

*CAUSAE CREDENDI Y OBLIGATIO RE CONTRACTA*  
 EN LAS *RES COTTIDIANAE*\*  
 [*Causae Credendi and Obligatio re Contracta in Res Cottidianae*]

ADOLFO WEGMANN STOCKEBRAND\*\*  
 Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

A diferencia de las Instituciones de Gayo, en las que la *mutui datio* aparece solitaria, como único supuesto de *obligatio re contracta* (Gai. 3,90), las *res cottidianae* agregan inmediatamente después de la explicación de esta figura (D. 44,7,1,2) la obligaciones contraídas, respectivamente, por el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, mediante el uso de las expresiones genéricas *re obligatur* y *re tenetur* (D. 44,7,1,3-6). Con todo, la expresión técnica *re contrahitur obligatio* permanece en esta obra reservada al mutuo. Lo anterior ha motivado la *communis opinio* según la cual este texto sería el punto de partida de la categoría de los contratos reales de la tradición romanística hasta nuestros días, es decir, compuesta por mutuo, comodato, depósito y prenda. Sin embargo, a nuestro juicio, en las *res cottidianae*, lejos de establecerse una nueva noción del *re contrahere*, lo que

ABSTRACT

Unlike the Institutes of Gaius, in which *mutui datio* stands alone, as the only assumption of *obligatio re contracta* (Gai. 3,90), the *res cottidianae*, right after the explanation of this leading legal aspect (D. 44,7,1,2), add the obligations undertaken by the bailee, custodian and the pledgee respectively, by using the generic terms *re obligatur* and *re tenetur* (D. 44,7,1,3-6). Nonetheless, the technical term *re contrahitur obligatio* refers, in this work, to the mutuum. This has encouraged the *communis opinio*, by which this writing is the starting point for the real contracts category from the Romanistic tradition up to the present day, that is, composed of mutuum, bailment, deposit and lien. However, we believe that in *res cottidianae*, far from establishing a new concept of *re contrahere*, it instead confirms its classical structure, restricted to the mutuum and the approach

\* Lista de abreviaturas: *AHDE*. = Anuario de Historia del Derecho Español; *AUPA*. = Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo; *BIDR*. = Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'; *ED*. = Enciclopedia del Diritto; *Iura* = Iura: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico; *RChD*. = Revista Chilena de Derecho; *RD*. (Valdivia) = Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile; *RDN*. = Revista de Derecho Notarial; *RDP*. (Externado) = Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia; *REHJ*. = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos; *SDHL*. = Studia et Documenta Historiae et Iuris; *TR*. = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis; *RISC*. = Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche; *ZSS*. = Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung).

\*\* Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de derecho privado (derecho romano y derecho civil) en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aawegman@uc.cl. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt de Iniciación en Investigación N° 11170478 *Aliud est enim credere, aliud deponere. Sobre la relación entre causas crediticias y depósito en el derecho romano clásico*, del cual el autor es investigador responsable.

se hace es confirmar su estructura clásica, restringida al mutuo, y el acercamiento que se verifica entre el *mutuum*, por una parte, y el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*, por la otra, obedece más bien a la necesidad práctica de constatar que, desde una perspectiva procesal, la obligación de *reddere* del comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, se hace valer por medio de acciones honorarias estrictamente restitutorias construidas según el modelo de la *condictio* que el mutuante ejerce contra el mutuario. Luego, estos cuatro negocios se vinculan no en cuanto *obligationes re contractae*, sino que en cuanto *causae credendi*.

that is verified between the *mutuum*, on one hand, and the *commodatum*, *depositum* and *pignus*, on the other hand. This is rather driven by the practical need to prove that, from a procedural perspective, the obligation of the bailee, depository and pledgee to *reddere* is availed through strictly restorative honorary actions, built on the basis of the *condictio* model that the lender applies against the borrower. Then, these four business activities are linked on the basis of the *causae credenda* and not on *obligationes re contractae*.

## PALABRAS CLAVE

*Causa credendi* – *obligatio re contracta* – *res cottidianae* – mutuo – comodato – depósito – prenda.

