

PARA LA HISTORIA DE LA FORMACION DE LA TEORIA GENERAL DEL ACTO O NEGOCIO JURIDICOS Y DEL CONTRATO (I) *

EL VOCABULARIO DE LA NEGOCIALIDAD JURIDICA EN EL DERECHO ROMANO

ALEJANDRO GUZMAN BRITO
 Universidad Católica de Valparaíso
 Universidad de Chile

I. INTRODUCCION

1. Los siguientes vocablos: *actus*, *negotium*, *conventio*, *pactum* o *pactio*, *contractus*, lo mismo que la expresión *declarare voluntatem*, e igualmente los términos *stipulatio*, *promissio*, *promissum* y *pollicitatio*, pertenecen al lenguaje de los juristas romanos de la época clásica.

No, en cambio, expresiones como "*negotium iuridicum*" y "*actus iuridicus*", que ni siquiera existieron. La razón es muy sencilla. En época clásica, *iuridicus* (de *ius* y *dicere*) es un sustantivo que se impuso a ciertos magistrados jurisdiccionales creados por el emperador Marco Aurelio y su corregente Lucio Vero hacia el año 163 d. C. Los *iuridici* eran cuatro, y estaban al frente de cada una de las *regiones* en que fue dividida Italia¹; ahí excluían la competencia de los *praetores*, que entonces quedó reducida a la ciudad de Roma y hasta un radio exterior de 100 millas. Hubo asimismo un *iuridicus Alexandriae* dependiente del *praefectus Aegypti*, también con competencia jurisdiccional². Sólo en época postclásica el término adquirió valor de adjetivo, pero en el lenguaje de las constituciones imperiales quedó siempre ligado a la jurisdicción. Se habla, así, de *dies iuridici* (CI. 3.12.6, del 389 d. C.) con referencia a los días en que se puede litigar, o *pronuntiatio iuridica* (CI. 7.51.3, del 423 d. C.) para aludir a la sentencia definitiva. En este ambiente, expresiones como "*negotium iuridicum*" y "*actus iuridicus*" hubieran significado, pues, algo así como "negocio judicial" y "acto judicial". Pero, como se advirtió antes, no existieron. Es curioso observar que en la postclásica *Consultatio* (7.3) encontramos la palabra aplicada a un jurista clásico: "según la sentencia del *iuridicus* Paulo" (*secundum sententiam Pauli iuridici*. Naturalmente la referencia es al libro denominado

* El presente trabajo es parte de uno más amplio sobre la formación histórica de la moderna teoría general del acto jurídico, que contó con un subsidio del Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología (FONDECYT).

¹ Vid. D. 1.20: *de officio iuridici*.

² Vid. D. 1.20: *de officio iuridici* y CI. 1.57: *de officio iuridici Alexandriae*.

Sententiae atribuido a Paulo, que seguramente el torpe autor de la *Consultatio* creyó tratarse de una colección de “sentencias” judiciales obra de un *iuridicus* llamado Paulo (!). El término vuelve a aparecer en Cons. 7.7: “Comprenderás que la constitución del recordado pacto está sin sentencias del autor jurídico” (*Intellegis memorate pactionis constitutionem iuridici auctoris sententiis vacuum*) con alusión a una afirmación precedente, en orden a que después de la cosa juzgada no puede haber un pacto (de transacción), a menos de tener a la donación por causa, afirmación esta que se dice extraída del *corpus Pauli* (conjunto postclásico de las obras de Paulo). De este modo, el extraño comentario antes transcrito parece decir que la afirmación no aparece en las *Pauli Sententiae*, como queriendo sostener que carece de base en “sentencias” judiciales emanadas de Paulo en cuanto *iuridicus* (!), aunque se lo denomine *auctor*. De todos modos, hay que confesar que en este texto ya se encuentra un principio de desligamiento del sentido judicial. Lo cual resulta pleno en la *Interpretatio* visigótica a CTh. 3.13.4 (= CI. 5.11.6 itp). La constitución recogida en el mencionado código dice que la dote se puede constituir de cualquier manera, aunque no haya habido estipulación o *dotis dictio* (que eran dos formas solemnes de solemnidad verbal de constituirla en el derecho clásico). La *interpretatio* parafrasea la constitución expresando que, según ella, vale la dote “aunque haga defecto una estipulación del promitente y palabras jurídicas” (*etiamsi desit stipulatio promittentis et verba iuridica*). Esta última expresión se puede entender como alusiva a la *dotis dictio* mencionada en la constitución, que el intérprete vulgar quizá ya no entendía bien qué quería decir; o como endiadas de *stipulatio promittentis*, de modo de omitir toda referencia a la *dotis dictio* por la misma razón. En cualquier caso, es claro que *iuridica* ya no se conecta aquí con algo jurisdiccional, sino con un acto jurídico de derecho privado.

En los antes mencionados términos, empero, suele darse esta notable regularidad: cuando ofrecen significado técnico, carecen de valor general; y cuando presentan este último valor, están, en cambio, desprovistos de sentido técnico. Con todo, hay excepciones debidas a intentos de tecnificación especializada.

2. Nos proponemos examinar el significado del vocabulario preanunciado, a la luz de las fuentes. Atendida esta finalidad, el estudio no intenta una reconstrucción histórico-dogmática de los conceptos y de las figuras designados con los diversos términos³, a menos que resulte estrictamente necesario al objetivo

³ Sobre tal reconstrucción, vid. la siguiente literatura general: PERNICE, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimpr. Scientia, Aalen, 1963), Teil A, p. 403 ss.; FADDA, *La teoria del negozio giuridico. Lezioni di diritto romano* (Napoli, 1898); EL MISMO, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico* (Napoli, 1909); MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians* (Leipzig, 1908), vol. I, p. 136 ss.; DE FRANCISCI, P., *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* (Pavia, 1913-1916), 2 vols.; SEGRÉ, G., *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, ahora en *Scritti giuridici* (Catania, 1930), vol. I, p. 193 ss.; LONGO, C., *Corso di diritto romano. Fatti giuridici. Negozi giuridici. Atti illeciti* (Milano, 1935); SCIALOJA, V., *Negozi giuridici* (Roma, 1938); VOCI, P., *La dottrina romana del contratto* (Milano, 1946); BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano* (Padova, Cedam, 1947), vol. I, p. 94 ss.; DULCKEIT, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, en *Festschrift Schulz* (Weimar, 1951), vol. I, 148 ss.; ALVAREZ SUAREZ, Urcisino, *El negocio jurídico en derecho romano* (Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, s. d.); BIONDI,

exclusivo de desentrañar el campo semántico-jurídico envuelto en ellos.

II. ACTUS

1. La forma *actus* representa originalmente el participio de pretérito para nombres masculinos del verbo *agere* = “tener una actividad, actuar”, y significa, por tanto, “actuado”, en conjugaciones como, por ejemplo, *actus est* = “fue actuado”⁴; pero también representa derivativamente un sustantivo masculino, y entonces denota “lo actuado”, es decir, “el acto”⁵, aunque la primera versión resulte neutra en castellano⁶.

El verbo *agere* fue adoptado del griego por el lenguaje latino pastoril⁷, con el significado de “hacer avanzar delante de sí, guiar desde atrás, empujar”, como se hace con los animales en rebaño, en oposición a *ducere* que es “marchar a la cabeza, guiar desde delante”, como se hace con los hombres (en formación militar por ejemplo). Como hacer avanzar delante de sí implica a la vez un movimiento corporal continuo y durativo de avance propio, el verbo terminó por designar cualquier actividad corporal de ejercicio durativo, en oposición a *facere*, que representa una actividad considerada en un instante determinado; y en fin, cualquier actividad, corporal o no. Además, como hacer avanzar desde atrás es una actividad que se agota en sí misma y no produce cosas, en esto se diferenciò también de *facere* que es hacer cosas corporales. Aparte el sentido general de este verbo como “actuar, tener una actividad”, él ofrece sentidos técnicos. En el vocabulario religioso significa “cumplir los ritos del sacrificio, sacrificar”; en el lenguaje teatral es “representar (actuar) un papel dramático” (de donde que se llame “acto” a cada parte de una pieza y “actor” al que representa sus personajes); y en gramática sirve para designar las voces “activas”. En el lenguaje político, el participio de pretérito neutro plural *acta* designa las actuaciones políticas o públicas imputables a alguien; y, por metonimia, el documento en que se deja constancia de tales actuaciones; de donde “las actas” (de

B., *Contratto e stipulatio* (Milano, 1953); GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti* (3ª ed., Torino, 1953); SCHIAVONE, A., voz *Negozio giuridico (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto* 27 (1977), p. 906 ss.; ALBANESE, Bernardo, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano* (Università di Palermo, 1982).

⁴ También, igual que todos los participios, vale como adjetivo.

⁵ Para entender cómo “acto” es forma verbal de “actuar”, téngase presente lo similiar ocurrente en castellano con “morir”, de que “muerto” también es forma verbal, del tipo participio pasado, y un sustantivo: “el muerto”. A oídos latinos, “acto” sonaba igual que a nosotros “muerto”; esto es, como verbo (por ejemplo: “ha muerto hoy”) y como sustantivo (por ejemplo, “el muerto fue sepultado hoy”).

⁶ A menos que se quiera decir “el actuado”, como se puede decir “la actuada”. La forma *actum* es inicialmente el participio de pretérito para nombres neutros de *agere* (así como *acta* es para femeninos), y derivativamente un sustantivo neutro. En traducción castellana, sin embargo, no hay como diferenciar *actus* de *actum*. Este último sustantivo se emplea más en plural (*acta*, aunque la forma sea igual que el antes indicado femenino).

⁷ Para lo que sigue: ERNOUT, A.-MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (5ª ed., Paris, Klincksieck, 1959), s. v. *ago*, p. 15 ss. Cfr. WALDE, A.-HOFFMANN, J. B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (4ª ed., Heidelberg, C. Winter, 1965), s. v. *ago*, p. 23 s.

una sesión del senado por ejemplo). Por cierto, en el derecho también adquirió una importancia especial este verbo, para señalar la actividad jurídica, que por antonomasia es el proceso judicial, llamado precisamente *agere*, el cual se debe iniciar por la actividad (*actio*) de un demandante (*actor*). Este uso debió de estar en conexión con el ritualismo del procedimiento arcaico, previsto en la ley. Puesto que litigar significa reproducir los ritos prescritos legalmente (incluso corporales, aparte de orales, como en la *actio legis per sacramentum*), nada más natural fue que aplicar a tal reproducción el verbo *agere*, como en la expresión *lege agere* = “actuar por la ley”, es decir, según ésta. En la época tardía, *acta* también se usó para indicar las “actas” de un proceso, esto es, el “expediente”.

2. Igual que en castellano, *actus* se puede aplicar a cualquier “acto (lo actuado) o actuación”; por ende, también a los actos puramente materiales, bien que resulten indiferentes para el derecho, bien que, sin ser propiamente actos jurídicos, puedan ser jurídicamente juzgados después.

La palabra *actus* tiene sentido técnico, pero no señala directamente una actividad cuando se la usa como nombre para la servidumbre rústica de paso, por predio ajeno, de ganado o de carruajes tirados por animales (D. 8.3.1), ya que entonces lo nombrado es un *ius*, es decir, una *res incorporalis* en la terminología de Gayo (Gai. 2.14). Pero, obviamente, si atendemos a aquello para lo cual faculta este derecho, entonces resulta que el nombre impuesto a él está en plena coincidencia con el origen etimológico del verbo *agere* = “hacer avanzar delante de sí, guiar desde atrás, empujar” aplicado a los animales, puesto que se trata de hacer pasar un ganado al que se lo guía desde atrás y de guiar desde atrás a los animales que tiran el carruaje. En efecto, la servidumbre de *actus* es muy antigua; junto a las de *via*, *iter* y *aquae ductus*, está en los orígenes mismos de las servidumbres (rústicas, ya que las urbanas son más modernas).

En D. 1.16.4.4 *actus* significa la genérica actividad cotidiana de las personas. Se aconseja ahí al nuevo gobernador anunciar con antelación el día de su ingreso en la provincia que ha de gobernar, para que lo sepan los provinciales, ya que estas cosas, cuando son inciertas e inopinadas, los turban y “embarazan sus actos” (*actus impediunt*), esto es, la dicha actividad diaria en cualquier orden.

A efectos del interdicto *quod vi aut clam*, procedente en favor del dueño de un predio contra el tercero que hizo algo violenta o clandestinamente en dicho predio, violando la prohibición del dueño, D. 43.24.20.1 dice que tal prohibición puede ser dada “con cualquier acto del que prohíbe” (*quolibet prohibentis actu*), esto es, diciendo que prohíbe, oponiéndose con la mano o lanzando una piedra en señal de prohibición.

A veces *actus* significa el comportamiento de una persona durante un dilatado tiempo, o sea, su (buena o mala) conducta privada y personal sin más, como en D. 49.16.3.12: “habiéndose examinado la conducta (el acto: *actus*) de su vida anterior” (*inspecto vitae eius praecedentis actu*), para los efectos de eximir de responsabilidad criminal al militar acusado de desertión, si alega haber sido capturado por los enemigos; el texto dice que se lo exime de acuerdo con el mérito de su conducta (para ver si es digna de crédito su alegación).

En D. 48.19.8 pr. se dice que la pena por crimen puede consistir en la “prohibición de algún acto” (*alicuius actus prohibitio*), y aquí “acto” significa “actividad”. D. 48.19.9 recuerda así la pena de prohibición para el ejercicio de la abogacía, para otorgar instrumentos negociales, para ser testigo, para intervenir en negociaciones, como el arriendo del cobro de tributos, etc.

3. En ocasiones, *actus* asume un sentido semitécnico para indicar “actividad efectivamente realizada” en oposición a “declaración”, a “potencia” y a “intención”.

Tal es el caso de la contraposición *verbis-actu*, que figura en D. 46.8.5 para expresar que lo obrado sin mandato por un procurador puede ser ratificado por el interesado expresamente, diciendo que ratifica (*verbis*), o bien, tácitamente, mediante un acto o actuación suyo (*actu*) de manera de poderse entender a partir de él que acepta lo obrado por el procurador.

En D. 7.7.1 de las *operae*, esto es, de los servicios prometidos prestar, se dice que consisten *in actu*, o sea, en la actuación misma de los servicios, de modo que antes no están en la naturaleza (están en potencia); el texto ilustra la idea parangonando esta promesa con la de dar una cosa que no existe aunque se espera que exista, como “lo que haya nacido de la esclava Aretusa”.

En D. 50.16.225 *actus* significa aquello que los penalistas modernos denominan la conducta delictiva, como elemento material y externo del delito, o sea, como acción ejecutada, en oposición a su elemento intencional e interno (*propositio*).

4. En materia de estipulaciones y testamentos, *actus* viene adoptado con sentido semitécnico, mas no tanto para designar al acto jurídico en sí mismo y en cuanto tal, como a la materialidad de la actuación que le da su forma, en razón de la continuidad que debe ofrecer dicha actividad material; es decir, entre la pregunta formal del estipulante y la respuesta también formal del promitente, lo mismo que la continuidad que debe existir entre todas las declaraciones orales formuladas por el testador, sin interrupciones, de modo que las respectivas actuaciones constituyan una unidad. Se habla así de *continuus actus* (D. 45.1.137 pr.)⁸ tratándose de estipulaciones, y de *unus contextus actus* (D. 28.1.21.3), en el caso de los testamentos.

5. El sustantivo *actus* asume un carácter técnico en conexión con la actividad de administración o gestión de negocios ajenos por un tutor, un factor de comercio terrestre (*institor*), un banquero (*argentarius*), un agente oficioso (*negotiorum gestor*) e incluso un esclavo al cual el amo encargó administrar asuntos suyos. Dentro de este ámbito podemos reconocer dos usos.

⁸ Cfr. D. 45.2.6.3. En D. 45.1.65 pr. se habla de *praesens actus* en oposición a los añadidos extrínsecos e impertinentes a la estipulación, que no la dañan, como si se dijera: “¡Canto a las armas y a los hombres, prometo!” (*Arma virumque cano, spondeo!* Vid. D. 45.1.65 pr.).

a) A veces, en efecto, *actus* designa la actividad de administración misma, como si se dijera la actuación, que naturalmente puede consistir en realizar actos jurídicos, pero también actividades puramente materiales. Un buen ejemplo lo da la expresión *actus sui rationem reddere* que aparece varias veces aplicada a los antes mencionados gestores y que podemos traducir literalmente como “rendir cuenta de su acto”, pero que se entiende bien cuando la vertimos por “rendir cuenta de su actividad de administración” y mejor aun por “rendir cuenta de su administración (actuación)”. Este sentido de *actus* resulta un tanto extraño al castellano; pero es el mismo que tiene si tal vocablo lo entendemos como “actuación” o como “negociación”.

b) En otros casos, en cambio, *actus* indica la actividad administrada, o sea, los negocios que son el objeto de la administración, no ya ésta misma. Nuevamente hay que advertir que estos negocios pueden consistir en actos jurídicos, pero también en gestiones materiales. Como ejemplo tomemos D. 3.5.44.1: “Los <es decir, los esclavos> que recibieron la libertad pura y simplemente por testamento, no son compelidos a dar cuentas del acto que administraron viviendo sus amos”⁹; pero que de nuevo se entiende mejor si *actus* no lo traducimos por “el acto” sino por “los negocios” o “los asuntos”. En este sentido, pues, la expresión *actum administrare* (“administrar el acto”) podemos colocarla en paralelo con otra, también técnica, como es *negotia gerere* (“llevar, gestionar negocios”), y ambas significan lo mismo¹⁰.

c) Se ve que en estos sentidos, *actus* no alude tanto, pues, a los actos, jurídicos o no, ejecutados en concreto por el administrador, sino a su actividad considerada colectivamente.

