguir las *dationes* de las *stipulationes*, y así se dice expresamente (en orden inverso): *ut in stipulatione vel numeratione*. Decir (p. 234) que la *numeratio* puede ser, pero no siempre es, un acto constitutivo de obligación, eso me parece una débil evasiva para eludir una clara referencia a la *obligatio re*.

Así, pues, aunque *actus* (o *actum*) sea un *verbum generale*, lo es sólo relativamente, pues se circunscribe aquí a las estipulaciones y daciones, esto es, a las obligaciones nacidas *verbis* o *re*, y no a actos de otro tipo.¹⁰

En fin, si tanto *actum* como *contractum* se refieren a las fuentes de las obligaciones, quizá pueda decirse lo mismo de *gestum*, la *res sine verbis facta*. Aquí no se ponen ejemplos, y sólo por conjetura podemos concretar a qué tipo de actos sin estipulación (ni dación) y no comprendidos ya en el *contractus* podía referirse Labeón; pero,

⁸Vid. mi interpretación de este pasaje en mi mencionada recensión a Grosso, en *Iura*, 15 (1964) 2, p. 392 s.

⁹Vid. mi comunicación “*Re et verbis*” al Congreso de Verona, en *Atti* 3, p. 267 ss.

¹⁰Esto no impide que el mismo LABEÓN pueda usar otras veces la palabra *agere* en un sentido no técnico, o en referencia a la voluntad de las partes, con la expresión conocida de *quid actum sit*. Vid., p. 216 ss.

si admitimos que tenía que tratarse de actos productores de obligación, podemos pensar en algunas gestiones que vinculan; por ejemplo, los actos de *negotia gerere*. Aunque precisamente en época de Labeón parece haberse introducido una fórmula *in ius y ex fide bona* para la gestión sin mandato, no es menos cierto que esta actividad no se configuró espontáneamente como *contractus*, y por eso ni siquiera Juliano, al ordenar el Edicto, sacó la *actio negotiorum gestorum*, de su sede tradicional (en el edicto VIII, de los representantes procesales), para llevarla al edicto XIX de los contratos. Pero el *gestum* no tiene que limitarse a ese tipo de gestión. Podemos pensar en el *pro herede gerere*, que vincula al heredero; incluso en la gestión de los tutores, la gestión de los copropietarios, etc. Como digo, no resulta fácil suplir aquí la falta de ejemplos que se observa en el texto, pero, si para el *actum* se ponen los ejemplos de la estipulación y la dación, y para el *contractum* la venta, el arrendamiento, la sociedad . . . , debemos pensar que en el *gestum* podían entrar los otros tipos de obligación, como los enumerados u otros actos materiales, como la alteración del curso normal del *aqua pluvia*, incluso los *delicta*. Por lo demás, no excluiría que el texto de Labeón contuviera algún ejemplo —en simetría con los términos anteriores— y que éstos hayan sido suprimidos por los compiladores, incluso que la breve frase *gestum rem significare sine verbis factum* sea un resumen de una explicación más amplia que daba Labeón.

6. Debo reconocer, por mi parte, la dificultad que yo siempre he encontrado¹¹ para explicar el frag. de Paulo (58 *ad ed.*) recogido en D. 5, 1, 20:

Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicumque aliquis obligatur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur.

Si atendemos a la conexión palingenésica (como hace Albanese, p. 212), este fragmento se inserta, bajo la rúbrica “*de bonis vendundis*” (tit xxxix), a continuación de D. 42, 5, 2, que se integra con los fragmentos anterior y posterior de Gayo, en el sentido de afirmar que la venta concursal de los bienes debe hacerse o en el fuero del demandado, o en el del domicilio del deudor o en aquel en que se contrajo la deuda: *ubi quisque contraxerit*. Comentando esta expresión (*contraxerit*), que probablemente era la del

¹¹Cfr. *Creditum y Contractus*, en *AHDE*. 26 (1956), p. 204.