## KEYWORDS

*Causa credendi* – *obligatio re contracta* – *res cottidianae* – *mutuum* – bailment – deposit – lien

RECIBIDO el 29 de octubre de 2018 y ACEPTADO el 26 de febrero de 2019

## INTRODUCCIÓN

El *Index Florentinus* menciona, dentro de la serie de obras jurisprudenciales empleadas por los compiladores justinianos para la formación de los cincuenta libros de los *Digesta*, un texto denominado *aureon*, atribuido explícitamente a Gayo, y que en las *inscripciones* de los veintiún fragmentos en los que se le cita recibe ocasionalmente los títulos de *aurea* (seguramente en el sentido de “reglas jurídicas de oro”), o bien, de *res cottidianae* (es decir, jurisprudencia cotidiana, enseñanzas o doctrinas jurídicas elementales). Con independencia de cuál haya sido el título exacto de esta obra<sup>1</sup>, lo cierto es que alude a una presentación sucinta de los rudimentos del derecho; en palabras de Cannata, un *vade mecum* del abogado (más que del jurista) romano<sup>2</sup>. Tanto la sencillez de su discurso como su orden sistemático han sido vistos por parte de la doctrina como indicios de un supuesto origen postclásico de la obra<sup>3</sup>. Otra parte de la doctrina, a la cual

<sup>1</sup> Su título completo pudo ser probablemente *Gaii rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*. Es dable sostener que dicho título fue abreviado por los compiladores justinianos, lo que justificaría las variaciones que se advierten en los fragmentos del Digesto en que se cita. Así, por ejemplo, la *inscriptio* de D. 7,1,3 (Gai. 2 res cott.) reza *Gaius libro secundo rerum cottidianarum vel aureorum*; la de D. 18,6,2 (Gai. 2 res cott.), en cambio, es *Gaius libro secundo cottidianarum rerum*; en D. 40,2,7 (Gai. 1 res cott.) se lee *Gaius libro primo rerum cottidianarum sive aureorum*, mientras que en D. 44,7,1 (Gai. 2 res cott.) se hace referencia a *Gaius libro secundo aureorum*. Una hipótesis reconstructiva del orden original de los fragmentos de esta obra conservados en el Digesto en LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis* (Leipzig, 1889), I, c. 251 ss.

<sup>2</sup> CANNATA, Carlo Augusto, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo* (Torino, 2008), II, p. 104.

<sup>3</sup> En este sentido p. ej. COMA FORT, José María, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*

adherimos, se inclina por la autoría gayana del texto, tratándose básicamente de una reelaboración de las *Institutiones*<sup>4</sup>. En efecto, no solo las *inscripciones* antes aludidas, así como la constitución imperial introductoria de las Instituciones de Justiniano<sup>5</sup>, mencionan sin excepción a Gayo (y no hay argumentos suficientes para pensar en una falsificación sistemática llevada a cabo por los compiladores), sino que los fragmentos extraídos de las *res cottidianae* presentan en sus aspectos de fondo (no así siempre en los de forma) una clara impronta gayana<sup>6</sup>. El *onus probandi* recae, por tanto, en quienes rechazan la atribución de las *res cottidianae* a Gayo, no en quienes asumen como verdadero el testimonio de las fuentes<sup>7</sup>. En todo caso, la cuestión, calificada por Kaser como un hierro ardiente<sup>8</sup>, permanece abierta, y nadie se encuentra en condiciones de afirmar algo al respecto con total seguridad, entre otros motivos por la lamentable escasez de trabajos dedicados a estudiar la obra con la exhaustividad que amerita<sup>9</sup>.

Uno de los principales escollos que ha encontrado la doctrina para defender eficazmente la autoría gayana de las *res cottidianae* radica en que éstas se diferencian en muchos aspectos del orden de materias —el así llamado sistema externo— de las *Gai Institutiones*. Uno de estos aspectos es objeto del presente estudio, a saber, el tratamiento de las *causae credendi* y su vínculo con la noción de *obligatio re contracta*. Ello, porque a diferencia de sus Instituciones, donde Gayo menciona la *mutui datio* (*causa credendi* por antonomasia) como único supuesto de *re contrahere* y, por tanto, como único contrato real según la nomenclatura moderna<sup>10</sup>, cuestión a la que hemos dedicado anteriores trabajos<sup>11</sup>, en las *res cottidianae* agrega inmediatamente después de una explicación del *re contrahere* que en lo sustancial equivale a la expuesta en Gai. 3,90 (es decir, limitada al *mutuum*)<sup>12</sup>, el

---

(Madrid, 1996), pp. 211 ss.; KUNKEL, Wolfgang; SCHERMAIER, Martin, *Römische Rechtsgeschichte*<sup>14</sup> (Köln-Weimar-Wien, 2005), pp. 189 ss.; CANNATA, *Materiali II*, cit. (n. 2), pp. 103 ss.

<sup>4</sup> Véase por todos WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte* (München, 2006), II, p. 116.

<sup>5</sup> *Const. Imp.* § 6.

<sup>6</sup> En este sentido p. ej. FALCONE, Giuseppe, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, en CAPOGROSSI-COLOGNESI/CURSI (eds.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010)* (Napoli, 2011), p. 17; MARTINI, Remo, *Gaio e le res cottidianae*, en *AUPA.*, 55 (2012), p. 188.