6. Por cierto, *actus* también designa a los que producen efecto jurídico y que nosotros llamamos “actos jurídicos”.

a) A veces se usa el término con referencia a un acto específico, como en D. 18.7.6 pr. y 34.3.12, en donde la referencia es a la manumisión de esclavos; en D. 12.1.2.5, a la estipulación; en D. 8.4.18, a la constitución de una servidumbre mediante *in iure cessio*; en D. 14.6.16, al mutuo.

b) En otras ocasiones se lo emplea para indicar genéricamente actos jurídicos, con más o menos extensión.

Así en D. 44.7.11, en donde Paulo explica el principio de no poderse crear obligaciones en favor de terceros. Ahí se emplea *actus* para señalar genérica y abstractamente a cualquier negocio convencional creador de obligaciones.

⁹ *Qui pure testamento libertatem acceperunt, actus, quem viventibus dominis administraverunt, rationem reddere non compelluntur.* Era frecuente que los amos concedieran testamentariamente la libertad a sus esclavos, bajo la condición de que rindieran cuenta a los herederos, de los negocios que durante su vida habían administrado dichos esclavos. Lo que el texto dice, pues, es que si la libertad testamentaria fue otorgada sin condición, aunque el esclavo hubiera administrado negocios del amo, no queda obligado a dar cuentas.

¹⁰ Cfr. D. 28.3.65 en donde figura la expresión *ad actum gerendum* = “para gestionar (administrar) el acto”.

También en D. 50.17.5, en donde, frente a la celebración de negocios (*in negotiis contrahendis*), se establece la diferencia existente entre la situación de los dementes, que no pueden realizar ningún negocio, y la de los impúberes, que todo lo pueden gestionar con la autorización de su tutor, aunque “no entiendan el *actum rei*” (*quamvis actum rei non intelligerent*). Es un tanto especial esta expresión -que en una inelegante traducción sería “el acto, el actuado o la actuación del asunto”-, aunque sea claro su sentido: dada dicha autorización, no interesa si el impúber se da cuenta o no de lo que actúa. En realidad, *actum rei* aquí parece estar utilizado en el sentido de actividad de administración de negocios, que antes vimos, solo que referido a negocio propio, no ajeno. En todo caso, igual se trata de una referencia muy genérica a toda clase de actos.

Por el contrario, en D. 44.7.31, *actus* también hace referencia genérica, pero esta vez solo a los contratos consensuales. D. 50.17.77 trata de los *actus legitimi*, que define como aquellos que no admiten plazo ni condición, y que van enumerados: *emancipatio*, *acceptilatio*, *hereditatis aditio*, *servi optio* y *datio tutoris*. En D. 49.17. 18.1 la referencia queda limitada a los actos de alienación operados por el *paterfamilias* sobre los bienes del peculio castrense de su hijo (*actus patris, qui ad praesens alienationem alicuius iuris de castrensi peculio praestant*).

En D. 50.16.19, Ulpiano cita la diferencia establecida por Labeón entre los verbos *agere*, *gerere*, *contrahere*, y dice que: “La palabra ‘acto’ (*actum*) es general, bien que algo sea actuado mediante palabras formales (*verbis*), bien que mediante el traspaso de una cosa (*re*), como (sc. respectivamente) en la estipulación o en la tradición del dinero” (*Et ‘actum’ quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione*). De acuerdo con esto, *actum* se puede predicar de los actos solemnes de solemnidad verbal y de los reales (que no sean contractuales); no, en cambio, de los consensuales. En efecto, para Labeón, *contractum* significa “obligación de una parte y de otra” (*ultra citroque obligatio*), o sea, reciprocidad de obligaciones, y los contratos consensuales pertenecen a esta categoría, integrada también por contratos reales, como el depósito y solemnes como la *fiducia*, e incluso por relaciones obligacionales recíprocas no negociales como la tutela y la agencia oficiosa. Por su parte, *gestum* es una *res sine verbis facta* (“algo hecho sin palabras”).

7. En una oportunidad, *actus* es adoptado sin sentido técnico, para designar un procedimiento de derecho público (*actus ex lege*), concretamente, la creación (nombramiento) de decenviros municipales¹¹.

8. La conclusión para *actus* es, pues, la anunciada al comenzar: en principio esta palabra carece de todo sentido técnico, aunque tiene un valor generalísimo, ya que designa cualquier actuación humana, tenga o no efecto jurídico, constituya lo que llamamos un acto jurídico o nada más que algo puramente material y sea que resulte lícita, o bien, ilícita. En muchos casos asume un carácter técnico, como actividad de administración o como actividad administrada; o semitécnico,

¹¹ D. 49.1.12.

como actividad efectivamente realizada en oposición a “declaración, potencia o intención” y para indicar abreviativamente un complejo de actuaciones jurídicas a todas las cuales se exige continuidad. Pero entonces la palabra carece de valor general.

III. *NEGOTIUM*

1. La palabra *otium* significa estado o tiempo de reposo, inacción, tranquilidad. *Negotium* (de *neg* por *ne* y *otium*) indica, pues, la ausencia de ocio, determinada por las ocupaciones, los trabajos, la atención de diversos asuntos¹²; de donde que también terminara por designar las ocupaciones, los trabajos, los asuntos mismos (que impiden el ocio). Como los asuntos que por antonomasia impiden el ocio son los mercantiles o que tienen un fin lucrativo, la palabra *negotium*, considerada no como estado de ocupación, sino como asunto que ocupa, se aplicó especialmente a aquéllos.

El trabajo intelectual (el ejercicio de las artes liberales, o sea, propias de los libres y no de los esclavos) no constituye *negotium*; antes bien, se busca el *otium* precisamente para poder entregarse a él.

2. En el lenguaje de los juristas, la voz *negotium* asume varias acepciones bien definidas.

a) En un sentido genérico y técnico, significa colectivamente los asuntos que interesan a determinada persona, sean mirados desde el punto de vista de ella, sean mirados desde el punto de vista de otro que empero los lleva. El término, con frecuencia en plural (*negotia*), puede referirse de manera indistinta a actos jurídicos propiamente tales y a actuaciones materiales. Este es el sentido con que aparece el término cuando se habla de “los “negocios del pupilo” (*negotia pupilli*, como en D. 27.5.3), “del demente” (*negotia furiosi*, como en D. 44.7.24.3), “del ausente” (*negotia absentis*, como en D. 3.5.10), etc.; y cuando se lo usa en expresiones como *negotia gerere* = “llevar o gestionar negocios” o *negotia administrare*, predicadas del mandatario, del agente oficioso, del tutor, etc. En este sentido, como se observará, *negotia* equivale a una de las acepciones de *actus*.

b) El vocablo también es adoptado para designar un acto jurídico determinado, o bien, un género de actos. Así, por ejemplo, en D. 2.14.31 y 24.1.31.4 *negotium* hace referencia a la compraventa; en D. 19.5.2 y 42.5.8.4, al arrendamiento; en D. 45.1.83 pr., a la estipulación; en D. 16.3.31.1, al depósito; en D. 17.2.69, a la sociedad, etc. Por el contrario, en D. 2.14.58 y 44.7.2.1 *negotium* alude a los contratos consensuales. En cambio, en textos como D. 4.2.9.3;

¹² BENVENISTE, E., *Sur l'histoire du mot 'negotium'*, en *Annali delle Scuole Normale Superiore di Pisa* 20 (1951), p. 21 ss. EL MISMO, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* (Paris, Les Editions de Minuit, 1969), vol. I, p. 142 ss.

19.2.25.4; 19.5.4; 42.5.3; 45.3.28.3; 44.4.4.17; 45.1.83.5 y muchos otros, el término alude a actos jurídicos genéricamente considerados.

c) De la acepción de *negotium* como acto jurídico queda excluida empero la donación¹³. De hecho, los juristas suelen oponer *negotia gerere* y *donatio*; así se ve en D. 24.1.58 pr.; 24.3.24.4; 39.6.35.3; 41.1.19; 46.2.34 pr. En D. 39.5.18 pr. aparece la expresión *negotium mixtum cum donatione* para indicar el acto oneroso con gratuidad incluida (“negocio mezclado con donación”)¹⁴. Podemos, pues, atribuir un cierto carácter técnico a *negotium* cuando el término aparece empleado en esta acepción, que identificamos con acto oneroso.

d) En general, del ámbito de la negocialidad también se excluyen los actos estructuralmente unilaterales. *Negotium* jamás aparece empleado con referencia a los actos del derecho sucesorio, que casi siempre son unilaterales (testamento, legado, aceptación o repudio de una herencia, etc.). Para la exclusión de los actos unilaterales entre vivos disponemos de un texto expreso en D. 12.6.33, en donde se señala que si alguien edifica en terreno ajeno (con materiales propios) y el dueño del terreno posee el edificio, no tiene lugar la *condictio* recuperatoria del valor de los materiales, porque no se contrae ningún negocio entre las partes (*quia nullum negotium inter nos contraheretur*); en efecto, se trata de dos actos unilaterales: por un lado, la edificación; por otro la toma de posesión. El texto opone este caso al pago de lo indebido, que sí autoriza la *condictio* recuperatoria de lo pagado, porque en tal hipótesis, en cambio, se gestiona algún negocio (*aliquid negotii gerit*), ya que, en efecto, el pago es un acto de estructura bilateral.

Esta abstención del empleo de *negotium* para indicar los actos estructuralmente unilaterales nos proporciona otro sentido técnico de la voz, como es el de acto estructuralmente bilateral

e) Todavía la expresión *negotium*, cuando designa actos jurídicos, suele tener un matiz semitécnico que conviene destacar: consiste en referirse más a la

¹³ ARCHI, G. G., ‘Donare’ e ‘negotium gerere’, ahora en *Scritti di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1981), vol. II, p. 947 ss.

¹⁴ En D. 38.5.12, sin embargo, una donación aparece indirectamente calificada de negocio. Se trata ahí de la *actio Fabiana* que permitía al patrono revocar, después de la muerte de su liberto, las donaciones hechas por éste a terceros en fraude de la porción que en su herencia forzosamente correspondiera al patrono. El caso tratado es el siguiente: un liberto quiere donar un fundo a Seyo para defraudar la porción forzosa de su patrono, y Seyo manda a Ticio recibir el fundo; se pregunta si el patrono tiene la acción contra Seyo o contra Ticio; se responde que la acción se da contra aquel para quien fue la donación si la cosa hubiere ido a su posesión (Seyo), porque en la condena se contiene “todo negocio que haya sido gestado con su voluntad” (*cum omne negotium, quod eius voluntate gestum sit*). No cabe duda que aquí se trató de una donación celebrada con interpósita persona y que *negotium*, por ende, alude a ella; pero es también evidente que la palabra está tomada en un sentido amplísimo de “operación”, porque el interés del texto no es tanto dilucidar si lo celebrado fue o no donación, que no se discute, mas a quién atañe la donación celebrada para, según lo que se decida, determinar contra quién se dirige la acción. *Negotium*, por ende, aunque incluya a la donación, se refiere más directamente a la compleja operación descrita en el texto.

sustancia económica de la actuación que a su exterioridad jurídica de acto. Así, por ejemplo, en D. 19.5.15 se describe la operación de convenir alguien en denunciar a un amo el lugar en que se encuentra un esclavo fugitivo para que sea aprehendido, a cambio de una retribución; y se pregunta si el denunciante tiene acción para reclamar la retribución después de la captura del esclavo. El problema es que el convenio constituye, en principio, un pacto y los pactos no dan acción. Pero el texto añade que una tal convención no es nuda sino que contiene algún negocio, por lo que debe haber acción. En este caso se distingue, pues, entre la *conventio*, es decir, el acto jurídico, y el *negotium* u operación deducida en aquélla.

Otro ejemplo lo vemos en D. 46.1.70.4 que trata el caso de haberse celebrado una estipulación con un demente; el texto dice que el acreedor no puede recibir fiadores por el deudor demente, porque no sólo fue nula la estipulación, sino porque tampoco se gestionó ningún negocio (*quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intellegitur*). Como se ve, aquí aparecen diferenciados la estipulación (el acto jurídico) y el negocio; el cual alude, pues, a la operación económica formalizada a través de la estipulación, y que, prescindiendo de ella, normalmente resta de todos modos, para venir a expresar que un demente nada hace (*nullum*) al estipular, pero también que la operación misma intentada formalizar por medio de aquélla es nada o nula.

Esto explica que cuando los juristas se encuentran frente a actos acerca de cuya tipicidad jurídica cabe dudar, el término neutro y no comprometedor al que recurran sea precisamente *negotium*, para designar la sustancia y el contenido sin prejuzgar sobre su tipo. Así, por ejemplo, en D. 19.2.2.1, en donde se describe la operación de convenir alguien con un orfebre que con oro suyo le confeccione un anillo a cambio de un precio, de la que se duda ser compraventa o arrendamiento, ya que, en efecto, podría decirse haber compraventa del oro y arrendamiento del servicio de la hechura del anillo, todo por un precio alzado. La respuesta del texto es que parece haber un único negocio, el cual más bien es compraventa (*sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse*). Así, pues, primero se da una respuesta para el tema de la unidad o pluralidad de la operación, objetiva y sustancialmente considerada, sólo que eso que aquí llamamos operación el texto lo denomina *negotium*; después se soluciona el problema del tipo jurídico y entonces se recurre al nombre técnico de *emptio venditio*.

3. Se ve, así, que *negotium*, por un lado, ofrece un campo común con *actum*; por otro, que este último término es más amplio; en fin, que *negotium* presenta un campo propio del que *actum* queda excluido.

Es común a ambas palabras la alusión a los asuntos que interesan a determinada persona y que son administrados por otros, o sea, la actividad administrada (*actum administrare-negotia gerere*); también es común la designación genérica o específica de actos jurídicos onerosos y estructuralmente bilaterales, o sea, con exclusión de la donación y los actos estructuralmente unilaterales, para los cuales no se usa *negotium*, por lo cual podemos decir que en tal sentido este voca-

blo es más restringido que *actus*. Pero es propio de aquel término el significado de sustancia económica de cualquier acto jurídico oneroso y estructuralmente bilateral, que nunca resulta aplicado a *actus*.

De todo lo cual podemos deducir que *negotium*, en cualquiera de sus acepciones, siempre ofrece un valor técnico o semitécnico, pero no un carácter general, atendidas las restricciones para su empleo.

IV. *CONVENTIO*¹⁵

1. El sustantivo *conventio* (= “convención”) deriva del verbo *convenire*, el cual significa “venir juntamente a”, “coincidir en un lugar”, es decir, “reunirse”. Por analogía, a partir de este primer sentido material, terminó por querer también decir “llegar a un acuerdo”, pues acordar es como venir juntamente a un mismo parecer, de donde el sustantivo¹⁶.

Esta pareja de palabras, pues, sirve para designar cualquier convenio, sin prejuzgar acerca de su contenido ni de la forma adoptada en concreto por él; en consecuencia, de cualquier acto jurídico que suponga un previo acuerdo entre partes, se puede decir que porta en sí una convención. Los mismos juristas reconocen su carácter genérico.

D. 2.14.1.3 de Ulpiano con cita de Pedio: “La palabra convención es general, perteneciendo a todo aquello acerca de lo cual consienten por causa de contraer o transigir un negocio, quienes lo celebran entre sí... Pero es de tal modo general la palabra convención que, como elegantemente dice Pedio, nada hay ser contraído, ninguna obligación hay que no tenga en sí una convención, bien se haga *re* bien *verbis*; pues también la estipulación, que se hace *verbis*, es nada a no ser que tenga un consenso”¹⁷. El texto pudo haber sido

¹⁵ GEORGESCU, V., *Causa, contractus, conventio. Contribution à la théorie générale du contrat en droit romain*, en *Etudes de philologie juridique et de droit romain* (Bucarest, 1940), vol. I, p. 311 ss.; CERAMI, Pietro, *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.) Congettura sulle 'tres species conventionum'*, en *Atti della Accademia di Napoli* (1974), p. 269 ss.; D'ORS, A., *Réplicas panormitanas, II: 'Conventiones' y 'contractus'*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 46 (1976), p. 125 ss.; TALAMANCA, Mario, *La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone*, en *Contractum e pactum* (Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche Italiani, 1991); EL MISMO, *Conventio e stipulatio*, en *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano*, Siena, aprile 1989 (Napoli, 1991); GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto* (Torino 1992).

¹⁶ D. 2.14.1.3 de Ulpiano: “Porque así como se dicen *convenire* los que vienen a un mismo lugar desde diversos lugares y se reúnen, así también los que a partir de diversas motivaciones del alma consienten en algo único, esto es, concurren en un mismo parecer” (*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*).

¹⁷ *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt... Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem*.

intervenido y simplificado en la época postclásica, pero la idea central que expresa es ciertamente clásica.

Una convención, sin embargo, no puede ser definida como un acuerdo que crea, modifica o extingue obligaciones o derechos reales, porque en la mayoría de los casos el sólo acuerdo, es decir, la convención, no es suficiente para que objetivamente se produzcan dichos efectos: en los actos convencionales “reales” necesaria es la dación o entrega de una cosa; en los actos convencionales *verbis* se requiere la solemnidad oral; en los actos convencionales *litteris* (escritos) se exige el documento; sólo en los consensuales (*consensu*) la convención misma y sin más forma el acto y produce el efecto, pero estos son la excepción. Por regla general, pues, la convención es como el presupuesto, pero no constituye o perfecciona el acto ni genera efectos¹⁸.

De una convención, por lo tanto, lo único que puede decirse es que se trata de un mero acuerdo entre partes acerca de un determinado objeto.