mismo Edicto, Paulo aclaraba que por *contrahere* debía entenderse cualquier acto productor de obligación, de suerte que allí donde ésta hubiere surgido debía considerarse lugar del "contrato". Esto resulta inteligible, y tendría el valor de una aclaración al sentido amplio del verbo *contrahere*. La dificultad, para mí, no está en el reconocimiento de este sentido lato de *contrahere*, sino en la salvedad final del texto, en el *non* de la misma *quamvis non ex crediti causa debeatur*. También Albanese debe de haber encontrado dificultad para aclarar esta salvedad, pues no da explicación alguna sobre ella, pues decir que Paulo se refiere al mutuo no aclara nada. Para mí sería inteligible sin el *non*: querría decir precisamente que la obligación "crediticia" (del edicto xvii) se tenía, a esos efectos edictales, como la de contrato. Pero la presencia del *non* invierte totalmente el sentido sin permitir otra interpretación posible. Por eso pensé en algún momento que ese *non* se debía a un glosador postclásico, que, insensible a la diferencia entre *creditum* y *contractus*, pensaba que todas las obligaciones convencionales eran *crediti causa*, y que también las no-convencionales, las delictuales o cuasi-delictuales debían tenerse a esos efectos *pro contractu*. Pero se trata, evidentemente, de una corrección del texto que puede considerarse inadmisibles incluso por quienes no pueden explicarlo de otra manera.

7. Si Labeón no limitaba su distinción de *actum-gestum-contractum* a los actos productores de obligación, como dice Albanese, ello se debería a que esa distinción se habría hecho en relación con el edicto del *ius domum revocandi*, privilegio que afectaba a cualquier tipo de procesos y no tan sólo a los de *obligationes*. Pero esta conexión palingénica es también conjetural, y, si admitimos que Labeón estaba pensando, al hacer esa distinción, en actos obligacionales exclusivamente, esa conexión resultaría algo forzada, pues la interpretación del texto —que en este caso me parece primaria respecto a la conexión desconocida— postularía un texto en el que se tratase precisamente de las *obligationes*.

Albanese (p. 202) se resiste a pensar bien en un error de la referencia "*libro primo*" que facilitara la conjetura de que, no sólo Ulpiano, sino también Labeón estuviera comentando el edicto "*Quod metus causa gestum erit*", o bien que este edicto, antes de la codificación juliana, se hallara al principio del orden edictal, para que Labeón pudiera comentarlo en su "primer" libro de los comentarios al Edicto pretorio. Tampoco cree posible (p. 198 s.) que el comentario labeoniano se pueda enlazar al edicto "*Quod*

cum minore . . . gestum esse dicitur", pues cree que la interpretación labeoniana de *gestum* como *res sine verbis facta* es incompatible con un *gerere cum aliquo*; aunque, aquí, a decir verdad, la razón no es muy decisiva, pues el mismo Albanese admite que la interpretación labeoniana de *contractum* tampoco coincide con el muy general *contrahere* del edicto del *ius domum revocandi*; pero, de todos modos, existe la misma dificultad de orden edictal que hay respecto al *metus*: ambos edictos se encuentran bajo el título x del Edicto de Juliano, es decir, demasiado avanzado para coincidir con el libro I de los comentarios de Labeón.

Otra conjetura que rechaza Albanese (p. 203) —aunque la considera "meno delusiva"— es la de Fernández-Barreiro¹²: una conexión con el edicto de la *editio rationum*, que sí coincidiría por su orden edictal, pues se halla en el título III del Edicto de Juliano. Según Fernández-Barreiro, Labeón no aprovechó la palabra *gestum* para hacer su distinción, sino una mención del edicto *de edendo* a las relaciones documentables mediante las *rationes* cuya exhibición se exigía al banquero en ese edicto. De una manera más concreta, la definición labeoniana de *contractus* como *ultra citroque obligatio* tendría una relación expresa en el *ultra citro dandi accipiendi* del que el mismo Labeón (sin duda en el libro I, pues estaba comentando el edicto *de edendo*) hablaba, según una cita también de Ulpiano (4 *ad ed.*) en D. 2, 13, 6, 3, que dice así:

Rationem autem esse Labeo ait ultra citroque dandi accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem. Nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere, nec si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere: hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi constituit argentarius edere debet, nam et hoc ex argentaria venit.