<sup>7</sup> SCHULZ, Fritz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, 1961), p. 202, en una suerte de *media sententia*, se inclina a favor de una tesis más bien ecléctica, según la cual estaríamos en presencia de un *hypomnema*, que pudo haber sido redactado por un profesor de derecho de época clásica (pero que en ningún caso se contaba entre los grandes jurisconsultos de su tiempo), y que habría sido reelaborado en época postclásica.

<sup>8</sup> KASER, Max, *La classicità di Gaio*, en *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico* (Napoli, 1966), p. 45.

<sup>9</sup> La principal excepción a este respecto es el estudio monográfico de COMA FORT, José María, *El derecho de obligaciones*, cit. (n. 3), aunque restringido, como expresa su título, a la muy importante —pero no única— parte relativa al derecho de obligaciones.

<sup>10</sup> Gai. 3,90: “*Re contrahitur obligatio velut mutui datione [...]*”. Fuente completa citada *infra*, n. 46.

<sup>11</sup> WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, 2017), pp. 115 ss.; ÉL MISMO, *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, en *REHJ.*, 40 (2018), pp. 97 ss.

<sup>12</sup> D. 44,7,1,2 (Gai. 2 res cott.): “*Re contrahitur obligatio mutui datione [...]*”. Fuente

caso del comodatario, el depositario y el acreedor prendario, los cuales también (*quoque*) estarían obligados en virtud de una cosa (*re*), a saber, a la restitución de la misma<sup>13</sup>. De ahí la común atribución de paternidad de la así llamada categoría de los contratos reales tal y como la conocemos hoy en día —esto es, compuesta por mutuo, comodato, depósito y prenda— al autor de las *res cottidianae*, el que por este motivo incluso ha terminado recibiendo el mote de pre-postclásico<sup>14</sup>.

Creemos, sin embargo, que la interpretación habitual de los pasajes correspondientes de las *res cottidianae* no hace suficiente justicia al verdadero sentido y alcance de la reflexión de su autor. En efecto, no encontramos en D. 44,7,1,3-6 argumentos textuales suficientes como para sostener que la noción de *obligatio re contracta* se habría ampliado aquí desde el *mutuum* a todas las *causae credendi* de naturaleza contractual (*commodatum* y *pignus*) más el *depositum*, configurando una idea de *re contrahere* sustancialmente novedosa con relación a aquella que encontramos en las *Institutiones*. Por el contrario, en ambas obras se aprecia a nuestro juicio más bien una continuidad de discurso, un único —por así decirlo— sistema interno que se conserva a pesar de notables diferencias en aspectos formales de la exposición de materias.

Nuestro plan de trabajo exige, pues, referirse primera y someramente a la tripartición de las *obligationes* en general y de aquellas nacidas *ex contractu* en especial, presente en las *res cottidianae* (I), para luego abordar el problema de la aparente incorporación de las obligaciones nacidas de comodato, depósito y prenda a continuación del mutuo como supuestos de aquello que la dogmática romanística ha denominado contratos reales (II). Lo anterior nos permitirá contrastar el verdadero sentido de los textos analizados con la *communis opinio* de la creación gayana de una noción de *obligatio re contracta* que comprendería no solo el *mutuum*, sino también el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*, y avanzar en la comprensión de la relación entre *causae credendi* y *re contrahere* en el derecho romano clásico (III), para finalmente ofrecer conclusiones y perspectivas de investigación (IV).

#### I. TRIPARTICIÓN DE LAS *OBLIGATIONES* Y DE AQUELLAS NACIDAS *EX CONTRACTU* EN LAS *RES COTTIDIANAE*

##### 1. La tripartición de las “*obligationes*”. Noción de “*contractus*”

Como ya se dijo, las *res cottidianae* se diferencian de las *Institutiones* principalmente en lo que dice relación con su orden de materias. Desde este punto de vista, representan un avance en la sistematización del material jurídico tratado,

---

completa citada *infra*, n. 40.

<sup>13</sup> D. 44,7,1,3-6 (Gai. 2 res cott.): 3. “*Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur [...]*”. 5. “*Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur [...]*”. 6. “*Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur [...]*”. Para una exégesis de la fuente véase *infra*, II-III.