V. PACTUM O PACTIO

De *pax* = “hecho de acordar cesar las hostilidades los contendientes”, derivan dos verbos: *pacere* (ya conocido por la Ley de las XII Tablas) y *paciscor*, ambos traducibles como “hacer la paz” en el sentido de poner fin a las hostilidades mediante un acuerdo. La forma *pactum* es el participio pasado de *paciscor*, de modo que significa “pactado”, esto es, acordado en orden a cesar las hostilidades; y es también un sustantivo: “lo pactado, el pacto”. De *pacere* deriva a su vez el sustantivo *pactio*, que tiene el mismo sentido que *pactum*. En época clásica ambos sustantivos significan simplemente “acuerdo” y en esta acepción se identifican con *conventio*; incluso se habla de *pactum conventum* = “pacto convenido”.

Ulpiano definió una *pactio* como “el consenso de dos o más en una misma decisión” (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*)¹⁹; y un *pactum* como “el consenso y convención de dos” (*duorum consensus atque conventio*)²⁰. Estas definiciones serían igualmente válidas para la *conventio*. Pero el término había adquirido un carácter técnico más específico desde que el pretor introdujo una rúbrica especial en su edicto, por la cual sancionaba los *pacta conventa* mediante *exceptio*²¹. En este sentido más técnico puede definirse un pacto como cualquier acuerdo capaz de engendrar excepción, pero no acción (*nuda pactio obli-*

quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est.

¹⁸ Tal es el sentido del “elegante dicho de Pedio” citado por Ulpiano en D. 2.14.1.3.

¹⁹ D. 2.14.1.2.

²⁰ D. 50.12.3 pr.

²¹ D. 2.14.7.7: *Ait praetor: 'pacta conventa... servabo'* (“Dice el pretor: ‘Observaré... los pactos convenidos’”).

gationem non parit, sed parit exceptionem)²². Según ello, el *pactum (pactio)* viene a ser una especie particular de *conventio*.

VI. CONTRAHERE

1. El verbo *contrahere* es un compuesto de *trahere* = “tirar, arrastrar, traer, jalar”, al cual el prefijo *con-* (por *cum-*) lo especifica como el efecto de una mutua atracción sufrida por los atraídos, esto es, el efecto de la reunión o conjunción.

En el lenguaje corriente se habla, por ejemplo, de “contraer las tropas” (*contrahere cohortes*)²³ o “contraer la flota” (*contrahere classem*)²⁴, para decir “aglutinar las tropas o la flota”; de “multitud contraída” (*contracta multitudine*)²⁵, para indicar a una “multitud compacta”; de “contraer libros” (*contrahere libros*), para señalar el “juntamiento de los libros”. En todos los casos, como ve, se trata de denotar la idea de “reunir o juntar” en sentido físico. Pero también se puede decir: “contraer amistad” (*contrahere amicitiam*)²⁶, “contraer envidias” (*contrahere invidiae*)²⁷, “contraer vicios” (*contrahere vitia*)²⁸, “contraer benevolencia” (*contrahere benevolentiam*)²⁹, que en sentido moral implica la idea (metafórica) de juntarse alguien con el objeto designado. En castellano el sentido de “reunir” se ha perdido, pero se conserva en algunas locuciones con el de “juntarse” como con la amistad (“contraer amistad”), que en otras ha pasado a “atraer”, como en “atraerse envidias, amistades o benevolencia”. Cfr. “contraer una enfermedad”. *Contrahere* también significa “estrechar, encoger, fruncir”, es decir, “contraer”, como cuando se dice que los pulmones se contraen al expirar el aire, así como se extienden al inspirarlo (*pulmones tum se contrahunt aspirantes, tum in respiratu dilatant*)³⁰, o cuando nosotros decimos haberse contraído un músculo, porque todas las partes del objeto de que se trate se reúnen muy íntimamente produciéndose el efecto de la contracción.

2. En el lenguaje jurídico³¹, el verbo *contrahere* es utilizado en el mismo senti-

²² D. 2.14.7.4; PS. 2.14.1.

²³ CIC., *ad Att.*, 8.12a.2.

²⁴ NEP. CON., 4.4.

²⁵ TAC., *Agr.*, 29.

²⁶ CIC., *Lael.*, 24.

²⁷ RHET. HER., 4.38.50.; SEN., *Epist.*, 87.31; SUET., *Tit.*, 6.

²⁸ PLIN., *Nat hist.*, 20.124; GELL., *Noct. att.*, 4.2.11.

²⁹ RHET. HER., 1.5.8.

³⁰ CIC., *Nat. deor.*, 2.136.

³¹ BETTI, Emilio, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi procu- liai e sabiniani*, en *Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano* 28 (1915), p. 10 ss.; VOCI, Pascuale, *La dottrina romana del contratto* (Milano, 1946); BURILLO, Jesús, 'Contrahere' y 'contractus', en *Temis* 13 (1963), p.117 ss.; WUNNER, Sven, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht* (Köln-Graz, 1964), p. 4-28; MELILLO, Generoso, *Il negozio bilaterale romano. 'Contrahere' e 'pacisci' tra il primo e*

do en que nosotros empleamos “contraer” una relación y “celebrar”, “ajustar” o “concluir” un acto jurídico, siempre que sea estructuralmente bilateral, es decir, de dos partes, que entonces resultan reunidas. De este modo, por ejemplo, se dice: “contraer (una obligación) en un juicio”³², “contraer un negocio” (*contrahere negotium*)³³, “contraer una estipulación” (*contrahere stipulationem*)³⁴ o “contraer una hipoteca (*contrahere hypothecam*)”³⁵ para indicar que se los ha celebrado. También se emplea con el sentido en que nosotros decimos “contraer deudas u obligaciones” (*contrahere debita*³⁶ u *obligationes*³⁷); pero asimismo como “adquirir créditos” (*contrahere nomina*)³⁸, e incluso un derecho real (*contrahere servitutem*)³⁹. Está excluido su uso en el derecho sucesorio, atendido su normal carácter unilateral; así, no es posible decir que se “contrae un testamento” o “una herencia”⁴⁰.

Este recuento de usos muestra que el verbo *contrahere* prácticamente carece de todo tecnicismo específico y que en general es utilizable para describir cualquier actuación bilateral para indicar bien la celebración del acto, bien su resultado, es decir, la relación generada misma. En este sentido aparece usado en el edicto del pretor, por ejemplo, en la rúbrica *de capitis minutis*: “Contra aquellos o aquellas de quienes se dijere que han sufrido disminución capitis después que con ellos se actuó o contrajo algo, daré un juicio como si aquello no hubiera sucedido”⁴¹. De modo que, si se prefiere, puede decirse que el verbo es técnico, pero sólo en ese sentido general.

il terzo secolo (Napoli, 1986).

³² D. 15.1.3.11.

³³ Por ej.: Gai. 3.90; D. 44.7.2.2 = Gai.3.136; 44.7.16; 45.1.5 pr.; 46.3.35. Vid. *VIR.*, s. v. *contraho*, col. 1004, lin. 25-30.

³⁴ Por ej. en D. 40.13.4.

³⁵ Por ej.: D. 20.1.4; 41.3.33.4.

³⁶ D. 10.2.39.3.

³⁷ Por ej.: Gai. 2.14 = D. 1.8.1.1; D. 18.1.8.1; 19.2.58.1. id. *VIR.*, s. v. *contraho*, col. 1004, lin. 31-39.

³⁸ PS. 2.8.2; D. 3.5.36.1; 26.7.16.

³⁹ D. 8.3.13 pr.; 44.7.55; Cl. 3.34.3.

⁴⁰ D. 50.16.20: *Verba 'contraxerunt', 'gesserunt' non pertinent ad testandi ius* (“Las palabras ‘contrataron’, ‘gestionaron’ no pertenecen al derecho de testar”). Pero cfr. D. 42.4.3.3: “...pues parece que un impúber contrae cuando acepta la herencia” (...*etenim videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem*), lo cual se refiere, empero, al efecto producido por la adición, no a ésta misma, pues al aceptarse una herencia se contraen créditos, deudas, etc. Por ello resulta exagerada la formulación de Pedio en D. 2.14.1.3: “como elegantemente dice Pedio, que nada se contrae, que no hay obligación que no tenga en sí una convención” (*ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem*).

⁴¹ D. 4.5.2 1: *Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo*.

VII. *CONTRACTUS*⁴²

La forma *contractus* es el participio de pretérito masculino de *contrahere*, y significa, pues, “contraído” (“contrato”). Sustantivada la misma forma, tiene el sentido de “lo contraído” (“el contrato”, “el contraimiento”, “la contracción”)⁴³. Del verbo, el sustantivo conservó una referencia exclusiva a relaciones estructuralmente bilaterales o de partes, que excluye su aplicación a las unilaterales; es decir, se excluye su uso en materia testamentaria⁴⁴.

1. Si nosotros examinamos los escritos de la jurisprudencia, encontraremos que la voz *contractus* aparece usada, en primer lugar, con un sentido totalmente atécnico y general, que podemos vertir con los sustantivos castellanos ya indicados: lo “contraído”, el “contrato”⁴⁵, la “contracción”, además de el “contraimiento”⁴⁶. Según ello, tal palabra expresa bajo forma sustantiva lo mismo que *contrahere* bajo forma verbal: “la celebración, el ajustamiento o la conclusión” de un acto bilateral o “el establecimiento” de una relación (neces-

42 RICCOBONO, Salvatore *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, en *Studi in onore di P. Bonfante* (Pavia, 1930), vol. I; LAURIA, Mario, *Contractus, delictum, obligatio* (1938), ahora en *Studi e ricordi* (Napoli, Jovene, 1983), p. 619 ss.; GEORGESCU, V., *Causa, contractus, conventio. Contribution à la théorie générale du contrat en droit romain*, en *Etudes de philologie juridique et de droit romain* (Bucarest, 1940), vol. I, p. 311 ss.; VOCI, P., *La dottrina romana del contratto* (Milano, 1946); GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti* (3ª ed., Torino, 1953); BIONDI, B., *Contratto e stipulatio* (Milano, 1953); D'ORS, A., 'Credutum' y 'contractus' en *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956), p. 183 ss.; WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht* (Köln-Graz, 1964); SARGENTI, Manlio, *La sistemática pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, en *Prospettive sistematiche nel diritto romano* (Torino, Giappichelli, 1974), p. 457 ss.; EL MISMO, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, en *Ivra* 39 (1988), p. 24 ss.; GALLO, Filippo, *Eredità dei giuristi romani in materia contrattuale*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 55 (1989), p. 184 ss.; MARTINI, Remo, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, en *Ivra* 42 (1991), pp. 97 ss.; BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratto*, en *Labeo* 38 (1992), p. 200 ss.

43 Un ejemplo en Gell. 4.4 (citando a Servio Sulpicio), en donde, después de describirse la fórmula de los esponsales, compuesta por una estipulación del esposo y una esponsión de la esposa, dice: “Este contrato (*contractus* = “este contraimiento”) de estipulaciones y esponsiones se llamaba esponsales” (*Is contractus stipulationum sponionumque dicebatur sponsalia*).

44 D. 44.4.1.3: *in contractibus in testamentis in legibus*.

45 Esta palabra es antigua; aparece, así, en las 7 *Partidas* (por ejemplo, en el prólogo a la 5ª Part.) y, por cierto, es la versión romance de *contractus*; pero ahí tiene sentido técnico. Ahora que no se la usa más en lengua castellana, la podemos evocar sin sentido técnico, esto es, no como “contrato”.

46 Estrictamente, este término no existe en idioma castellano; pero está bien construido para denotar lo que queremos expresar. Más correcto sería decir, en todo caso, “contraimiento”; pero así es más difícil de pronunciar.

sariamente bilateral, por ser relación). No significa, pues, ni el acto ni la relación mismos.

De este sentido podemos dar una multitud de ejemplos. Así, D. 17.2.65.15: “Algunas veces es necesario ejercer la acción pro socio aun subsistiendo la sociedad, como cuando la sociedad se constituyó por causa de las rentas públicas, y por razón de los varios *contractus* no convenga a ninguno (sc. de los socios) separarse de la sociedad y no se aporta (s.c. todavía) al caudal común lo que hubiere llegado a poder del otro (sc. socio)”⁴⁷. La *actio pro socio* es una acción de liquidación de la sociedad, que se entabla normalmente, pues, cuando ésta ha terminado. El texto dice que a veces conviene entablar la acción aun cuando ella no haya terminado; tal ocurre, por ejemplo, en las *societates vectigalium*, constituidas para explotar la concesión del cobro de los cánones que deben pagar los arrendatarios de las tierras públicas al *aerarium*. Se dan dos razones para justificar la opinión: la primera, que resulta la única interesante para nosotros, es *propter varios contractus*. Es evidente que se está aludiendo a la multitud de relaciones que los socios tienen entabladas y aun no finiquitadas con terceros en el ejercicio del giro social, de negocios, compromisos y responsabilidades de toda clase pendientes. Haríamos mal en traducir por “contratos” la voz, y mejor es traducirla por “contraimientos”⁴⁸.

Otro ejemplo lo encontramos en D. 46.318: “Cuando al esclavo encargado de cobrar dineros alguno le hubiese pagado después de la manumisión, si verdaderamente lo hizo en virtud de un *contractus* del amo, bastará que haya ignorado que fue manumitido; pero si por causa perteneciente al peculio, aunque hubiere sabido que fue manumitido, si, no obstante, ignorare que se le quitó el peculio, quedará liberado”⁴⁹. Hay un esclavo, cuyo amo lo tenía encargado del cobro de sus créditos. El esclavo fue manumitido. Un deudor le paga algo después de la manumisión. Se trata de saber si queda liberado el deudor. El jurista distingue dos hipótesis. La primera es que la deuda pagada provenga de un *contractus* del amo, y entonces basta que el deudor haya ignorado la manumisión para liberarse (de modo que en caso contrario no se libera). La segunda es que la deuda provenga de causa peculiar, pues ahora ya no interesa que el deudor haya sabido o no de la manumisión, y lo relevante es si el peculio había sido retirado o no al esclavo al tiempo de manumitírsele y si el deudor supo o no del retiro, de modo que si el peculio no fue retirado sino dejado al manumitido, se libera el deudor; y si fue retirado se libera o no según que haya ignorado o conocido el retiro. Ahora bien, nuevamente haríamos mal en traducir la expresión *ex contractu domini* como “en virtud de un contrato del amo”, y mejor queda si decimos “en

⁴⁷ *Nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est, propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate, nec refertur in medium, quod ad alterum pervenerit.*

⁴⁸ Si escribiéramos en francés, la palabra exacta tendría que ser no *contrat* sino *engagement*.

⁴⁹ *Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficet, quod ignoraverit manumissum; quodsi ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit.*

virtud de un contraimiento del amo". Las soluciones que ofrece el texto son igualmente válidas cuando la deuda pagada al esclavo manumitido proviene de una venta, de un mutuo o de una estipulación del amo, pero también de un legado de efectos obligacionales dejado por alguien en favor de él e incluso cuando consiste en pagar la pena por un delito de que fue víctima. Se corrobora esto por el hecho de que al describir la segunda hipótesis, el texto dice *ex causa peculiari*, en circunstancias de que ciertamente quiere ser tan amplio en la descripción de esta hipótesis como lo había sido en la primera. Si nosotros traducimos *contractus* por "contrato", introducimos una limitación en la primera hipótesis que no vale para la segunda, porque "causa" (= fuente) es más amplio que "contrato". Si traducimos aquella voz por "contraimiento", en cambio, no hay diferencias. En efecto, de lo que se trata en ambas hipótesis es que haya un crédito del amo; la diferencia decisiva es sólo si ese crédito se originó en un contraimiento del amo o en un contraimiento peculiar.

Un tercer ejemplo, y muy demostrativo, es D. 12.6.67.3: "El mismo preguntó si el pacto que suele insertarse en las liquidaciones en esta forma: 'en virtud de este *contractus* que no haya más controversia alguna entre las partes', ¿caso impedirá la repetición? Respondió que nada se proponía para que la impidiese"⁵⁰. Se trata de una *pariatio* o liquidación o finiquito de cuentas, a la que agregan las partes un pacto o cláusula del tenor dicho por el texto. Lo notable es que en ese pacto él mismo viene designado como *contractus*. Ahora bien cuando nosotros traducimos tal término por "contrato", damos a esta palabra un sentido que no tuvo jamás en el derecho romano, porque así designaríamos a un pacto negativo, destinado a extinguir obligaciones y acciones. Pero si nosotros lo traducimos por "contraimiento", desaparece toda dificultad.

En el Digesto abundan los textos en que aparece la palabra *contractus* y que podemos interpretar como lo hemos hecho respecto de los precedentes⁵¹.

2. El uso de *contractus* tendió a recibir una extensión más restringida que la del verbo derivante *contrahere* y la del sustantivo derivado *contractus* en el sentido de mero "contraimiento".

a) Labeón (contemporáneo de Augusto) la adoptó para designar un conjunto o contraimiento obligacionalmente bilateral, es decir, aquél en que ambas partes resultan recíprocamente deudoras y acreedoras, como ocurre en la compraventa. Tal es, en efecto, el sentido de la definición del (lo) *contractus* como "obligación de una y otra parte" (*ultra citroque obligatio*)⁵² atribuida a Labeón

⁵⁰ *Idem quaesivit, an pactum, quod in pariatiombus adscribi solet in hunc modum 'ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse' impediatur repetitionem. Respondit nihil proponi, cur impidiret.*

⁵¹ Vid. D. 14.1.18; 14.3.1; 14.4.1 pr.; 15.1.1 pr.; 17.1.34 pr.; 17.2.65.15; 19.5.3; 19.5.9; 34.3.23; 42.1.49; 42.5.33 pr.; 42.8.1.2 itp.; 44.4.4.4; 44.4.4.16; 44.7.35.1; 44.7.43; 46.3.18; 46.3.24; 46.3.88; 46.3.97; 46.4.18 pr.; 48.10.1.12; 49.14.1 pr.; 50.1.21.1; 50.14.3; 50.16.6.