Labeón parece distinguir los distintos tipos de obligaciones cuya documentación debe exhibir el banquero. Albanese empieza por poner una coma entre *dandi accipiendi*, con lo que desvirtúa el sentido de reciprocidad que podían tener esos dos verbos a continuación de *ultra citro*. Según Albanese (p. 204 n. 18), Labeón habría distinguido las siguientes causas de obligaciones documentables en las *rationes* bancarias:

¹²A. F. BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona 1969), p. 157 ss.

- 1) *ultra citro dandi*: cambio de moneda, y también "quizá" el depósito sin interés hecho por un cliente;
- 2) *accipiendi*: mutuo hecho a un cliente, y también el caso de ordenar un banquero a otro el pago de una cantidad que el primero debe a un cliente;
- 3) *credendi*: depósito irregular hecho por un cliente, y también "la hipótesis" de un mutuo con interés hecho por el cliente al banquero;
- 4) *obligandi*: otra vez el mutuo hecho a un cliente, y también la orden por la que un cliente encarga al banquero de pagar una deuda del primero con un tercero;
- 5) *solvendi*: asunción por parte del banquero de una deuda de su cliente, mediante *transcriptio a persona in personam*, o también el caso de que el banquero cause la liberación de su cliente, pagando la deuda de éste a un tercero.

No es necesario insistir en lo arbitrario de esta correspondencia, ella misma ya ambigua y visiblemente insegura. La confusión aumenta todavía cuando dice Albanese (p. 205 n. 18) que la clasificación está enfocada "per comoditá" desde el punto de vista del cliente, pero que podría verse igualmente desde el punto de vista del banquero; porque me parece que, tratándose de las *rationes* de un banquero, es éste quien debe suponerse sujeto de los verbos diferenciados. Por lo demás, dice Albanese (p. 206), que no cabe pensar en una relación entre los dos *ultra citro* (de este texto y de D. 50, 16, 19), ambos de citas de Labeón hechos por Ulpiano, porque el "*contractus*" recíproco nada tiene que ver con las cuentas bancarias.

Esta última afirmación me parece infundada, pues sabemos que los banqueros intervenían muy frecuentemente en los contratos de compraventa, y que las relaciones correspondientes entraban en sus *rationes*¹³. Dentro del carácter abstracto que tenían todas las relaciones pecuniarias del banquero, éstas que procedían de contratos que se solían celebrar con su intervención debían de aparecer referidas a la causa contractual que las determinaba, y de ahí que se pudiera hablar de relaciones "contractuales" registradas en las *rationes* bancarias. A ellas me parece que podía referirse Labeón al hablar de un "dar y recibir recíprocamente", y si esto es así, la relación entre

¹³Vid., por ejemplo, Cicerón, *pro Caecina* 6. 17, y Pap., D. 34. 3. 23: *pecunia ab argentario debita ex contractu quem ut procurator fecit*.

los dos textos, del mismo libro de Labeón, de obligaciones *ultra citra* me parece bastante admisible.

Estas obligaciones verdaderamente contractuales serían las designadas en primer lugar (*ultra citra dandi accipiendi*). Luego, parece indiscutible que la *causa credendi* no podía referirse más que a las cantidades dadas en préstamo por el banquero (sea por *datio mutui*, sea por *delegatio*). Si admitimos el *debendi* que añadía aquí Mommesen, se trataría de los préstamos o depósitos irregulares recibidos por el banquero.