<sup>14</sup> Así D’ORS, Álvaro, *Re et verbis*, en MOSCHETTI (ed.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948* (Milano, 1951), III, p. 267; ÉL MISMO, *Réplicas Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano*, en *RDN.*, 88 (1975), pp. 7 ss.

así como una simplificación en la fundamentación de las decisiones<sup>15</sup>. Tal vez el mejor ejemplo de lo dicho sea la *divisio obligationum*: a diferencia de Gai. 3,88, texto en el cual leemos una *summa divisio* del género *obligatio* en dos especies, a saber, *obligationes ex contractu* y *ex delicto*<sup>16</sup>, de lo cual se desprende una noción amplísima de *contractus* como todo acto lícito (sea o no convencional) que genera obligaciones, contrapuesto únicamente al *delictum*<sup>17</sup>, en las *res cottidianae* encontramos una tripartición de las *obligationes* por la vía de la incorporación de la vaga y residual categoría de las *variae causarum figurae*<sup>18</sup>, cada uno de cuyos elementos se rige por sus propias reglas (*proprio quodam iure*), lo que hace que este tercer grupo de fuentes de obligaciones diste de ser una categoría propiamente tal y suficientemente bien articulada. Así se lee en el fragmento con el que comienza el título 44,7 del Digesto (*de obligationibus et actionibus*): D. 44,7,1pr. (Gai. 2 res cott.): “*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio*<sup>19</sup> *aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*”.

Las *variae causarum figurae* lícitas<sup>20</sup> se caracterizan por la ausencia del *consensus* en la constitución de la relación obligatoria<sup>21</sup>. En efecto, en las *res cottidianae* se incluye en este variopinto grupo de *causae obligationum* la *negotiorum gestio*<sup>22</sup>, la *tutela*<sup>23</sup>, el *legatum per damnationem*<sup>24</sup> y la *solutio indebiti*<sup>25</sup>, todos hechos lícitos no convencionales que engendran obligaciones, los que darán lugar posteriormente a

<sup>15</sup> WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte*, cit. (n. 4), p. 116.

<sup>16</sup> Gai. 3,88: “[...] *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”. La misma bipartición de las obligaciones aparece en Gai. 4,2 (a propósito de las *actiones in personam*) y en fragmentos de jurisprudencia tardo-clásica, a saber, D. 5,1,57 (Ulp. 41 ad Sab.) y D. 5,3,14 (Paul. 20 ad ed.). Véase también Gai Ep. 2,9pr.

<sup>17</sup> Esta cuestión la hemos tratado con mayor profundidad en WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano*, en *RChD.*, 44/2 (2017), pp. 333 ss.; ÉL MISMO, *Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo*, en *RDP.* (Externado), 34 (2018), pp. 19 ss.

<sup>18</sup> Para esta categoría véase por todos WOODKIEWICZ, Witold, *Obligationes ex variis causarum figuris* (*Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*), en *RISG.*, 14 (1970), pp. 77 ss.; GALLO, Filippo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, en *BIDR.*, 76 (1973), pp. 171 ss.; COMA FORT, *El derecho de obligaciones*, cit. (n. 3), pp. 17 ss.

<sup>19</sup> Ya en las *Instituciones* encontramos el uso del término *maleficium* como sinónimo de *delictum*, a saber, en Gai. 4,75; 4,80 y 4,112.

<sup>20</sup> Dejamos al margen las obligaciones nacidas de hecho ilícito, por exceder los límites de nuestra investigación.

<sup>21</sup> Véase por todos COMA FORT, José María, *El derecho de obligaciones*, cit. (n. 3), pp. 125 ss.

<sup>22</sup> D. 44,7,5pr. (Gai. 3 res cott.).

<sup>23</sup> D. 44,7,5,1 (Gai. 3 res cott.).

<sup>24</sup> D. 44,7,5,2 (Gai. 3 res cott.).

<sup>25</sup> D. 44,7,5,3 (Gai. 3 res cott.). Gayo ya planteaba dudas sobre la naturaleza contractual del pago de lo no debido en sus *Instituciones* (Gai. 3,91), aunque centraba el análisis no en la presencia o falta de *consensus*, sino que en la falta de intención vinculatoria del *solvens*, ya que éste busca extinguir una relación obligatoria en vez de contraerla (*quia is, qui solvendi animo dat, magis distrabere vult negotium quam contrahere*). Al respecto, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Instituciones de Gayo*, en *REHJ.*, 39 (2017), pp. 85 ss.

la así llamada categoría de los cuasicontratos<sup>26</sup>. De aquí deriva que *contractus* será según esta nueva sistemática un hecho lícito convencional que genera obligaciones, con lo cual el ámbito de las *obligationes ex contractu* se reduce considerablemente en relación a las Instituciones de Gayo, de modo similar a como lo planteaba el jurista Pedio según el testimonio de Ulpiano<sup>27</sup>.

## 2. La tripartición de las “*obligationes ex contractu*”

A continuación, las *res cottidianae* ofrecen nuevamente una tripartición, ahora de las obligaciones nacidas de contrato: D. 44,7,1,1 (Gai. 2 res cott.): “*Obligaciones ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*”.