⁵² D. 50.16.19 de Ulpiano: "Labeón define en el libro primero del (sc. comentario al edicto) del pretor urbano, que unas cosas 'se actúan', otras 'se gestionan' y otras 'se con-

en el Digesto⁵³. El identificó el *contractus* con el *synallagma* griego⁵⁴

Este concepto labeoniano de *contractus* obedeció a un intento de reflejar en términos de derecho sustantivo, esto es, concerniente a las obligaciones, una realidad de naturaleza procesal, propiamente concerniente a las acciones. Se trata de aquellas acciones que en la época clásica alta fueron denominadas *bonae fidei iudicia*, cuya característica común e invariable es referir su *intentio* a un "todo cuanto por tal asunto Numerio Negidio debe dar y hacer según la buena fe" (*quidquid ob eam rem Nm. Nm. dare facere oportet ex bona fide*)⁵⁵.

En realidad, el uso del criterio de la buena fe en estas figuras es una consecuencia de

traen'. Y 'acto' (*actum*) es palabra general, bien que algo sea actuado mediante palabras formales (*verbis*), bien que mediante el traspaso de una cosa (*re*), como (sc. respectivamente) en la estipulación o en la tradición del dinero; pero 'contrato' es obligación de una y de otra parte, que los griegos llaman *synallagma*, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad; 'gestión' significa algo hecho sin palabras" (*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur. Et 'actum' quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione; 'contractum' autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem; 'gestum' rem significare sine verbis facta*). En los siguientes textos la palabra *contractus* aparece aplicada por Labeón a un negocio obligacional bilateral: D. 17.1.8 pr. (depósito y mandato); D. 18.1.78 2 (compraventa); D. 19.2.58.1 (arrendamiento). Cfr. D. 19.5.9 pr. Cfr. el promiscuo uso de *gerere, contrahere, agere* en D. 44.7.11 de Paulo.

⁵³ D'ORS, A., '*Creditum*' y '*contractus*', en *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956), p. 183 ss.; WUNNER, Sven, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht* (Köln-Graz, 1964); BENÖHR, Hans-Peter, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts* (Hamburg, De Gruyter, 1965); ALBANESE, Bernardo, '*Agere*', '*gerere*' e '*contrahere*' in D. 50.16.19. *Congetture su una definizione di Labeone, in Studia et Documenta Historiae et Iuris* 38 (1972), p. 182 ss.; D'ORS, Alvaro, *Réplicas panormitanas, II: El 'contractus' según Labeón*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 1 (1976), p. 17 ss.; SANTORO, Raimondo, *Il contratto nel pensiero di Labeone* (Palermo, 1983); BISCARDI, Arnaldo, '*Quod Graeci synallagma vocant*', en *Labeo* 29 (1983), p. 137 ss.; BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone, in Studia et Documenta Historiae et Iuris* 51 (1985), p. 458 ss.; SARGENTI, Manlio, *Nascità e sviluppo dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano, I: Labeone: la nascita dell'idea di contratto*, en *Ivra* 38 (1987); GALLO, Filippo, *Eredità di Labeone in materia contrattuale, in Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1988), p. 41 ss.; BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone, in Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 1988), vol. I, p. 15 ss.; BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone, in Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1988), p. 15 ss.; TALAMANCA, M., *La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone, in Contractum e pactum* (Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche Italiani, 1991); GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto* (Torino 1992).

⁵⁴ Sobre este concepto: DESPOTOPOULOS, C., *La notion de synallagma chez Aristotele, en Archives de Philosophie du Droit* 13 (1968), p. 115 ss.; MAFFI, '*Synallagma*' e obbligazioni in Aristotele. *Spunti critici, in Atti del II Seminario Romanistico Gardesano* (Milano, 1980), p. 11. ss.

⁵⁵ Gai. 4.47; 4.60.

la bilateralidad obligacional. En las relaciones unilaterales la prestación del deudor no se compara con otra, sino consigo misma, cuando fue hecha inicialmente por el acreedor, como en el mutuo, en el comodato y en la prenda; o con una declaración de prestación, como en las estipulaciones, en que el promitente dice que tal cosa dará, hará o no hará y en el legado damnatorio, en que el testador dijo qué debía darse o hacerse en favor del legatario. Por ende, 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; o por lo que asignó el testador, para que eso mismo pague el heredero. En cambio, en las relaciones obligacionalmente bilaterales, la prestación de una parte se puede comparar con otra realmente distinta, es decir, con la de la contraparte, y de esa comparación resulta la necesidad de equilibrar ambas prestaciones. Un vendedor, por ende, no sólo está obligado a cumplir lo mismo que vendió, sino tanto cuanto equivalga a lo que el comprador paga. Ahora bien, el pretor no encontró otra fórmula mejor para establecer el equilibrio concreto entre ambas prestaciones, que encargar al juez su regulación; pero, al mismo tiempo, para evitar el arbitrio judicial, dispuso que él juzgare *ex bona fide* las deudas recíprocas. Los juristas se encargaron de tipificar las consecuencias de un juzgamiento así⁵⁶.

Para la época republicana, Cicerón nos trasmite el elenco de las figuras que daban lugar a estos juicios: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum*, *societas*, *fiducia*, *tutela* y *negotiorum gestio*⁵⁷. A mediados del s. II d. C. Gayo repite la lista, sólo que mirada desde el punto de vista de las acciones mismas, con el añadido de la *actio depositi*⁵⁸ y de la *actio rei uxoriae* derivada de la dote⁵⁹.

Lo decisivo de los pertinentes “contraimientos” no es la existencia de una convención, ya que no la hay en la tutela y en la gestión de negocio ajeno. Menos decisivo es aún que el contraimiento tenga lugar *solo consensu*, lo cual únicamente ocurre en la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, pues el depósito es “real” y la fiducia “solemne” y “real” al mismo tiempo, mientras que en la tutela y en la gestión no hay ningún *consensus*. Lo decisivo es que el pertinente “contraimiento” permite a cualquiera de sus partes entablar una acción en contra de su contraparte. En algunos casos, la acción de cada parte tiene nombre propio, como en la compraventa: *actio venditi (ex vendito)* y *actio empti (ex empto)*, y el arrendamiento: *actio locati (ex locato)* y *actio conducti (ex conducto)*; en otros el nombre de la acción es el mismo, pero se las distingue con los adjetivos *directa (actio mandati directa* para el mandante; *actio fiduciae directa* para fiduciante; *actio tutelae directa* para el pupilo; *actio negotiorum gestorum directa* para el *dominus negotii*; *actio depositi directa* para el depositante), y *contraria* (para el mandatario, fiduciario, tutor, gestor y depositario); en

⁵⁶ Sobre estas consecuencias típicas, vid. KASER, Max, *Das römische Privatrecht* (München, Beck, 1971), vol. I, p. 487 s.

⁵⁷ CIC., *De off.* 3.17.70; cfr. *De nat. deor.* 3.30.74; *Top.* 17.66.

⁵⁸ En la época de Cicerón, el depósito estaba sancionado con una acción *in factum* sólo en favor del depositante. Posteriormente apareció una *actio in ius ex bona fide* (Gai. 4.47; 4.60).

⁵⁹ Gai. 4.62.

la sociedad el nombre de la acción es único para todos los socios (*actio pro socio*)⁶⁰.

Enablada la acción que corresponda por cualquiera de las partes, es toda la relación la que viene deducida en juicio y se la juzga respecto de ambas partes, de manera que el juez no sólo tiene que investigar lo que el demandado debe al demandante, mas también vice versa. Por ello Cicerón dice que en estos juicios se estatuye “lo que cada uno debe a cada uno”⁶¹; y Gayo que “en estos contratos uno se obliga respecto del otro por aquello que uno respecto del otro debe cumplir *ex bono et aequo*”⁶². De este modo, por ejemplo, por la vía de la compensación, la parte demandante puede resultar indirectamente condenada, en cuanto el juez compensó lo que el demandado le debía con lo que éste debía al demandante, en el interior de la misma relación recíproca⁶³. Además, en estos juicios el juez no sólo debe investigar lo que se debe según los términos del contraimiento (cuando lo hay) o el contenido típico de cada obligación, sino todo lo que se debe según la buena fe. Por lo tanto, las partes de una relación con tales características, en realidad están objetivamente obligadas a más de lo que posiblemente pensaron, porque su pasada y presente conducta será juzgada según las exigencias de la *bona fides*.

La *actio rei uxoria*, que deriva de la dote para recuperarla la mujer o sus herederos, no llevaba una *intentio* y cláusula *ex bona fide* como la indicada antes; pero sí una que rezaba *quod eius melius aequius erit*⁶⁴, la cual producía efectos semejante que aquella, por lo que la jurisprudencia agregó esta acción al elenco de los *bonae fidei iudicia*⁶⁵. De todos modos se presenta el problema de la bilateralidad de la acción y de las obligaciones. Por lo que atañe a la primera, hay que desecharla de plano: nunca el marido puede interponer la *actio rei uxoriae* contra la mujer o sus herederos. Por lo que respecta a la segunda, puede verse la bilateralidad en las *retentiones* que bajo diversos conceptos puede pretender el marido cuando es demandado para la restitución de la dote. Por otro lado, la constitución de la dote no es un acto típico, ya que puede tener lugar mediante *datio*, *stipulatio* o *acceptilatio* (condonatoria) principalmente y ninguno de estos actos son *contractus* en el sentido de Labeón. Pero nuevamente lo importante es la relación creada, no el modo de constituirla y aquélla, en razón de las *retentiones* a que puede aspirar el marido, hace que el contraimiento o contrato dotal resulte bilateral. Tampoco la *actio fiduciae* llevaba originalmente la cláusula *ex bona fide*, pero sí una equivalente,

⁶⁰ Cuando Cic., *De off.* 3.17.70, dice, con referencia a las figuras en examen: *praesertim cum essent iudicia contraria*, la expresión *contraria* parece referirla no sólo a las acciones de nombre común en beneficio de una parte típica, sino a todas las contraacciones, aunque tengan nombre propio; es decir, parece emplearla en un sentido más amplio que el técnico de los juristas.

⁶¹ Cic., *De off.* 3.17.70: *quid quemque cuique praestare oportet.*

⁶² Gai. 3.137 = D. 44.7.2.3: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex aequo et bono praestare oportet.*

⁶³ Gai. 4.61-63.

⁶⁴ Cic., *Top.* 17.66; *De off.* 3.15.61.

⁶⁵ Gai. 4.62; D. 15.1.36; 24.3.21.

que rezaba *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*⁶⁶. Quizá en época más adelantada la fórmula fue redactado con la cláusula *ex bona fide*⁶⁷.

De esta manera, hay una perfecta congruencia entre las relaciones sancionadas con *bonae fidei iudicia* y las relaciones que Labeón definió como *ultra citroque obligatio* y llamó *contractus*. La unión de los dos aspectos se manifiesta en la expresión *bonae fidei contractus* que con cierta frecuencia emplearon los juristas posteriores⁶⁸.

Corresponden, como se ve, a los que modernamente llamamos “contratos sinalagmáticos”. Pero la distinción que hacemos entre contratos sinalagmáticos perfectos (si la bilateralidad obligacional es necesaria y surge al momento de la perfección del negocio, como en la compraventa, en el arrendamiento o en la sociedad) e imperfectos (si la obligación de una de las partes es contingente y surge o puede surgir durante el desarrollo de la relación, como en el mandato, en el depósito o en la fiducia) no es romana, aunque, por cierto, los fenómenos así designados se dan en los contratos romanos. Para los juristas, lo relevante es que la acción sancionadora del negocio pueda ser entablada por cualquiera de ambas partes. De hecho nunca se sabe *a priori* si en una relación de buena fe, en que al menos una parte siempre resulta obligada, también la otra lo estará, a diferencia de aquellas relaciones en que, como veremos, sólo una de las partes, desde el comienzo mismo de la relación, queda obligada, de modo que sólo la contraparte está legitimada para accionar y nunca, ni siquiera contingentemente, la inicialmente obligada, como en el mutuo.

b) Frente a los *bonae fidei iudicia* se encuentran aquellos que no son de buena fe, principalmente representados por la *condictio*, la *actio ex stipulatu*, la *actio ex testamento*, la *actio commodati* y la *actio pignoratitia (in personam)*⁶⁹. Estas acciones sólo pueden ser entabladas por una de las partes de la relación sustantiva. Mirado el asunto desde el punto de vista de esta última, lo anterior quiere decir que la relación es obligacionalmente unilateral, como el *mutuum* y el *dare ob rem*, lo mismo que la *stipulatio*, la *expensilatio* y el *legatum per damnationem*, entre los negocios del derecho civil; y el comodato y la prenda, entre los del derecho pretorio. De cada uno de estos actos, en efecto, sólo una parte resulta acreedora: la que dio, el estipulante, el banquero, el legatario, el comodante y el pignorante; la contraparte es siempre deudora: el que recibió, el promitente, el cliente, el heredero, el comodatario⁷⁰ y el pignoratario⁷¹. Es, en

⁶⁶ Cic., *De off.* 3.17.70.

⁶⁷ Como parece desprenderse de D. 18.2.10 itp. *pignus in diem addictum* por *fiduciam in diem addictam*.

⁶⁸ Cons. 4.4; PS. 2.17.13; D. 2.14.7.6; 2.14.27.2; 15.1.36; 16.3.31 pr.; 17.1.59.1; 19.1.11.18; 19.1.48; 22.1.32.2; 30.108.12 itp.; 39.5.22; 44.2.23; 50.8.3 pr.

⁶⁹ Justiniano los llamó *stricti iuris iudicia* (Inst. 4.6.28-30).

⁷⁰ Sólo en la época postclásica apareció una *actio commodati contraria*, en favor del comodatario para exigir el reembolso de gastos extraordinarios al comodante. En la época clásica ello tuvo que ser objeto de la *actio negotiorum gestorum*: el que gasta en cosa de otro, en efecto, puede reembolsarse con dicha acción, sea comodatario o no lo

consecuencia, natural que sólo quepa acción para el solo acreedor en contra del solo deudor.

En las fórmulas de estas acciones, por otro lado, hace defecto la cláusula *ex bona fide* y no hay otra equivalente. Por ende, la relación unilateral es juzgada estrechamente, según el dictado de los términos de la operación o del contenido objetivo de la prestación a que quedó obligado el deudor, sin más.

La diferencia esencial entre juicios de buena fe y juicios que no son de buena fe el pretor la había reflejado en el edicto. En su título XVII: *De rebus creditis*, en efecto, aparecen propuestas, como acción civil, la *condictio certi* (para las deudas ciertas nacidas de *datio* y *stipulatio*)⁷²; y la *actio commodati* y la *actio pigneraticia (in personam)*, como pretorias, con que el comodante y el pignorante reclaman la restitución de la cosa entregada en comodato y en prenda. La *actio ex testamento* ocupa un lugar alejado, en el título XXVII: *de legatis*. En el título XIX: *de bonae fidei iudicia*, en cambio, las acciones propuestas son: *depositi, fiduciae, mandati, pro socio, empti venditi y locati conducti*. El título XX es *de re uxoria*, en primer lugar para la *actio rei uxoriae*; y el título XXII: *de tutelis*, incluye una rúbrica llamada *arbitrium tutelae*. Sólo la *actio negotiorum gestorum* aparece propuesta en un lugar exótico, en el título VIII: *De cognitioribus et procuratoribus et defensoribus*.

Examinada la doctrina labeoniana, pues, desde el punto de vista del edicto, es claro que su concepto de *contractus* quiere proyectar el cúmulo de figuras del títulos XIX y de los inmediatamente siguientes, más la *negotiorum gestio*, y al mismo tiempo excluir las del título XVII. Las diferencias radicales entre ambos tipos justificaban su intención.

c) Al jurista Aristón (contemporáneo de Juliano) se debe un intento de contractualizar en el sentido de Labeón algunos negocios que tradicionalmente eran obligacionalmente unilaterales. Su punto de partida fue la consideración de negocios del tipo *do ut des* o *do ut facias*⁷³, los cuales suponen que una de las dos partes tome la iniciativa de dar efectivamente algo a la otra para que ésta, a su vez, dé algo a la primera o haga algo. Sin discusión, operaciones de esta clase engendran una obligación para el que recibió, consistente en devolver lo reci-

sea.

⁷¹ Lo dicho en la nota anterior para el comodato vale para la prenda.

⁷² También la *actio de pecunia constituta* a que no nos referiremos.

⁷³ Se trata de los llamados contratos innominados; sobre ellos, últimamente: MAC CORMACK, *Contractual Theory and the Innominated Contracts*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 51 (1985), p. 131 ss.; BURDESE, *In margine ai contratti innominati*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 88 (1985), p. 197 ss.; EL MISMO, *Ancora in tema di contratti innominati*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 52 (1986), p. 442 ss.; EL MISMO, *Sul riconoscimento civile dei c. d. contratti innominati*, en *Ivra* 36 (1988), p. 14 ss.; EL MISMO, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias* (Madrid, 1988), p. 127 ss.; EL MISMO, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 1988), vol. I, p. 15 ss.

do al que le dio inicialmente, si es que de su parte no sigue lo que de él se espera; para conseguir tal restitución, el que dio dispone de la *actio condictio*.

En el sentido de Labeón, estas operaciones no eran contractuales, por faltar la bilateralidad obligacional. En efecto, aunque ellas supongan una *conventio*, ésta a nada obliga a ninguna de sus partes; una obligación sólo nace cuando una de aquéllas toma la iniciativa de dar efectivamente; pero entonces dicha obligación, por un lado, es unilateral, ya que, como se dijo, sólo corre a cargo del que recibió, si por su lado no consuma la convención con lo que se espera de él; y, por otro, esa obligación no nace de la convención sino de la dación. Aristón dio un paso adelante y pensó que, supuesta una *datio* inicial (que llamó *causa*), la convención antecedente misma obligaba después a las partes: al que recibió, a dar o hacer lo que de él se esperaba según dicha convención; y al que dio, a lo que procediere, como indemnizar la evicción que eventualmente sufriera el que recibió⁷⁴.