A continuación habla Labeón de *obligandi solvendi sui causa*¹⁴, y esto parece aludir al *acceptum referre* y *expensum ferre* de la *transcriptio nominum*, que en la época de Labeón era un negocio todavía muy frecuente, y del que difícilmente podía prescindirse al hablar de las *rationes* bancarias. Las estipulaciones, desde el punto de vista de las *rationes* bancarias, quedaban propiamente sustituidas por las *transcriptiones nominum*. En cambio, como aclara el texto inmediatamente, el simple pago (sin relación con una deuda registrada) o la aceptación de una prenda o de un *mandatum (pecuniae credendae*¹⁵) no eran actos que se registraran en esos libros, pero sí el *receptum argentarii*, que Justiniano, como siempre, sustituyó por el *constitutum debiti alieni*: [*constituit*] <*recepit*>; acto este último que, ni era "contractual", ni entraba en el mutuo ni en la *transcriptio nominum*, y por eso Labeón tuvo que agregar especialmente a la enumeración anterior.

Esta interpretación de D. 2, 13, 6, 3 me parece, francamente, mucho más probable que la de Albanese, y, si esto es así, entonces la conexión conjeturada por Fernández-Barreiro es bastante probable, con la consecuencia de que deben referirse los tres términos *actum-contractum-gestum* a los actos productores de *obligatio*.

8. Como decía al principio, la distinción terminológica entre *creditum* y *contractus* me parece secundaria respecto a la distinción funcional entre las acciones estrictas (de los préstamos y las estipulaciones, incluso la *stipulatio incerti*) y las acciones de buena fe (de los negocios comprendidos en el edicto XIX). Con todo, la revisión a que nos hemos visto estimulados por la crítica de Albanese no

¹⁴Los editores parecen entender los dos verbos como unidos, pero ALBANESE (p. 204) pone una coma de separación entre ambos.

¹⁵Esta exclusión del *mandatum* a propósito de las *rationes argentarii* podría ser un indicio para explicar la omisión del *mandatum* en la serie de contratos con que ejemplifica Labeón la *ultra citraque obligatio*, aunque ya hemos dicho que con la lista no se pretendía agotar todos los contratos posibles; también faltan los que luego se llamarían "innominados".

nos lleva a desmentir aquella distinción terminológica, ni a desautorizar la definición labeoniana de *contractus*. Queda, esto sí, la cuestión de si la noción labeoniana de *contractus* —como *ultra citroque obligatio*— fue seguida por toda la Jurisprudencia clásica, o si, por el contrario, esa noción queda aislada dentro de un uso común menos escrupuloso. En mi opinión¹⁶, los clásicos no hablaron de *contractus* a propósito de los negocios extraños al edicto xix, y si acaso excedieron ese ámbito, sólo fue en la medida en que una relación obligacional, aunque no fuera propiamente convencional, estuviera sancionada por una fórmula *ex fide bona*, como ocurre con la *actio tutelae*. Es verdad que esto que digo podría exigir una nueva revisión crítica de todos los textos pertinentes, porque puede haber más de los que tuve en cuenta, pero esta labor queda para otro momento, puesto que aquí nos hemos propuesto tratar exclusivamente de la noción de *contractus* en Labeón. Porque, repito, toda nuestra discusión viene a suponer una decisión entre Labeón y Gayo; como el segundo ha influido mucho más (desde el siglo iv d. C.) en el pensamiento jurídico que el gran Labeón, es natural que los que defendemos la mayor validez de Labeón para el derecho clásico encontremos todavía hoy fuertes resistencias. De hecho, desde 1948, no hemos adelantado mucho en lograr cierta aceptación, pero es evidente que la cuestión preocupa mucho más que antes.

¹⁶*Creditum y Contractus*, en *AHDE*. 26 (1956), p. 194 ss. [= *ZSS*. 74 (1957), p. 85 ss., nn. 32 (mutuo), 33 (*stipulatio*), 35 (comodato y prenda)].