Analizada la fuente en profundidad, es dable sostener que más allá de las evidentes diferencias en la exposición externa del derecho de obligaciones, la impronta de las *Institutiones* sigue siendo plenamente perceptible en lo que respecta a su –por así decirlo– sistema interno. En efecto, si en las *Institutiones* se enseñaba que los delitos forman parte de un único género de *causae obligationum* (*uno gerere consistit obligatio*), mientras que los contratos se dividen en cuatro géneros distintos e independientes (*in IIII genera diducantur*)<sup>28</sup>, en las *res cottidianae* se expresa sustancialmente lo mismo: los delitos constituyen un único género de fuentes de obligación (*omnia unius generis sunt*); en cambio (*alioquin*), las obligaciones contractuales representan cada cual un género distinto, que puede nacer *re, verbis* o *consensu* (la *obligatio litteris contracta* no es mencionada en esta obra, atendida su naturaleza eminentemente práctico-forense más que didáctica)<sup>29</sup>: *cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu*<sup>30</sup>. Una división dialéctica de las *obligationes ex contractu* no más en *genera*, sino en *species*

<sup>26</sup> En las *res cottidianae*, la terminología empleada para estos supuestos es variada e imprecisa: así, respecto de la *negotiorum gestio*, se dice *neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur* (D. 44,7,5pr.); en cuanto al *legatum per damnationem*, se señala que el heredero *neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur* (D. 44,7,5,2); y sobre la *solutio indebiti*, que el *accipiens obligatur quidem quasi ex mutui datione* (D. 44,7,5,3). Solo en materia de *tutela* se utiliza la expresión *quasi ex contractu teneri videtur* (D. 44,7,5,1). Sobre el origen histórico de la categoría de los cuasicontratos véase por todos CANNATA, Carlo Augusto, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, en *ED.*, 38 (Milano, 1987), pp. 25 ss.

<sup>27</sup> D. 2,14,1,3 (Ulp. 4 ad ed.): “[...] *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* [...]”.

<sup>28</sup> Gai. 3,182: “*Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur [...] quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus*”. Cfr. Gai. 3,89: “*Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt* [...]”.

<sup>29</sup> Sí valía la pena, en cambio, tratarla en textos escolares, no solo por el propio Gayo (Gai. 3,89; 3,128 ss.), sino que incluso en las *Institutiones* de Justiniano (I. 3,21), a pesar de que en el siglo VI d.C. carecía de todo valor práctico (*quae nomina hodie non sunt in usu*).

<sup>30</sup> D. 44,7,4 (Gai. 3 res cott.): “*Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. quae omnia unius generis sunt: nam haec re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu*”.

de un mismo *genus*, se encuentra por primera vez en las *Institutiones Iustiniani*<sup>31</sup>, obra tributaria de la sistemática bizantina que identifica *contractus* y *conventio*<sup>32</sup>.

De esta manera, podemos afirmar que las clasificaciones gayanas de las *obligationes ex contractu* siguen como criterio articulador los hechos concretos de los cuales éstas emanan, es decir, sus causas (*causae obligationum*), no un supuesto modo de perfeccionar el contrato, punto de vista del todo ajeno al enfoque de los *iuris prudentes*<sup>33</sup>. Desde la perspectiva de la jurisprudencia clásica, la dación de una cosa (*datio rei*), las palabras (*verba*), la escritura (*litterae*) o el acuerdo de voluntades (*consensus*) no eran simples modos de manifestar el consentimiento en orden a celebrar un contrato, sino supuestos fácticos distintos e independientes entre sí, cada cual constitutivo de un género en sí mismo<sup>34</sup>. En este orden de cosas, por tanto, ni la *res* (*datio rei*), ni los *verba* ni las *litterae* representan modos particulares de manifestar el consentimiento, de dar lugar a una *conventio* (ya que ello supondría, como se dijo, que todos los contratos son especies de un mismo género, estructura dialéctica que recién aparecerá en el manual justiniano), sino realidades esencialmente distintas (*genera*); parafraseando las *res cottidianae*: cada género de *obligatio ex contractu* se encuentra sometido a sus propias reglas (*proprio quodam iure*).

De ahí que creamos que Gayo en sus *res cottidianae*, más que ad[O]ptar una nueva idea de *contractus*, radicalmente distinta de aquella que encontramos en Gai. 3,88, pudo tener más bien la modesta pretensión de ad[a]ptar su sistemática del derecho de obligaciones (sistema externo) a una noción de contrato que en su tiempo debió estar suficientemente extendida, a saber, aquella que arranca de la doctrina de Pedio, sin que variara su *Gedankengang*, su sistema interno. Como expresa Martini, el nuevo orden de materias de las *res cottidianae* no trae consigo necesariamente que Gayo haya modificado su idea de contrato en los términos que habitualmente lo ha entendido la romanística (es decir, la *conventio* como sustrato esencial de todo *contractus*)<sup>35</sup>. Por lo demás, la noción amplia de contrato como hecho lícito que genera obligaciones, sea o no convencional, no solo se encuentra en Gayo, sino que aparece todavía en textos jurisprudenciales tardo-clásicos<sup>36</sup>,

<sup>31</sup> I. 3,13,2: “[...] Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus”.