El texto aparece en D. 2.1.4.7.1: “Pero si la cosa no transitare a otro contrato, mas una causa estuviere debajo, elegantemente respondió Aristón a Celso que hay obligación, como si te di una cosa para que me dieras otra, o di para que hagas algo, lo cual es un *synallagma*, y de aquí nace una obligación civil. Y por ello opino que con razón Juliano fue reprendido por Mauriciano en esto: te di a Estico para que manumitas a Pánfilo; lo manumitiste; Estico fue vindicado. Juliano escribe que el pretor ha de dar una acción *in factum*; aquél dice que basta la acción civil de cosa incierta, esto es, la *praescriptis verbis*; pues hay un contrato, que Aristón llama *synallagma*, de donde nace esta acción”⁷⁵.

Estrictamente, pues, Aristón no innovó con respecto a Labeón. Para aquél, *contractus* seguía siendo una relación obligacionalmente bilateral, como para éste; su innovación únicamente consistió en contractualizar negocios que hasta ese entonces no tenían el carácter de contratos.

d) Los juristas posteriores usaron a menudo la voz *contractus* para designar figuras que dan origen a conjuntos sinalagmáticos, en el sentido labeoniano. De ello hay numerosos testimonios en el Digesto (y en otras fuentes). Aparte las referencias a la compraventa⁷⁶, el arrendamiento⁷⁷, la sociedad⁷⁸, el mandato⁷⁹,

⁷⁴ Celso se oponía a esta construcción. Para él, un negocio del tipo te di dinero para que me dieras el esclavo Estico no era un *contractus* de obligación bilateral, sino un *dare ob rem*. Por ende, si el que recibió el dinero no da al esclavo, el que dio aquel sólo puede repetir el dinero, no exigir el esclavo (Dig. 12.5.16).

⁷⁵ *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc synallagma esse, et hinc nasci obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas; manumisisti; evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam; ille ait, civili incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere; esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio.*

⁷⁶ FV. 8; 11; 12; 35.4 (pero en una ley de Constantino); 37.2 (en ley del s. IV); 41; D. 2.14.7.5 y 6; 2.14.27.2; 4.4.24.4; 4.4.47.1; 8.4.13 pr.; 17.1.59.1; 18.1.6.2; 18.1.12; 18.1.6.2; 18.1.72 pr.; 18.2.4.2; 18.5.1; 19.1.11.18; 19.1.13.29; 19.1.47; 19.1.48; 26.8.42; 32.92 pr.; 40.1.4.2; 41.3.44.2; 41.3.48; 44.7.25.1; 44.7.31; 45.1.35.2; 46.3.95.12;

la fiducia⁸⁰ y el depósito⁸¹, encontramos textos en que, en efecto, como *contractus* aparecen calificadas la tutela⁸² y la *negotiorum gestio*⁸³. En otros casos la referencia no es directa a una figura sinalagmática determinada, pero, por el contexto, a alguna de ellas alude el pasaje⁸⁴. En muchos, además, la referencia es general, es decir, sin que se sepa a qué figura se aplica⁸⁵.

3. Otro intento de tecnificar el concepto de *contractus* se debió a Gayo (s. II d. C.). Sus ideas, que en realidad abarcan mucho más que el mero concepto de contrato, fueron desarrolladas a través de dos ensayos: uno en sus *Institutiones* y otro en sus *Res cottidianae sive aureorum*.

a) En la primera obra, su autor comienza por declarar que la *summa divisio* de las obligaciones se resuelve en dos especies, ya que toda obligación o nace de un contrato (*ex contractu*) o nace de un delito (*ex delicto*)⁸⁶. Enseguida entra a estudiar las primeras.

De las obligaciones que nacen de un contrato hay cuatro géneros, dice Gayo, porque una obligación o se “contrae por una cosa” (*re*) o “por palabras (solemnnes)” (*verbis*), o “por escritos” (*litteris*) o “por el consentimiento” (*consensu*)⁸⁷.

De las obligaciones contraídas *re* Gayo tan sólo trata de aquella que surge del mutuo o préstamo de fungibles, especialmente dinero (*mutui datio*) y del “pago de lo no debido” (*indebitum solutum*); en ambos casos, en efecto, surge una obligación para el que recibió la cosa en préstamo o en pago, consistente en tener que restituirla al que la dio, y surge del hecho de haber sido dada la cosa. La *obligatio verbis* nace de la *stipulatio* y de la *dotis dictio*. Aquí no hay una *datio* que obliga a restituir, sino la celebración de un

48.10.21; 49.14.46.2.

⁷⁷ D. 19.2.14 itp.; 19.2.19.9; 44.7.31; 46.3.77; 45.1.35.2; 50.8.3 pr.

⁷⁸ D. 17.2.58.2.

⁷⁹ D. 5.1.53 (se trata de un mandato natural, cfr. D. 17.1.54 pr.); 14.6.12; 17.1.8 pr.; 17.1.54 pr.; 17.1.56 pr. = 50.17.81 (*mandatum pecuniae credendae*).

⁸⁰ D. 3.5.31 pr. *pignora vel hypothecas* itp. por *fiducias*.

⁸¹ D. 16.3.1.6; 16.3.7.1; 16.3.24 itp.; 16.3.30; 17.1.8 pr.

⁸² D. 2.14.7.5; 13.5.1.6; 20.2.10; 44.7.49; 46.3.95.10; 50.17.23.

⁸³ D. 3.5.15; 40.7.29 pr.; 50.17.23.

⁸⁴ D. 15.1.38.3 (compraventa); 15.3.5.1 (compraventa); 16.3.1.3 (mandato y depósito); 16.3.26.1 (depósito); 17.1.32 (mandato); 22.1.17.5 (arrendamiento); 40.1.4.6 (compraventa); 41.3.48 (compraventa); 43.24.13.4 itp. (compraventa); 44.7.24.1 (compraventa y arrendamiento); 44.7.54 (compraventa); 45.1.121.3 (mandato y depósito); 50.17.34.

⁸⁵ PS. 2.1.4; 5.12.11= D. 22.4.2; 5.25.6; D. 2.11.5.2; 2.14.47.1; 4.4.3.1; 14.3.17.3; 4.4.16.3; 10.4.18; 13.5.24; 14.3.17.3; 15.1.1 pr.; 15.1.19.1; 15.4.1.1; 16.1.8.15; 16.2.4 (itp.); 19.5.3; 19.5.9; 20.1.5 pr.; 20.5.1; 20.4.20; 20.6.15; 26.7.47.2; 26.3.9; 26.8.8; 26.8.21; 29.2.12; 29.2.89; 33.10.9.2; 34.3.31.5; 36.1.75; 39.5.22; 42.1.44; 42.4.3 pr.; 42.8.10.22 itp.; 44.3.14.1 itp.; 44.7.11; 44.7.31; 44.7.49; 46.2.19 itp.; 46.3.96.3; 49.14.3.8; 50.16.10; 50.17.157.2 itp.;

⁸⁶ Gai. 3.88.

⁸⁷ Gai. 3.89.

negocio mediante palabras solemnes y formales, de modo que no se trata de cualquiera *verba* sino precisamente de aquellas prescritas. A propósito de la *obligatio litteris* Gayo presenta la que nace de un acto llamado *transcriptio nominis*, y, entre los *peregrini*, de unos denominados *chirographa* y *syngrapha*, todos caracterizados por consistir en una formalidad escrita. Finalmente, dice Gayo, “por consenso se hacen obligaciones” en la compraventa (*emptio venditio*), en el arrendamiento (*locatio conductio*), en la sociedad (*societas*) y en el mandato (*mandatum*), todos caracterizados por no exigir ni una *datio*, ni palabras solemnes ni escritura, ya que les es bastante el mero acuerdo de las partes o consentimiento⁸⁸.

Después de seguir con la adquisición de obligaciones por intermedio de personas sometidas a potestad y de cómo se “alzan o quitan” las obligaciones (*tollere*), es decir, de cómo se extinguen, entra él en el estudio de aquellas que nacen *ex delicto*; al respecto examina el hurto (*furtum*), el robo (*rapina*), el daño (*damnum iniuria datum*) y la injuria (*iniuria*)⁸⁹. Con ello termina el tratado de las obligaciones.

Gayo no define en ninguna parte qué entiende por contrato; pero su noción se desprende fácilmente.

Tratando de las obligaciones nacidas *re*, menciona él, aparte el mutuo, al pago indebido (*indebitum solutum*): quien recibe lo que no se le debe, en efecto, está obligado a restituir lo pagado, y esta obligación nace igual que la de restituir una cantidad de fungibles recibida en préstamo mutuo: en virtud de la dación de una cosa (*re*). Sin embargo, Gayo observa que “Esta especie de obligación no parece recibir su consistencia de un contrato, porque quien da con entendimiento de pagar, más quiere distraer un negocio que contraerlo”⁹⁰. El orden de ideas gayano es, pues, éste: cuando se paga, se supone la existencia de una obligación nacida de cierto negocio anterior, que el pagador entiende distraer con el pago mismo (por la extinción de la correspondiente obligación); si alguien paga lo indebido, está en el mismo entendimiento, y aunque de ello resulte una obligación en su favor y en contra del que recibió el pago, su entendimiento, sin embargo, no fue el de contraer (celebrar) un negocio obligacional; por ello el pago de lo indebido no parece ser un contrato. De lo cual se deduce que para Gayo es contrato aquel negocio que genera obligaciones celebrado con el entendimiento de producir tal efecto. Para él no es suficiente, pues, que surja objetivamente una obligación; es necesario, además, que las partes entiendan que ese es el efecto. Ello supone que entre las partes haya una cierta conexión que les permita llegar a dicho entendimiento; lo cual sólo puede ocurrir si es que convienen en generar la obligación. En otras palabras, para Gayo el contrato supone un acuerdo o convención entre partes dirigido a crearla.

b) La duda planteada por el propio Gayo en las *Institutiones* acerca del *indebitum solutum* aparece resuelta en otra obra a él perteneciente, las *Res cotti-*

⁸⁸ Todo en Gai. 3.90-162.

⁸⁹ Gai. 3.182-225.

⁹⁰ Gai. 3.91: *Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

dianae sive aureorum, de acuerdo con su habitual método dialéctico-sistemático, es decir, mediante una distinción⁹¹.

En dicha obra, en efecto, Gayo expresa 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 varias figuras de causas" (*proprio quodam iure ex variis causarum figuris*). Añade enseguida que las obligaciones nacidas de contrato se contraen *re, verbis* o *consensu* (apareciendo omitidas, en consecuencia, las nacidas *litteris*)⁹².

Como tipos de obligaciones contraídas *re* el autor ofrece aquellas nacidas del mutuo, el comodato, el depósito y la prenda (D. 44.7.1.2-6). Las nacidas *verbis* siguen siendo aquellas de origen estipulatorio (D. 44.7.1.7). No se conserva en el Digesto ningún fragmento perteneciente a las *res cottidianae* introductorio de las obligaciones contraídas *consensu*, pero es seguro que originalmente se trataba de ellas enseguida, porque hay varios pasajes de la misma obra en las respectivas *sedes materiae* del Digesto que se refieren a la compraventa, al arrendamiento, a la sociedad y al mandato (D. 18.6.2; 18.6.16 para la compraventa; D. 19.2.2 para el arrendamiento; D. 17.2.72 para la sociedad; D. 17.1.2; 17.1.4 para el mandato). La omisión de las obligaciones *litteris* se puede explicar bien porque efectivamente en la época postclásica algún reeditor las eliminó en atención a que las mencionadas por Gayo en las *Institutiones* (*transcriptio nominum, chirographa* y *syngrapha*) e hipotéticamente vueltas a repetir en las *Res cottidianae* ya eran desconocidas (de hecho en la época de Gayo la primera estaba en desuso y las segundas pertenecían al derecho provincial), bien porque el propio Gayo las dejó a un lado por la misma razón últimamente apuntada.

El autor repite que las obligaciones nacidas *ex maleficio* son las provenientes del hurto, la rapiña, el daño y la injuria⁹³.

Maleficio está aquí por *delictum*; si bien la palabra no es del todo extraña a la jurisprudencia metropolitana, Gayo tiene una especial predilección por ella.

Después trata el autor de las "figuras varias de causas" (*variae causarum figurae*). Ellas constituyen una suerte de "derecho propio" (*ius proprium*) con respecto al contrato y al maleficio, como si se dijera algo *sui generis*⁹⁴.

En primer lugar está la gestión de negocios de un ausente sin mandato suyo, de que nace la *actio negotiorum gestorum* para cada parte. Gayo dice que esta acción no proviene ni de un contrato ni de un delito con respecto a ninguna de

⁹¹ Se ha sostenido que este libro no fue escrito por Gayo sino por algún autor anónimo de la época postclásica, o que al menos se trata de una suerte de reedición de una o varias obras de Gayo. Puede ser, pero en todo caso no hay fundamento para dudar que la doctrina ahí expuesta no haya pertenecido alguna vez a Gayo. Como veremos, el sistema de las fuentes obligacionales expuesto, por un lado se adapta al sistema de las *Institutiones* y, por otro, supera las incongruencias hechas notar por el mismo Gayo.

⁹² D. 44.7.1 pr.-1.

⁹³ D. 44.7.4.

⁹⁴ D. 44.7.1 pr.

ambas partes, pues el que es gestor no contrata con el ausente, y no es maleficio tomar sin mandato la administración de los negocios de otro; y con mayor razón no puede decirse que el ausente contrató algo o que delinquiró, puesto que todo se hizo en su ignorancia; y sin embargo ambos quedan obligados recíprocamente⁹⁵.

Tampoco los que resultan obligados en virtud de la *actio tutelae* lo están por un contrato, ya que “entre el tutor y el pupilo no se contrae ningún negocio” (*nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur*); pero como es cierto que tampoco no se obligan por un delito, entonces “parecen estar sujetos como por un contrato (o como si lo estuvieran por un contrato)” (*quasi ex contractu teneri videntur*)⁹⁶.

Del mismo modo el heredero que debe pagar un legado no se obliga por contrato o maleficio, ya que el legatario nada contrató con el difunto o con el heredero, y es evidente que en el asunto no hay delito alguno⁹⁷.

Lo propio puede decirse del que recibió lo indebido como pago, quien se obliga a restituirlo “como por la dación de un mutuo” (*quasi ex mutui datione*); mas no se puede entender que quien está obligado por esta causa lo esté en virtud de un contrato, pues el que le pagó por error, le dio “más con el entendimiento de distraer la obligación que de contraerla” (*magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae*)⁹⁸.

Todavía dentro de las figuras varias de causas, Gayo trata de algunos hechos que en época clásica constituían supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa, como los del juez *qui litem suam facit*, de *effusis vel deiectis*, de *positis vel suspensis* y de los delitos cometidos por dependientes de los *nautae caupones stabularii*, por los cuales éstos responden. Para cada una de estas hipótesis⁹⁹ hace la siguiente consideración: desde luego no puede decirse que ahí exista un contrato, pero tampoco un delito (ya que no se exige haber habido culpa o dolo personales); mas, como en cierto modo hubo imprudencia indirecta al crear la situación (por ejemplo cuando algo cae desde una ventana causando daño a un tercero, por haberlo dejado cerca de aquella el morador, o si el capitán de una nave, el hostelero o el posadero toman a su servicio “hombres malos” que después cometen delitos de hurto o daño), entonces cada objetivamente responsable “parece estar sujeto como por un delito (o como si lo estuviera por un delito)” (*quasi ex maleficio teneri videtur*).

De este modo en las *Res cottidianae* figura una tricotomía de fuentes en sustitución de la dicotomía que Gayo ofrecía en las *Institutiones*. Ya no se trata, pues, de obligaciones *ex contractu* y *ex delicto*, sino *ex contractu*, *ex maleficio* (*ex delicto*) y *ex variis causarum figuris*. Con esta última categoría su autor resuelve los problemas que le había ofrecido la dicotomía institucional, de cau-

95 D. 44.7.5 pr.

96 D. 44.7.5 1.

97 D. 44.7.5.2.

98 D. 44.7.5.3.

99 D. 44.7.5.4-6.

sas obligacionales no delictuales y por ende contractuales, pero que se alejaban del concepto de contrato como negocio convencional dirigido a crear una obligación. Figuras como la gestión de negocios de un ausente, la tutela, el pago de lo no debido y el legado de efectos obligacionales, para ninguna de las cuales es posible decir desde luego que sean delictuales, pero tampoco contractuales, ya que no hay negocio convencional con finalidad de obligarse, todas ellas entran en la noción de “figuras varias de causas”. Ella comprende además a ciertos hechos que obligan a pagar una pena, y que ya por ello no pueden ser contractuales, a más de no poder afirmarse haber habido un negocio convencional entre medio; pero que tampoco pueden ser calificados de delitos al no exigirse la concurrencia de culpa o dolo, pues se trata de casos de responsabilidad objetiva.

Finalmente Gayo amplió la tipología de obligaciones *ex contractu* nacidas *re* con la consideración del comodato, el depósito y la prenda, como dijimos.

Como simple manera de describir la posición ocupada por las figuras lícitas de causas, en cuanto se acercan a los contratos, y por las ilícitas, en cuanto se aproximan a los delitos, Gayo emplea las expresiones *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio*; pero no con carácter sustantivo sino modal; no se trata, pues, de que la tutela sea “un cuasicontrato”, sino de que el tutor y el pupilo se obligan recíprocamente “como por un contrato” o “a la manera de un contrato” (lit.: “casi por un contrato”).

No se puede decir, en consecuencia, que Gayo hable del cuasicontrato o del cuasidelito; como tampoco habla “del contrato” y menos de contratos reales, verbales, literales y consensuales, expresiones éstas que son creación de la romanística. Gayo dice: “las obligaciones nacen de un contrato y de un delito (o maleficio)” (*ex contractu* y *ex delicto* (o *ex maleficio*) *nascuntur obligationes*), “estar sujeto como por contrato o como por maleficio” (*quasi ex contractu- ex maleficio teneri*), y habla de que “las obligaciones “se contraen por una cosa, por palabras, por escritos, por consentimiento” (*re, verbis, litteris, consensu contrahitur obligationes*).

4. Conviene establecer una comparación entre el concepto labeoniano y el gayano de *contractus*.

El punto de vista de Labeón, en estrecha adhesión al edicto, es el del efecto obligacional, con prescindencia del tipo y estructura de la causa o fuente de tal efecto. Como quiera que, aparte, por cierto, las diferencias derivadas de la tipicidad de las prestaciones de cada figura, el régimen a que se somete la relación entre un tutor y su pupilo y la relación entre un vendedor y su comprador, por ejemplo, o bien, entre la de un depositante y su depositario y entre la de un *dominus negotii* y su *gestor*, etc., siempre es el mismo: el de la *bona fides*, sin que haga diferencia el hecho de haberse generado *consensu* las obligaciones de la compraventa y sin convención las de la tutela, o *re* las del depósito y sin convención las de la *negotiorum gestio*, etc., Labeón se creyó en el caso de poder considerar bajo una misma y única categoría a todas esas relaciones: la de *contractus*, definido por lo que de común tienen: la reciprocidad obligacional.

Gayo, en cambio, adoptó un punto de vista causalista: para él, lo decisivo es, no ya la naturaleza del efecto, sino la naturaleza de la fuente. En las *Institutiones* este punto de vista se despliega en dos niveles: primeramente se trata de que la fuente no sea ilícita, esto es, que no sea un *delictum*; en consecuencia, lo que no es tal, es *contractus*, y con ello Gayo parece haber adoptado el sentido vulgar y atécnico de *contractus* como contraimiento, que él empero intentó tecnificar bajo la idea de convención dirigida a generar una obligación. En seguida se trata de la estructura con que se contraen las obligaciones, que puede ser *re verbis litteris consensu*.

Ahora bien, el intento de tecnificar el concepto de *contractus* resultó fallido, porque el mismo Gayo se percató de haber contraimientos, como el *indebitum solutum*, que no se dirigen a crear una obligación, aunque ésta resulte de todos modos. De donde el perfeccionamiento posterior de su sistema, consistente en reservar la expresión *contractus* verdaderamente solo para las convenciones dirigidas a crear obligaciones, que logró merced a la noción de *variae causarum figurae*, reservada para las figuras no convencionales lícitas que producen, empero, obligación.

La prescindencia del punto de vista del efecto, hizo que Gayo pasara por alto el hecho de que entre las figuras que él considera como contratos las hay que son obligacionalmente unilaterales, como la estipulación, y que son bilaterales, como todas las que Labeón consideraba como contratos. Para Gayo eso no hacía ninguna diferencia. Esa prescindencia hizo también que aquél unificara igualmente como contratos figuras de régimen tan disímil como la estipulación y la compraventa, por ejemplo. En compensación, su punto de vista causalista hizo que sólo las diferenciara en razón de su estructura verbal o consensual; o que separara figuras sometidas a un mismo régimen, como el mandato y la gestión de negocios, por ejemplo, sólo porque la primera tiene estructura consensual (es decir, convencional) y la segunda carece de estructura convencional; o como el mutuo y el pago indebido, pese a que ambos tienen estructura convencional *re* y están sometidos a un régimen idéntico, sólo porque en el segundo no hay una intención dirigida a crear la obligación que de todos modos nace sino a extinguir otra obligación, mientras que si existiría tal intención en el primero.

Si, con todo, nos preguntamos cuál de ambos puntos de vista adhirió a las realidades del derecho clásico, la respuesta en favor de Labeón no debe hacerse esperar.

Fue mérito de Alvaro d'Ors poner en el máximo relieve la diferencia dogmática existente entre las figuras del título XVII y las del XIX y siguientes del edicto del pretor urbano, la importancia de la definición labeoniana de *contractus* y la novedad de los conceptos gayanos, no seguidos por los juristas metropolitanos¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Entre los principales escritos sobre la materia: vid. D'ORS, Alvaro, *Re et verbis*, en *Acti del Congresso Internazionale di Storia del Diritto e Diritto Romano* (Milano, Giuffrè, 1951), vol. 3, p. 268 ss.; *La formación histórica de los tipos contractuales romanos* (Madrid, Reus, 1950); *Observaciones sobre el edicto 'de rebus creditis'*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 19 (1953), p. 134 ss.; '*Creditum*' y '*contractus*', en *Anuario*

5. Ahora nos enfrentaremos con el eterno problema de si las concepciones gayanas del contrato tuvieron eco en la jurisprudencia clásica. El, por cierto, forma parte del más general concerniente al conocimiento de las obras de Gayo y de su persona por parte de los juristas metropolitanos, del que, sin embargo, no podemos tratar aquí. Nos limitaremos, pues, a exponer los hechos relativos al problema especial.

a) No se puede negar que en algunos textos, no gayanos por cierto, aparece la contraposición *contractus-delictum*¹⁰¹. Siempre se ha pretendido que ello demostraría la influencia directa de la dicotomía que aparece en las *Institutiones* de Gayo¹⁰². Nosotros no lo creemos así y en esos textos, cuando son auténticos, sólo vemos la contraposición entre “contraimiento” y delito; en donde, por lo tanto, *contractus* no tiene el sentido técnico de Gayo, como convención dirigida a crear obligaciones, igual que tampoco tiene el de Labeón, como *ultra citroque obligatio*. Esa contraposición sólo cumple la función de diferenciar una duplicidad de régimen, que sin duda existía. En efecto, la disciplina de las obligaciones delictuales ofrece peculiaridades que no aparecen en las no delictuales, y en ciertos casos se hace necesario establecer esa separación. De este modo, por ejemplo, en D. 9.3.1.7: “Si un hijo de familia tuvo arrendado un comedor y de él se hubiera arrojado o derramado alguna cosa, no se da contra el padre la acción de peculio, porque no procede de un contrato; y así esta acción compete contra el hijo mismo”¹⁰³. Se trata del delito pretorio *de deiectis vel effusis*, o sea, de la

de Historia del Derecho Español 26 (1956), p. 183 ss. [= *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* rom. Abt. 74 (1957), p. 73 ss.]; *Creditum*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 33 (1963), p. 345 ss.; *Réplicas panormitanas, IV: Sobre la supuesta 'condictio' sin 'datio'*, en *Iura* 25 (1974), p. 1 ss.; *Réplicas panormitanas, I: De nuevo sobre 'creditum'*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 41 (1975), p. 205 ss.; *Sobre D. 12.1.9.1 (Réplicas panormitanas V)*, en *Labeo* 23 (1977) 1, p. 54 ss.; *Réplicas panormitanas, II: El 'contractus' según Labeón*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 1 (1976), p. 17 ss. Una exposición de conjunto sobre las ideas orsianas en GARCÍA-HERVÁS, Dolores, *Teoría del 'creditum'*, en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico, Público, Procesal y de la Navegación* 9-10 (Barcelona, 1989), p. 1887 ss. Durante muchos años d'Ors permaneció aislado -salvo de sus numerosos discípulos-, porque los romanistas se dejaron dominar por el prejuicio de que el concepto gayano de *contractus* habría sido el general de todos los juristas, excepto Labeón, cuyo intento habría quedado sin seguidores. Me parece que últimamente esta visión empieza a ser revisada y se impone una tendencia más amplia a reconocer su importancia a las doctrinas labeonianas: vid. la más reciente literatura citada en n. 53.

¹⁰¹ D. 3.2.7; 4.4.3.1; 4.4.9.2; 5.1.18.1; 5.1.57; 5.3.14; 9.3.1.7; 14.1.1.2; 14.5.4.1 y 2; 15.1.9.6; 21.1.23.4; 40.7.29 pr.; 42.1.52; 44.7.14; 44.7.49; 50.17.152.3. Además, por cierto, están los textos de Gayo: D. 9.4.1; 44.7.4; 44.7.5 pr.; 44.7.5.2. En PS. 2.3 la rúbrica *de contractibus* encierra un fragmento que trata de la estipulación, pero ahí es evidente la influencia gayana en una rúbrica de factura postclásica. Lo mismo cabe decir de PS. 2.5.3.

¹⁰² Por todos: WUNNER, Sven, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht* (Köln-Graz, Böhlau, 1964), p. 42-55.

¹⁰³ *Si filius familias cenaculum conductum habuit et inde deiectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit: in ipsum itaque filium haec actio competit.*

caída o derramamiento de objetos desde una construcción sita en lugar de tránsito usual, que deja obligado al habitador por el duplo del daño¹⁰⁴. Cuando algo se derramare o cayere desde la habitación de un hijo de familia (y dañare a alguien), en el texto se pregunta si la víctima tiene la acción de peculio contra el padre. La respuesta es negativa: en el caso, la responsabilidad del hijo no proviene de un *contractus* (*non ex contractu venit*), ya que -esto lo dice implícitamente- proviene de un delito. En efecto, al proponer la acción de peculio, el edicto decía expresamente que se la daba contra el padre si alguien “hubiese gestionado un negocio” (*negotium gestum erit*) con su hijo que tuviese peculio y en la medida de éste¹⁰⁵. La jurisprudencia interpretó muy ampliamente la expresión *negotium gerere*, hasta hacerla equivaler a “contraer” (*contrahere*)¹⁰⁶; pero le resultaba evidente que cometer delitos no podía ser considerado como *negotium gerere* ni, por ende, como *contrahere* la obligación de pagar la pena¹⁰⁷, ya que “una es la causa de contratar y otra la de delinquir”¹⁰⁸. Cuando, pues, en D. 9.3.1.7, se da como razón para negar la acción penal como peculiar el hecho de no venir de *contractus*, ésta palabra está tomada en el mismo sentido atécnico general que tiene el verbo *contrahere*, o sea, como “contraimiento” no penal. No está tomada, pues, ni en el sentido de Gayo, que sería restrictiva¹⁰⁹, ni en el de Labeón, que sería más restrictiva aún.

Así, pues, como los regímenes de las obligaciones penales y no penales tienen diferencias muy notables, nada de extraño tiene que la jurisprudencia a veces establezca la diferenciación con recurso a palabras como *contrahere* o *contractus*, que sólo se aplican a las segundas, frente a *delictum*. Eso no presupone ni demuestra la existencia de una división sistemática general de obligaciones *ex contractu-ex delicto* ni la influencia de Gayo.

b) También es cierto que en algunos textos la palabra *contractus* aparece aplicada a actos jurídicos que no son *contractus* en el sentido de Labeón pero sí en el de Gayo. Así, por ejemplo, en Coll. 10.2.1 se habla de *commodati contractus*; en FV. 262 el término es referida a unas donaciones; en D. 22.2.7 se incluye

104 D. 9.3.1 pr.

105 D. 15.1.1.2.

106 Son muy ilustrativos, por ejemplo, D. 15.1.1.4: “si se hubiera contraído con un hijo de familia impuber o con un esclavo” (*Si cum impubere filio familias vel servo contractum sit*) y D. 15.1.3.1: “Pero aunque el pretor promete acción si se hubiera gestionado con aquél que esté bajo potestad..., por ejemplo, si se hubiera contraído con un siervo...” (*Licet tamen praetor, si cum eo, qui in potestate sit, gestum sit..., utputa si cum servo... contractum sit...*).

107 Aunque la acción reipersecutoria o indemnizatoria emanada de un delito sí constituye *contrahere* y por ello se la da de peculio: vid. D. 15.1.3.12.

108 D. 14.1.1.2: *alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi*.

109 Por el hurto del hijo, se da de peculio la *condictio* reipersecutoria contra el padre (D. 15.1.3.12) y no hay modo de ver en ello un contrato en el sentido de Gayo; pero sí un contraimiento.

a la estipulación entre los *contractus*; en D. 12.1.9.4 se aplica al mutuo con estipulación la palabra; en varios pasajes se dice *contractus pignoris*¹¹⁰, etc.¹¹¹.

Dejando incluso a un lado los pasajes evidentemente interpolados¹¹², creemos que nuevamente el uso de *contractus* en casos como estos no significa la adopción del concepto gayano de contrato, aunque tampoco, por cierto, se emplee la palabra en el sentido labeoniano. Ella ahí sólo significa el “contraimiento” de la respectiva relación. Así, por ejemplo, se ve en Coll. 120.2.1: “Por el juicio de comodato, el demandado también es constreñido a responder por la culpa; pero el que es demandado de depósito, debe ser condenado por el dolo, no así por la culpa. Pues *commodati contractu*, porque interviene la utilidad de uno y otro *contrahentis*, se responde por ambos (sc. por culpa y dolo); pero en la causa del depósito, es sólo la utilidad del depositante la que se vierte y ahí únicamente se responde por el dolo”¹¹³. Las dificultades empiezan cuando *commodati contractu* y *contrahentis* se traducen como “en el contrato de comodato” y “contratante” respectivamente; pero quedan eliminadas si la traducción es: “en el contraimiento del comodato” y “contrayente”.

Otro ejemplo lo encontramos en D. 12.1.9.4: “Te presté diez y los estipulé para otro: la estipulación es nula; ¿acaso podré reclamar los diez por esta acción, como si intervinieran dos *contractus*, uno, que se hizo realmente (*re*), esto es, por la tradición del dinero, otro que se hizo con palabras solemnes (*verbis*), es decir, inútilmente, porque no pude estipular para otro? Y opino que puedo”¹¹⁴. La doctrina sentada en este pasaje es clásica; pero él ofrece flancos a la crítica textual y de hecho ha sido declarado de factura justiniana casi todo él¹¹⁵. Pero dejemos a un lado el asunto y si en vez de traducir *quasi duobus contractibus intervinientibus* por “como si intervinieran dos contratos”, tradujéramos por “como si intervinieran dos contraimientos”, al menos la crítica de presentar el

¹¹⁰ FV. 9; D. 13.7.34 pr.; 13.7.39; 20.1.23.1; 20.1.25; 47.2.62.5.

¹¹¹ Vid. D. 4.4.9.2; 4.4.40 pr.; 12.1.1.1; 12.1.9 pr.; 12.1.9.3; 12.1.20; 12.2.28.1; 12.4.3.4; 12.4.16; 13.4.2.8; 13.6.5.2; 14.3.17.4; 14.6.9.2 y 3; 15.3.18; 17.1.34 pr.; 20.1.5 pr.; 45.1.52 pr.; 45.2.9 pr.; 50.17.23; 50.17.34; 50.17.152.3.

¹¹² Es frecuente la interpolación destinada a generalizar ciertos regímenes, típica de Justiniano; ella se manifiesta con expresiones como *ceteris contractibus, aliud genus contractus, alterius contractus, alios contractus, ceteris similibus, omnia contractus*. Vid. D. 2.14.50; 13.5.1.6; 14.6.3.3; 16.1.2.4; 16.2.4; 17.1.59.1; 18.1.80.3; 41.3.48; 41.4.2 pr.; 42.1.20; 43.19.3.10; 44.7.25.1; 44.7.31; 45.2.9 pr.; 50.17.34.

¹¹³ *Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur; qui vero depositi conventur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur; in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur.*

¹¹⁴ *Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio; an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervinientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potuit? et puto posse.*

¹¹⁵ Hay una contradicción: al principio se dice que la estipulación en favor del tercero es nula, y después que sólo es inútil. Gai. 3.103 declara en general que una estipulación en favor de terceros es inútil; Inst. Iust. 3.19.4, en cambio, que es nula.

texto la noción gayana de contrato aplicada al mutuo y a la estipulación desaparece.

Un último ejemplo es FV. 9: "El acreedor compra rectamente la prenda al deudor, ora que así se haya convenido en el comienzo del *contractus*, ora que después"¹¹⁶. Pero *exordio contractus* no significa "en el comienzo del contrato" sino "en el comienzo del contraimiento".

Así se pueden interpretar los diversos pasajes en que *contractus* aparece aplicada a figuras no contractuales en el sentido labeoniano y sí en el gayano.

6. Las concepciones de Gayo fueron desarrolladas plenamente en el derecho justiniano.

a) Justiniano desarrolló los conceptos contenidos en las *Res cottidianae* hasta llegar a una cuatripartición de fuentes, en sustitución de la tripartita de esta última obra. El nuevo sistema aparece en sus propias *Institutiones*.

Justiniano adoptó la nomenclatura de "modos" por los cuales se contrae una obligación. Así al menos se ve en la rúbrica 3.14: "De qué modos se contrae *re* una obligación" (*quibus modis re contrahitur obligatio*).

Justiniano dice haber cuatro especies de obligaciones, ya que éstas "son desde un contrato, o como desde un contrato, o desde un maleficio, o como desde un maleficio" (*aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*). Aquellas que provienen "desde un contrato" son de cuatro especies, pues se contraen *re, verbis, litteris* o *consensu*¹¹⁷.

Entre las obligaciones contraídas *re*, Justiniano sitúa a la proveniente del mutuo, el pago de lo no debido (mas para señalar, como ya Gayo en sus propias *Institutiones*, que no parece obligar *ex contractu*), el comodato, el depósito y la prenda¹¹⁸. La obligación *verbis* es la originada en una estipulación¹¹⁹. La *obligatio litteris* (de que se recuerda como algo muy antiguo y en desuso a la *transscriptio nominum*) está representada por el documento en que alguien declara haber recibido algo en mutuo sin haberlo recibido en realidad, si caducó la acción para reclamar, de modo que, pasado el plazo, el documento obliga¹²⁰. Finalmente, el consenso hace obligaciones en la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato¹²¹. Pese a haber hablado inicialmente de *maleficio* y *quasi ex maleficio*, en el desarrollo siguiente Justiniano usa la terminología *ex delicto-quasi ex delicto*.