<sup>32</sup> Cfr. PT 3,13,2 para la identificación bizantina entre contrato y convención, a partir de la noción clásica de *pactum* contenida en D. 2,14,1,2 (Ulp. 4 ad ed.): “Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus”.

<sup>33</sup> Cfr. BIRKS, Peter, *The Roman Law of Obligations* (Oxford, 2014), p. 17; FALCONE, Giuseppe, *Sistematiche gaiane*, cit. (n. 6), p. 30. En detalle sobre esta cuestión, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Contrahere obligationem en el derecho romano clásico*, en *RD*. (Valdivia), 32 (2019), pp. 9-27. ÉL MISMO, *Die Obligationen*, en BABUSIAUX/BALDUS/ERNST/MEISSEL/PLATSCHKE/RÜFNER (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, 2019), II, en curso de publicación.

<sup>34</sup> En términos similares HARKE, Jan Dirk, *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht* (Berlin, 2013), p. 38.

<sup>35</sup> MARTINI, Remo, *Gaio e le res cottidianae*, cit. (n. 6), p. 179 (n. 11); ÉL MISMO, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, en *Iura*, 42 (1991), pp. 97 ss.

<sup>36</sup> Véase p. ej. D. 5,1,57 (Ulp. 41 ad Sab.): “Tam ex contractibus quam ex delictis in filium

lo que demuestra que la doctrina de Pedio nunca se impuso del todo, al menos durante el período clásico.

Ahora bien, respecto del contenido de las *obligationes verbis y consensu contractae*, las *res cottidianae* no presentan ninguna novedad formal ni de fondo: por una parte, la obligación contraída por medio de *verba* es identificada con la *sponsio / stipulatio* al igual que en Gai. 3,92<sup>37</sup>; por otra parte, representan el más amplio *genus* de *obligationes consensu contractae* la *emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas* y el *mandatum*, como en Gai. 3,135<sup>38</sup>, aunque su tratamiento no se encuentre en el título D. 44,7 del Digesto, sino que en el correspondiente a cada uno de estos contratos<sup>39</sup>. La gran novedad se encuentra en sede de la obligación contraída *re*: inmediatamente después de la exposición de los rasgos esenciales de la *mutui datio* como (único) supuesto de *re contrahere*<sup>40</sup>, pareciera –al menos a simple vista– agregarse el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus* como nuevos elementos del género *obligatio re contracta*, cuestión que pasamos a tratar a continuación.

## II. ¿COMMODATUM, DEPOSITUM Y PIGNUS COMO OBLIGATIONES RE CONTRACTAE?

La común atribución a Gayo de la creación de la así llamada categoría de los contratos reales<sup>41</sup>, compuesta por mutuo, comodato, depósito y prenda, se basa en el siguiente fragmento del Digesto, extraído del libro segundo de las *res cottidianae*: D. 44,7,1,2-6 (Gai. 2 res cott.): 2. “*Re contrahitur obligatio mutui datione*”. 3. “*Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur [...]*”. 5. “*Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur [...]*”. 6. “*Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur [...]*”.

Encontrar aquí la categoría de los contratos reales tal y como la conocemos, obedece a nuestro juicio a una lectura no suficientemente rigurosa del fragmento citado, por lo que se trata más bien de una conjetura sin suficiente respaldo textual.

En efecto, por una parte, las fuentes jurídicas de época clásica demuestran inequívocamente que la *datio rei* en sentido estricto consiste en una transferencia

*familias competit actio [...]*; D. 5,3,14 (Paul. 20 ad ed.): “*Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert [...]*”. Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Sobre la noción de contrato*, cit. (n. 17), pp. 34 ss.

<sup>37</sup> D. 44,7,1,7 (Gai. 2 res cott.): “*Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fieri nobis stipulemur*”. Gai. 3,92: “*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione [...]*”.

<sup>38</sup> Gai. 3,135: “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatis, mandatis*”.

<sup>39</sup> D. 18,6,2pr.-1 y D. 18,6,16 (Gai. 2 res cott.) para la compraventa; D. 19,2,2pr.-1 (Gai. 2 res cott.) para el arrendamiento; D. 17,2,72 (Gai. 2 res cott.) para la sociedad y D. 17,1,2pr.-6 (Gai. 2 res cott.) para el mandato.

<sup>40</sup> D. 44,7,1,2 (Gai. 2 res cott.): “*Re contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis*”.

<sup>41</sup> Así especialmente D’ORS, Álvaro, *Sobre la suerte del contrato real*, cit. (n. 14), pp. 7 ss. WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte*, cit. (n. 4), p. 116, habla a este respecto de una “*Vervollständigung der Realkontrakte durch commodatum, depositum und pignus*”.

de dominio quirritario<sup>42</sup>. Por otra parte, todos los textos en los cuales se emplea el sintagma *re contrahere* se refieren, precisamente, a supuestos de constitución de una relación obligatoria por medio de una *datio rei* en el sentido técnico-jurídico recién mencionado; más específicamente, la *datio* de una determinada cantidad de bienes fungibles (*res, quae pondere numero mensura constant*)<sup>43</sup> que opera *credendi causa*, es decir, haciendo nacer en el *accipiens* una obligación estrictamente restitutoria (limitada al *quanti ea res est*), la cual se hace valer por medio de la *condictio*. Dicho de otro modo: el *re contrahere* aparece limitado, ya sea explícita o implícitamente, a la *mutui datio*<sup>44</sup>, *causa credendi* por antonomasia<sup>45</sup>. De hecho, en el conjunto de fuentes jurídicas romanas que han llegado a nosotros, tanto dentro como fuera de la compilación justinianea, no es posible encontrar fragmento alguno que utilice la expresión técnica *obligatio re contracta* para figuras distintas de la *mutui datio*.

En lo que respecta a las Instituciones de Gayo, la por así decirlo obligación real aparece mencionada tres veces: a propósito de la *mutuo datio*<sup>46</sup>, del *nomen arcarium* (esto es, una *numeratio pecuniae* de la que se deja constancia por escrito en el libro de cuentas del acreedor)<sup>47</sup> y de la *solutio indebiti*<sup>48</sup>. Luego, en realidad

<sup>42</sup> Claramente en este sentido Gai. 2,204; 4,4; D. 17,1,47,1 (Pomp. 3 ex Plaut.); D. 22,1,4pr. (Pap. 27 quaest.); D. 32,29,3 (Lab. 2 post. a Iav. epit.); D. 45,1,75,10 (Ulp. 22 ad ed.); D. 50,17,167pr. (Paul. 49 ad ed.).

<sup>43</sup> Gai. 3,90; D. 12,1,2,1 (Paul. 28 ad ed.).

<sup>44</sup> Véase Gai. 3,90 (cfr. Gai Ep. 2,9,1); D. 2,14,17pr. (Paul. 3 ad ed.); D. 44,7,1,2 (Gai. 2 res cott.); D. 44,7,52,1 y 3 (Mod. 2 reg.); D. 46,3,80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.); D. 50,16,19 (Ulp. 11 ad ed.); I. 3,14pr. En detalle sobre la noción clásica de *obligatio re contracta*, reducida al *mutuum*, WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 11), pp. 115 ss.; ÉL MISMO, *Sobre el así llamado contrato real*, cit. (n. 11), pp. 97 ss.

<sup>45</sup> Para el *mutuum* como paradigma de *causa credendi* véase por ejemplo D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 ad ed.); D. 12,1,2pr.-1 y 3 (Paul. 28 ad ed.); D. 12,1,8 (Pomp. 6 ad Plaut.); D. 12,1,20 (Iul. 18 dig.); D. 12,1,30 (Paul. 5 ad Plaut.); D. 12,1,41 (Afr. 8 quaest.); D. 14,1,7,1 (Afr. 8 quaest.); D. 14,3,19,3 (Pap. 3 resp.); D. 14,6,1pr. (Ulp. 29 ad ed.); D. 16,1,17pr. (Afr. 4 quaest.); D. 17,1,34pr. (Afr. 8 quaest.); D. 17,1,48pr. (Cel. 7 dig.); D. 19,2,31 (Alf. 5 dig. a Paul. epit.); D. 19,5,24 (Afr. 8 quaest.); D. 20,5,12,1 (Tryph. 8 disp.); D. 24,1,50pr. (Iav. 13 epist.); D. 26,7,16 (Paul. 7 ad Sab.); D. 31,85 (Paul. 4 resp.); D. 42,5,24,2 (Ulp. 63 ad ed.); D. 45,1,126,2 (Paul. 3 quaest.).

<sup>46</sup> Gai. 3,90: “*Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*”.