Desenvueltas cada una de estas especies, Justiniano se refiere a las obliga-

¹¹⁶ *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sive postea.*

¹¹⁷ Inst. 3.13.2.

¹¹⁸ Inst. 3.14.

¹¹⁹ Inst. 3.15-20.

¹²⁰ Inst. 3.21.

¹²¹ Inst. 3.22-26.

ciones *quasi ex contractu*. Su concepto, igual que en Gayo, resulta por exclusión: se trata de obligaciones que propiamente no provienen de un contrato, pero que tampoco toman su origen de un delito, de modo que “parecen nacer como de un contrato” (*quasi ex contractu nasci videntur*)¹²².

Justiniano, como Gayo, enumera las obligaciones nacidas de la gestión de negocios, la tutela, el legado y el pago de lo no debido; pero añade la figura de una comunidad o copropiedad sin sociedad, incluso si provino de la sucesión hereditaria, en cuanto también ahí se generan obligaciones que no pueden atribuirse a contrato ni delito.

Para cada tipo de obligación de este género se repite el mismo argumento de Gayo: hay obligación, pero ningún negocio ha sido contraído entre las partes, por lo que la obligación nace “como de un contrato”.

En la categoría de las obligaciones nacidas de delito, Justiniano vuelve a mencionar a los cuatro ilícitos civiles tradicionales: hurto, rapiña, daño e injuria¹²³.

La parte relativa a las obligaciones *quasi ex delicto* reproduce los textos pertinentes de las *Res cottidianae*¹²⁴.

La doble categoría de obligaciones *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto* son un evidente desarrollo sistemático de la que Gayo denominó “figuras varias de causas” (*variae causarum figurae*) en las *Res cottidianae*, añadida como tercer miembro a la dicotomía institucional *ex delicto-ex contractu*. De hecho, en esa tercera categoría estaba insita e incluso insinuada la posibilidad de distinguir entre figuras cercanas al contrato y cercanas al delito; lo propio sucede con la terminología *quasi*. Pero tampoco Justiniano llegó a la sustantivación de los nombres dados a cada miembro de su división de fuentes. A lo más habla de “géneros de contratos” (*genera contractuum*) en Inst. 3.27 pr.

b) En la *Paraphrasis* de Teófilo a las *Institutiones* de Justiniano, leemos que *contractus autem est duorum vel plurium in idem conventio atque consensus* (“contrato es la convención y el consenso de dos o más en lo mismo”)¹²⁵. En esta definición predomina la que de un *pactum* había dado Ulpiano, como *duorum consensus atque conventio*¹²⁶, pero mezclada con elementos de su definición de *pactio*, como *duorum pluriumve in idem placitum consensus*¹²⁷.

Ahora bien, lo interesante es que las definiciones de *pactio* y *pactum* mezcladas vienen atribuidas al *contractus*. Comoquiera, sin embargo, que en esas definiciones no se encuentra ninguna referencia al efecto obligacional que todo *contractus* produce, Teófilo les agregó seguidamente lo siguiente: *ut obligatio constituatur et alter alteri obnoxius efficiatur* (“de manera que se constituya una

¹²² Inst. 3.27.

¹²³ Inst. 4.1-4.

¹²⁴ Inst. 4.5.

¹²⁵ TEOPH., *Paraphr.* 3.13.2.

¹²⁶ D. 50.12.3 pr.

¹²⁷ D. 2.14.1.2.

obligación y uno se haga sometido al otro”). Ahora el recuerdo de la definición labeoniana de *contractus* como *ultra citroque obligatio* es inevitable.

Una operación parcialmente semejante encontramos en D. 44.7.31: “No solamente son nulas las estipulaciones celebradas bajo condición imposible, sino también los demás contratos, como las compras y los arrendamientos, son igualmente nulos habiéndose interpuesto una condición imposible, porque [en lo que se actúa con el consentimiento de dos o más personas se atiende a la voluntad de todos], cuyo pensamiento en tal acto es sin duda alguna creer que nada se hace habiéndose impuesto una condición que saben que es imposible”¹²⁸. El texto ofrece una regla clásica que, dicha en general, es ésta: en los negocios entre vivos, la condición imposible anula el negocio. La razón de ello aparece al final del texto: cuando se conviene bajo la condición de algo que se sabe que es imposible, en realidad no se quiere convenir. Pero la cláusula intermedia del texto, transcrita aquí entre corchetes: *quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur*, es absolutamente inconducente, ya que cuando se trata de la voluntad de uno solo, como en las asignaciones testamentarias, también se podría exigir estar a la voluntad del mismo, ya que al asignar bajo una condición que se sabe imposible en realidad no se quiso asignar¹²⁹. Es claro, pues, que el asunto no depende de ser convencional o unilateral la voluntad, sino de haber voluntad. De esto se sigue que la frase recientemente transcrita es un agregado al texto original, cuya función quiso ser dejar en claro que la doctrina de la nulidad sentada en dicho texto sólo valía para los actos convencionales (o sea entre vivos).

Ahora bien, el interés que reviste el inciso estriba en que refleja la definición que de *pactio* da Ulpiano en D. 2.14.1.2: *duorum pluriumve in idem placitum consensus*; solo que ahora atribuida al *contractus*.

Los bizantinos, pues, recogieron la definición ulpiana de *pactio* y *pactio* y la transformaron en una definición del *contractus*. Teófilo las mezcló con la definición de Labeón, porque nada más pertinente encontró en sus fuentes. Pero es evidente que al obrar así los bizantinos, lo hicieron principalmente bajo la sugestión de Gayo, quien había dejado todos los elementos para entender que el contrato es un acuerdo de voluntades creador de obligaciones, salvo la formulación misma de este concepto.

De esta manera, el último derecho romano llegó a la noción de contrato familiar entre nosotros, bajo la influencia de Gayo.

¹²⁸ *Non solum stipulationes impossibili conditioni adplicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones locationes, impossibili conditione interposita aequae nullius momenti sunt, quia [in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur], quorum procul dubio in huiusmodi actu tali cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.*

¹²⁹ En materia testamentaria el efecto de la condición imposible era debatido: Gai. 3.98.

VIII. *DECLARARE VOLUNTATEM*¹³⁰

1. El verbo *declarare* significa “declarar, manifestar, expresar” con palabras. Como deriva de *clarus*, a oídos latinos sonaba como queda dicho pero en el sentido de “poner o dejar en claro, esclarecer, aclarar”. No denota, pues, la dicción constitutiva o dispositiva de un nuevo estado de cosas antes inexistente, sino la dicción de los límites de uno preexistente. Según los contextos, pues, se puede traducir por “indicar, señalar, revelar, descubrir, demostrar, testimoniar”, etc.

2. La expresión *declarare voluntatem* ciertamente significa “declarar, expresar, manifestar la (una) voluntad”¹³¹. Supone, pues, un proceso psicológico-volitivo interno que es puesto en claro, aclarado o esclarecido, mediante palabras orales o escritas e incluso a través de gestos. Mas, por sí mismo, declarar la voluntad no constituye una actuación jurídica; es un hecho, cuya relevancia jurídica depende del derecho objetivo. Sólo ya por esto se explica que la expresión no haya sido adoptada como técnica para designar genéricamente las actuaciones jurídicas. A lo que se agrega la circunstancia de que en algún caso la expresión aparezca empleada con relación a una conducta delictual. En realidad, ella resulta ser más bien un modo de decir.

Un buen ejemplo de su uso para designar un acto irrelevante para el derecho aparece en D. 29.2.62 pr., de Javoleno: “Dice Antistio Labeón que si uno hubiese sido instituido en esta forma: ‘sea heredero, si jurare’, aunque jurare, no habrá de ser, sin embargo, heredero inmediatamente, antes de que gestionare algo como heredero, porque, jurando, más parece haber declarado su voluntad. Yo opino que si jurare como heredero, gestionará suficientemente como heredero; lo mismo Próculo y usamos de este derecho”¹³². El testador instituyó a alguien como heredero bajo la condición “si jurare” (tal cosa, que no interesa al caso). El instituido jura. Entonces se plantea un problema jurídico de calificación objetiva de este último acto. Partiendo de la base que una herencia se puede aceptar mediante actuaciones del instituido que supongan la calidad de heredero (*pro herede gerere*), se pregunta si el juramento del cual se trata puede ser considerado como aceptación, de modo que baste para convertir en heredero al instituido. Labeón opinaba que no. Es cierto que, con jurar, el instituido pone en claro su voluntad o intención de ser heredero (*voluntatem suam declarare*); de lo contrario no juraría; pero también es cierto

¹³⁰ BETTI, E., “*Declarare voluntatem*” nella dogmatica bizantina, en *Studi in memoria di Emilio Albertario* (Milano, Giuffrè, 1953), vol. II, p. 419 ss.

¹³¹ En el lenguaje clásico (y postclásico), en cambio, no existe una expresión como “*declaratio voluntatis*”, que sería la equivalente de nuestra “declaración de voluntad”. De hecho, en las fuentes jurídicas ni siquiera es usado el sustantivo “*declaratio*”, que suele aparecer, no obstante, en Cicerón.

¹³² *Antistius Labeo ait, si ita institutus sit ‘si iuraverit, heres esto’, quamvis iuraverit, non tamen eum statim heredem futurum antequam pro herede aliquid gesserit, quia iurando voluntatem magis suam declarasse videtur. Ego puto satis eum pro herede gessisse, si ut heres iuraverit; Proculus idem, eoque iure utimur.*

que no actúa efectivamente como tal. Labeón razonaba quizá dominado por la idea de que jurar no es algo que objetivamente pueda ser visto como acto propio de un heredero. Con su solución el jurista sentaba una doctrina rigorista de la aceptación: la de no ser suficiente una mera voluntad de ser heredero y resultar necesaria una efectiva actuación en calidad de tal. Próculo y Javoleno, en cambio, opinaban que el juramento, aunque objetivamente considerado no sea acto de heredero, en el contexto de ese concreto testamento sí lo es, de modo que cuando el instituido jurara en cuanto heredero, ello debía ser mirado como acto de tal y valer, por ende, como *pro herede gerere*, esto es, como aceptación. De este pasaje nos interesa la contraposición *gerere-voluntatem declarare* establecida por Labeón. Para éste, el concreto *declarare voluntatem* en que consiste el asunto es únicamente la manifestación de una volición o intención, sin relevancia para el derecho, ni en cuanto volición o intención, ni en cuanto declaración. Es la aclaración de un estado psicológico, que no se toma, empero, en cuenta. Un ejemplo, en cambio, del uso de la expresión para designar cierta conducta delictual viene en D. 29.2.21 pr., de Ulpiano: “Si un extraño tiene una cosa hereditaria como substractor o expoliador¹³³, no gestiona como heredero; pues lo perpetrado declara una voluntad contraria”¹³⁴. Se trata de un heredero voluntario o extraño (esto es, que puede aceptar o repudiar libremente la herencia), quien sustrajo una cosa hereditaria y hay que saber si eso puede entenderse como acto de heredero y de aceptación de la herencia por ende. Supuesto que realmente se trate de una actuación dolosa, el que sustrae tal cosa no actúa como heredero, dice Ulpiano, sino al revés, como un no heredero, pues tiene una voluntad contraria a la de éste. Su acto demuestra o declara dicha contraria voluntad.

Por otro lado, casi tan decisivo como lo anterior es el escaso empleo de la expresión en las fuentes: no más de cinco veces genuinas o no interpoladas¹³⁵. Y no deja de ser significativo que en todos los casos se relacione con disposiciones y actuaciones concernientes al derecho sucesorio y en especial, con la voluntad del testador declarada en el testamento, mas no para designarla técnicamente, sino para analizarla desde el punto de vista de la congruencia entre su voluntad y la expresión oral o escrita, esto es, en sede interpretativa, ya que es precisamente en materia testamentaria en donde la jurisprudencia pone mayor atención al tema de la *voluntas*.

He aquí los textos: (i) D. 34.5.13.6, de Juliano: “Asimismo, si un padre de familia hubiera escrito así en su testamento: ‘si me nace algún hijo o alguna hija, sea mi heredero; si mi hijo o hija no fuere heredero, sea heredero Seyo’, no declaró suficientemente su voluntad, si es que quiso que el extraño fuera heredero no de otro modo que cuando ni el hijo ni la hija fuera(n) heredero(s)”¹³⁶. Se trata de una institución en favor de los hijos

¹³³ *Expilans*, esto es, autor del *crimen expilatae hereditatis*, un tipo especial de hurto de cosas hereditarias.

¹³⁴ *Si quis extraneus rem hereditariam quasi subripiens vel expilans tenet, non pro herede gerit; nam admissum contrariam voluntatem declarat.*

¹³⁵ No es genuina en D. 1.3.32.1 24.3.8 pr. Cod. Iust. 1.3.54.6 conserva una constitución de Justiniano.

¹³⁶ *Item si pater familias in testamento ita scripserit: 'si quis mihi filius aut filia geni-*

futuros y de una sustitución en favor de un extraño (Seyo). El jurista dice que si lo querido por el testador fue que el extraño recibiese la herencia como sustituto sólo en el caso en que ambos instituidos en primer grado, el hijo y la hija previstos, no resultasen ser herederos, esto no aparece claro en las palabras testamentarias escritas, que, en efecto, dan a entender que es suficiente para operar la sustitución que uno de ambos instituidos, el hijo o la hija, no sea heredero, aunque lo sea el otro. Para describir esto el jurista dice del testador que “no declaró suficientemente su voluntad” (*non satis voluntatem suam declaravit*), o sea, que no se expresó bien. Aunque la disposición testamentaria de que se trata sea un acto jurídico, no se la alude aquí en cuanto tal, sino en cuanto porta un problema de coherencia entre lo querido y lo expresado y se trata, por ende, de un problema de interpretación de la voluntad del causante. (ii) Frag. Vat. 256a, de Papiniano: “Respondí que el padre rectamente había hecho donación a la hija bajo potestad cuando prelegó fundos propios a la otra hija y añadió ‘excepto los que doné a tu hermana’. Pues en el testamento la liberalidad apareció confirmada y declarada abiertamente la voluntad del padre; lo cual es suficiente para el juicio de partición, incluso cuando faltan los términos de derecho”¹³⁷. La donación de unos fundos que el padre hizo a una hija sometida a su potestad no vale; pero si el padre prelegó los fundos a otra¹³⁸, exceptuados los donados a su hermana, esta última cláusula tiene el valor de confirmar la donación inválida (mediante su conversión en un prelegado a su vez) y demuestra claramente su voluntad en orden a cómo deben distribuirse los fundos por el juez partidor, aunque todo esto en términos de derecho haya sido muy deficientemente expresado. Nuevamente, pues, el recurso a la “voluntad declarada” no es en función de designar la cláusula en cuanto acto jurídico, sino de interpretarla en cuanto abierta portadora de la voluntad del testador. (iii) D. 26.2.29, de Papiniano: “En virtud del sentido del senadoconsulto Liboniano, no será tutor el que a sí mismo se nombró como tutor para el pupilo; mas, cuando no fuera ambigua la voluntad del padre, que con su mano declaró esto mismo, respondí que aquél debe ser designado curador, aunque hubiera otros tutores...”¹³⁹. Según la costumbres romana, el testador dictaba sus disposiciones testamentarias a un amanuense o escriba. El senadoconsulto Liboniano invalidó los legados escritos en favor del que escribió un testamento (para evitar distorsiones a la voluntad del autor) y la jurisprudencia, por analogía, extendió la invalidez a otras disposiciones, como el nombramiento de tutor (de donde que en el texto se hable de la *sententia* de la norma, es decir, de su sentido). En su dictamen, Papiniano introduce una restricción: si hay un nombramiento como tutor en favor del que escribió el testamento, pero el testador (el padre del pupilo) ratificó este nombramiento, se debe designar (confirmar) al favorecido como tutor (por el magistrado). Para ello

tur, heres mihi esto; si mihi filius aut filia heres non erit, Seius heres esto’, non satis voluntatem suam declaravit, si non aliter extraneum heredem esse volet, quam si neque filius, neque filia heres sit.

¹³⁷ <Recte filiae in potestate patrem donasse respondi> *cum alteri filiae propria praedia praelegaret et adiecisset ‘exceptis quae sorori tuae donavi’. Nam et testamento liberalitatem confirmatam et aperte patris declaratam voluntatem: quod divisionis arbitrio sufficit, iuris quoque verbis deficientibus).*

¹³⁸ Como se sabe, llámase “prelegado” al legado que se deja en favor de un heredero. El no produce efectos *ipso iure* y se hace operativo por el árbitro en el juicio de partición de herencia, mediante la adjudicación al heredero de la cosa a él prelegada.

¹³⁹ *Ex sententia senatusconsulti Liboniani tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit; cum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, curatorem dandum respondi...*

Papiniano exige que la voluntad del padre en orden a querer designar al escriba no sea ambigua, lo que se manifiesta en el hecho de haber escrito algo de su propia mano en el documento¹⁴⁰.

De esta manera, pues, la forma verbal *declarare voluntatem* no puede en ningún caso aproximarse siquiera al sentido que tiene entre nosotros el giro sustantivo “declaración de voluntad”, a saber: como la manifestación de una voluntad preceptiva, fundada en la autonomía privada (o en la potestad pública¹⁴¹).

IX. STIPULATIO

En el derecho romano de todas las épocas, la palabra “estipulación” (*stipulatio*) tuvo un carácter totalmente técnico, pero no genérico, pues es el nombre propio y específico de un determinado acto jurídico¹⁴². Se trata de un acto entre dos partes, consistente en que una dirija oralmente una pregunta formal o solemne a la otra, en el sentido de si está dispuesta a dar, hacer o no hacer algo, que esta última responde oral, inmediata, afirmativa, congruente y adhesivamente. Por ejemplo: ¿Prometes que me han de ser dados 10.000 sestercios? ¡Prometo! (*Sestertium X milia mihi dari spondesne? Spondeo!*). El que pregunta se llama “estipulante” (*stipulator* o *reus stipulandi*), y “promitente” el que responde (*promissor* o *reus promittendi*)¹⁴³.

En D. 45.1.5.1, Pomponio da esta definición: “La estipulación es una fórmula de palabras con la que quien es interrogado responde que dará o hará aquello que se le interrogó”¹⁴⁴. Cfr. D. 44.7.1.7 = Inst. 3.15 pr.: “Se contrae una obligación con palabras mediante pregunta y respuesta, cuando estipulamos que se nos dé o haga alguna cosa”¹⁴⁵. Se recordará que para Gayo, la *stipulatio* es un acto de aquello que generan *obligationes ex contractu* (Gai. 2.89; 2.92 ss.).

La estipulación es esencialmente una forma de obligarse. Por ello está sometida rigurosamente a ciertas exigencias o requisitos solemnes derivados de

¹⁴⁰ Del mismo Papiniano se pueden ver, además, D. 26.7.3.1; 37.11.11.2 y 40.5.22.1, en que se habla de “*declarare velle*” (declarar querer).

¹⁴¹ Como en la definición de la ley contenida en el art. 1 CC. Chile: “*declaración de la voluntad soberana*”.

¹⁴² Por tal razón no deberíamos tratar este término en el presente estudio. Si lo hacemos, es por el amplio sentido que ha llegado a tener en el derecho moderno, en donde equivale a “cláusula, acuerdo, convenio” y hasta a “contrato”.

¹⁴³ D. 45.2.1.

¹⁴⁴ *Stipulatio autem est verborum conceptio quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit.*

¹⁴⁵ *Verbis obligatio contrahitur ex interrogazione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur.*

su propia estructura: (i) tanto la pregunta como la respuesta deben ser pronunciadas oralmente (*verbis*)¹⁴⁶, es decir, “hablando una y otra parte” (*utroque loquente*); (ii) ambas partes deben estar presentes en el acto¹⁴⁷; (iii) la respuesta debe seguir inmediatamente a la pregunta (*continuus actus*)¹⁴⁸; (iv) la pregunta tiene que contener ciertos verbos prescritos, que deben ser repetidos en la respuesta. Tales son: *spondes? spondeo!* (sólo utilizables por ciudadanos romanos), *promittis? promitto!*; *dabis? dabo!*; *facies? faciam!*¹⁴⁹; (v) la respuesta tiene que ser congruente con la pregunta, y en realidad constituye una entera adhesión al contenido de aquélla, manifestada con el uso del mismo verbo ya empleado en la pregunta sin más ni menos.

El efecto normal de una *stipulatio* es crear una obligación civil y convertir al promitente en deudor del estipulante.

Una *stipulatio* suele ser reducida a escritura (*cautio, chyrographum*), pero ello solo a modo de prueba, no como solemnidad. Por ende, si en un documento se dice haberse celebrado cierta estipulación, pero de hecho no tuvo lugar la solemnidad oral antes descrita, no hay obligación.

X. PROMISSIO. PROMISSUM. POLLICITATIO

1. Los juristas clásicos usan tres términos que guardan alguna conexión entre sí.

a) El primero es *promissio*. Cuando el acto unitario en que consiste la *stipulatio*, precedentemente tratada, es idealmente descompuesto en los actos parciales operados por cada una de sus partes, entonces el de aquella que resulta como deudora, es decir, su respuesta a la pregunta del estipulante, recibe precisamente el nombre de *promissio*¹⁵⁰, debido a lo cual dicha parte se llama, como antes se dijo, *promissor* o *reus promittendi*. En este sentido, pues, una *promissio* no constituye un acto autónomo e independiente o con propio valor, sino llanamente la componente de un acto total; y cuando se emplea el término en dicho sentido siempre se supone que previamente hubo la pregunta de un estipulante. En otras palabras, la promesa no es otra cosa que una estipulación total si bien mirada desde el punto de vista del que responde.

Por lo que atañe al carácter del vocablo con este significado, cabe repetir lo dicho para la palabra *stipulatio*, a saber: es técnico, pero con un valor muy específico.

b) También se adopta el término *promissio*, igual que el sustantivo *promis-*

¹⁴⁶ D. 45.1.1 pr.

¹⁴⁷ D. 45.1.1 pr.

¹⁴⁸ D. 45.1.1.1; 45.1.137 pr.

¹⁴⁹ Gai. 3.92; PS. 2.3.

¹⁵⁰ Cfr. D. 50.16.7: “Se llama ‘esponsión’ no sólo a la que se hace por interrogación del esposo, sino a toda estipulación y promisión” (*‘Sponsio’ appellatur non solum quae per sponsus interrogacionem fit, sed omnis stipulatio promissioque*).

sum, para designar cualquier declaración estructuralmente unilateral (esto es, no formulada como respuesta a una pregunta ni en espera de una aceptación) en orden a dar, hacer o no hacer¹⁵¹. Pero esta figura que obedece al nombre de *promissio* (o *promissum* o *nuda promissio*) en tal significado se diferencia absolutamente de aquella que es parte de una *stipulatio* en esto: en que, por regla general, no engendra obligación para el promitente ni, por ende, acción en su contra.

c) Todavía, empero, hay un tercer término que viene a confundirse con *promissio*, *promissum* o *nuda promissio* en el sentido de promesa estructuralmente unilateral, como es *pollicitatio*¹⁵². Pero este último es usado preferentemente para designar las promesas unilaterales en favor de una *civitas* (*municipium*, *colonia*), que cuando son formuladas por ciertas causas, dejan obligado al promitente.

2. También, pues, los términos *promissio* y *promissum* tienen sentido técnico, pero carecen de un valor general, que no sea el proveniente del régimen negativo de no producir efectos jurídicos atribuido a las figuras designadas con ellos. Sólo *pollicitatio*, amén de técnico tiene valor positivo, pero muy específico.

3. En la época clásica, existió un negocio típico, denominado *dotis dictio* (*dotis dicere*), que consiste en una declaración oral y formal del dotante, por el que éste dice que algo quedará en dote, sin que preceda una interrogación del marido, ni que se requiera una aceptación suya, como por ejemplo: “Tendrás 100 en dote de mi hija” (*Doti filiae meae tibi erunt centum*). Por lo tanto, en el acto sólo habla el dotante (*uno loquente*), y con tal estructura unilateral esta figura viene a apartarse de las estipulaciones en cuanto no se rige por el esquema pregunta-respuesta¹⁵³. Pese a ello, deja obligado al declarante. Aunque, si de formular una teoría general de las declaraciones unilaterales (*promisiones*, *promissa*, *pollicitationes*) se tratara, este acto cabría en su interior por obedecer al género, los romanos nunca lo asimilaron, porque el efecto obligacional que produce deriva de su tipicidad formal y material, no de pertenecer a dicho género.

Si lo mencionamos aquí es por otra razón. Justiniano abolió esta figura dotal, a consecuencia de lo cual todas las menciones a ella que originalmente

¹⁵¹ Vid. D. 50.12.3 pr., en donde se establece la diferencia entre *pactum* y *pollicitatio* con base en la bilateralidad de aquél y la unilateralidad de ésta: “Un pacto es el consenso y convención de dos; una policitación, en cambio, es la promesa de sólo el oferente” (*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*).

¹⁵² D. 21.1.19.2: “Se distingue 'lo dicho' de 'lo prometido' en esto: entendemos por 'lo dicho' lo que se expresó solamente con la palabra y acaba en mera conversación; pero 'lo prometido' puede referirse tanto a la nuda promesa o policitación como a la esponsión” (*Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur; promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum*). Las policitaciones están tratadas en D. 50.12.

¹⁵³ Gai. 3.95a (integrado con base en Epit. Gai. 2.9.3); Tit. Ulp. 6.2.

aparecían en los escritos jurisprudenciales y legales recogidos en el *Corpus Iuris Civilis* fueron sistemáticamente suprimidas y reemplazadas por *promissio* (*promittere*) *dotis*, de modo que, en el nuevo contexto, la voz *promissio* adquirió el sentido de promesa unilateral con efecto obligatorio en un ámbito distinto al de la clásica *pollicitatio*. Esto tuvo su importancia para las discusiones medievales y modernas acerca del efecto de tales declaraciones, aunque no permita extraer ninguna conclusión dogmática general válida para el derecho romano, ni siquiera justiniano.

XI. CONCLUSION

Sólo prejuiciados por nuestras propias concepciones tenderíamos a ordenar rigidamente la terminología romana desde la más general a la más particular. De acuerdo con ello, entonces resultaría el siguiente orden: en primer lugar *actus*, como aplicable a cualquier actuación jurídica estructuralmente uni o bilateral, de efecto real u obligacional, entre vivos o por causa de muerte, resultando ser, así, el término más amplio. En seguida vendría *negotium*, limitado, empero, a los actos entre vivos, bilaterales y onerosos. Después *conventio*, para los actos entre vivos de estructura bilateral, produzcan o no efecto obligacional; a que seguiría *pactum* (*pactio*) como especie particular y técnica de *conventio*. Se presentaría posteriormente *contractus*, que en Labeón no necesariamente quedaría subordinado a *conventio*, y ni siquiera a *actus* ni a *negotium*, aunque sí en Gayo. *Declarare voluntatem* carecería de lugar en el derecho clásico; en el postclásico su lugar estaría después de *actus*. *Stipulatio*, en cuanto designa a un negocio específico y formalmente típico, es un *actus*; también un *negotium* (si no encierra una liberalidad) y un *contractus* para Gayo. *Promissio*, en tanto designa un aspecto de la estipulación, en nada se diferencia de ella. *Promissum* (*promissio*) considerado como actuación unilateral sería un *actum*, lo mismo que *pollicitatio*.

Pero todo esto es históricamente irreal. Ni los clásicos ni los postclásicos intentaron siquiera construir un esquema lógico de denominaciones al estilo del que figuran en nuestros modernos manuales de derecho civil. Ellos se limitaron a adoptar ciertas denominaciones más o menos genéricas y más o menos técnicas según las necesidades de cada exposición particular, sin pretender encerrar todo el mundo de la actuación jurídica en un esquema prefijado. Al juzgar su terminología, ella siempre fallará por algún flanco. Sólo que esta falla resulta tal para nuestros actuales gustos, no para esos juristas cuyas preocupaciones no eran precisamente sistemáticas.

En este sentido, de los romanos hemos heredado desde luego la terminología, una leve ordenación que de todos modos se trasunta naturalmente y ciertos conceptos denominados de determinada manera; pero a todos ello le hemos agregado el espíritu sistemático, que no fue ciertamente romano. Hubo de ser, en efecto, bajo un posterior espíritu de sistema que el arsenal más o menos técnico y más o menos general de nombres conservado en el Digesto recibió una ordenación lógica. Ello formó parte del proceso de la construcción moderna de la teoría del acto-negocio jurídico.

XII. EL VOCABULARIO TECNICO GENERAL DEL DERECHO ROMANO
 PARA LAS DECLARACIONES PRECEPTIVAS¹⁵⁴

En el lenguaje de los juristas, los términos que más se asemejan en su significado jurídico a nuestro sustantivo “declaración” considerado en sentido técnico, esto es, como declaración preceptiva de autonomía privada, sea uni o bilateral, son *lex*¹⁵⁵ y *pactum*¹⁵⁶. El acto de “declarar” aparece como *legem dicere*¹⁵⁷, *legem dare*¹⁵⁸ o *ea lege dare*¹⁵⁹ (*venire*¹⁶⁰, *donare*¹⁶¹) y *pacisci*¹⁶². La palabra *condicio*, aparte su significado más específico de “condición suspensiva”, también se usa para designar una declaración preceptiva incluida en un negocio mayor, y tiende a confundirse con *pactum*¹⁶³. En materia testamentaria se usan *nuncupare*¹⁶⁴ y *nuncupatio*¹⁶⁵

Una declaración formulada en la *mancipatio* se llama *lex in mancipio dicta* o *data*. También las declaraciones que dan su contenido atípico a un contrato típico se llaman *leges dictae*. Las *leges dictae*, aunque sean eficaces por haber sido aceptadas por la contraparte del negocio bilateral en que fueron incorporadas, aparecen como unilaterales, en el sentido de impuestas a aquélla. Con la palabra *pactum*, en cambio, se acentúa la bilateralidad negocial. Suele hablarse de *lex mancipationis*¹⁶⁶ (“ley de la mancipación”), *lex*

¹⁵⁴ PERNICE, Alfred, *Labeo. Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (1882, reimp. Aalen, Scientia, 1963), Teil A, p. 472-487, Teil E, p. 97-114; GEORGESCU, V., *Essai d'une théorie générale des leges privatae* (Paris, Rousseau, 1932); EL MISMO, 'Lex contractus'. *Contribution à la théorie générale de l'acte juridique en droit romain*, en *Etudes de philologie juridique et de droit romain* (Bucarest, 1940), vol. I, p. 345 ss.; PLACHY, Adolfo, *Contributo alla teoria delle 'leges contractus' del diritto romano pubblico*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 47 (1940), p. 74 ss.; D' ORS, A., *Las declaraciones jurídicas en el derecho romano*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 34 (1964), p. 565 ss.

¹⁵⁵ D. 2.14.7.5; 14.1.1.12; 16.3.1.6; 18.1.40 pr.; 45.1.52.

¹⁵⁶ D 11.7.11. Cfr. la distinción en D. 50.17.73.4: “ni pactando, ni declarando, ni estipulando puede uno proveer algo para otro” (*nec paciscendo, nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*).

¹⁵⁷ Por ejemplo: D. 18.1.40.1; 18.1.78 pr.; 18.3.5; 18.5.10 pr.; 23.4.20.1; 40.7.15.1; 50.16.126.

¹⁵⁸ D. 2.14.7.5; 23.4.7; 41.1.52 pr.; 45.1.52 pr.

¹⁵⁹ Gai. 1.140; 1.172.

¹⁶⁰ D. 11.7.11.

¹⁶¹ D. 45.1.135.3.

¹⁶² D. 2.14.48 itp. *traditionibus* por *mancipationibus*.

¹⁶³ PERNICE, Alfred, *Labeo. Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (1882, reimp. Aalen, Scientia, 1963), Teil A, p. 474 n. 3; Teil E, p. 30. s. Un ejemplo muy característico en D. 18.1.6.2: “La condición que fue dicha al inicio del contrato, puede ser mudada después por otro pacto” (*condicio, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest*).

¹⁶⁴ Gai. 2.104: “nuncupar es declarar en público” (*nuncupare est palam nominare*).

¹⁶⁵ Gai. 2.104; Tit. Ulp. 20.9.

¹⁶⁶ D. 8.2.17.3 itp. *traditionis* por *mancipationis*; D. 8.4.6 pr. itp. *traditioni* por *manci-*

*contractus*¹⁶⁷ (la “ley del contrato”), *lex testamenti* (la “ley del testamento”), y, más específicamente, de *lex venditionis*¹⁶⁸ (“ley de la venta”), *lex locationis conductionis*¹⁶⁹ (“ley del arrendamiento”), *lex donationis*¹⁷⁰ (“ley de la donación”), etc. no para indicar que la *mancipatio*, el contrato, el testamento, o la venta, el arrendamiento, la donación sean una ley, sino para señalar que uno y otro contienen estas leyes. Ulpiano habla de *lex privata* en D. 8.4.13 pr. Un buen ejemplo es, por ende, ese texto, que dice: “El vendedor del fundo Geroniano había dado para el fundo Botriano, que retenía, la ley de que frente a él no se practicara la pesca del atún. Aunque por una ley privada no puede imponerse servidumbre al mar, que por naturaleza está expedito para todos, sin embargo, como la buena fe del contrato exige que se observe la ley de la venta, las personas de los que poseen o de los que les suceden en su derecho, están obligadas por la ley de [la estipulación o ¿itp?] la compraventa”¹⁷¹.

Con todo, aunque *pactum*, según se vio, es palabra general y técnica, se restringe en su significación debido al limitado efecto que produce la convención así designada. *Lex dicta*, en cambio, si bien es expresión técnica y relativamente general, asimismo se ve restringida en cuanto no alude al negocio entero, sino a sus cláusulas parciales. Así, no cabe decir que el contrato de compraventa sea una *lex dicta*, aunque sí que dicho contrato puede contenerlas. Por ello los juristas suelen decir que los acuerdos concretos a que llegan las partes dan su ley, esto es, su contenido preceptivo, al contrato¹⁷². No bien, pues, *lex dicta* se aproxime a lo que nosotros queremos decir con “declaración (preceptiva)”, en ningún caso puede ponerse en paralelo con “declaración de voluntad” en su significación general y abarcador.

pationi.

¹⁶⁷ FV. 8; 11; D. 16.3.24; 19.5.8; 50.17.23; cfr. D. 19.1.13.26 = FV. 11.

¹⁶⁸ D. 2.4.10.1; 18.1; 22; 18.1.33; 18.1.60; 18.3.8; 18.7.6.1; 19.1.53.2.

¹⁶⁹ D. 17.2.77; 19.2.25.3; 19.2.29; 19.2.55.2; 19.2.61 pr.; D. 43.17.3.7; 43.18.1 pr.

¹⁷⁰ D. 1.5.22; 39.5.33.1; 39.6.42.1; 40.2.16.1; 40.8.8.

¹⁷¹ *Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per [stipulationis vel ¿itp?] venditionis legem obligantur.*

¹⁷² D. 2.13.7.5; 16.3.1.6; 16.3.24; 19.1.13.26; 19.5.18