<sup>47</sup> Gai. 3,131: “*Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere*”. El *nomen arcarium* constituye esencialmente un mutuo de dinero, del cual se deja constancia por escrito en el *codex accepti et expensi* del acreedor. De ahí que Gayo diga que en tal caso la anotación en el libro de cuentas sirve solo para efectos probatorios (*obligationis factae testimonium praebere*), ya que esta obligación nace *re (numeratio autem pecuniae rei facit obligationem)*, es decir, representa un supuesto de *obligatio re contracta*, no de una *litteris contracta*. Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 11), pp. 130 s.; ÉL MISMO, *Sobre el así llamado contrato real*, cit. (n. 11), pp. 110 s.

<sup>48</sup> Gai. 3,91: “*Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur;*

Gayo presenta solo dos casos de *re obligari*: uno contractual (*mutui datio* y *nomen arcarium*, que vienen a ser lo mismo) y uno extracontractual (o, al menos, de cuyo carácter contractual el propio Gayo duda): la *solutio indebiti*, que de todos modos constituye una obligación análoga a aquella del mutuario (*ac si mutuum accepisset*)<sup>49</sup>, sin que pueda atribuirse razonablemente esta circunstancia a una laguna en el palimpsesto de Verona<sup>50</sup>. En cuanto a las fuentes ajenas a Gayo, la conclusión es la misma: las pocas veces que aparece el sintagma *re contrahere*, es siempre en relación (explícita o implícitamente) al *mutuum*, jamás con respecto a otras figuras negociales. Así es el caso de Quinto Mucio Escévola (por intermedio de Pomponio) sobre el *creditum* nacido *re (re dare oportere)*<sup>51</sup> y de Paulo<sup>52</sup>. No

*nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrabere vult negotium quam contrahere”.*

<sup>49</sup>Se encuentran expresiones muy similares en D. 44,7,5,3 (Gai. 3 res cott.) (*obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur*) e I. 3,27,6 (*is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo conditione tenetur*). Cfr. WEGMANN STOCCKEBRAND, Adolfo, *En torno al carácter (cuasi)contractual*, cit. (n. 25), pp. 103 ss.

<sup>50</sup>Así lo cree, en cambio, sin pruebas textuales que avalen su conjetura, QUADRATO, Renato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi* (Napoli, 1979), p. 69. En el mismo sentido, *in extenso*, MASCHI, Carlo Alberto, *Tutela, fedecommessi, contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)* en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, 1971), IV, pp. 690 ss.; ÉL MISMO, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano* (Milano, 1973). La identificación entre *obligatio re contracta* y *mutuum* que encontramos en el *Epitome Gai* (sin mención alguna de otras figuras) es, sin embargo, una prueba a favor de la tesis de que las *Institutiones* también debieron restringir la categoría del *re contrahere* a la sola *mutui datio*. Así se lee en Gai Ep. 2,9,1: “*Re contrahitur quoties aliqua cuicumque mutuo dantur, quae in his rebus contingunt, quae pondere, numero, mensura continentur; hoc est, si pecunia numeretur, vel frumentum detur, vinum aut oleum, aut aes, aut ferrum, argentum vel aurum. Quae omnia numerando aut pensando aut metiendo ad hoc damus, ut eorum fiant, qui ea accipiunt, et ad nos statuto tempore non ipsae res, sed aliae eius naturae, quales datae sunt, atquae ipsius ponderis, numeri vel mensurae reddantur. Propter quod mutuum appellatum est, quasi a me tibi ita datum sit, ut ex meo tuum fieret*”. Como acertadamente señala D’ORS, Álvaro, *Sobre la suerte del contrato real*, cit. (n. 14), p. 11, “*la reducción de Epit. Gai 2, 8, 1 al mutuo (con supresión del imbroglie de la solutio indebiti) era un indicio a favor del texto corto de las instituciones; es decir, que el texto amplio de las res cottidianae era el fruto de una nueva reflexión de Gayo*”.

<sup>51</sup>D. 46,3,80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.): “*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*”. Sobre la identificación entre *re contrahere* y *mutuum* (como supuesto de *re dare oportere* y, por tanto, como *causa credendi*) en esta fuente véase WEGMANN STOCCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 11), pp. 34 ss.; ÉL MISMO, *Sobre el así llamado contrato real*, cit. (n. 11), pp. 109 s.

<sup>52</sup>D. 2,14,17pr. (Paul. 3 ad ed.): “*Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*”. Sobre la implícita (aunque no por eso menos evidente) identificación entre *obligatio re contracta* y *mutuum* en esta fuente WEGMANN STOCCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 11), pp. 179 ss.; ÉL MISMO, *Sobre el así llamado contrato real*, cit. (n. 11), pp. 113 s.

encontramos, pues, ni en Gayo ni en ningún otro jurista romano referencia alguna a otros posibles supuestos de *obligatio re contracta*.

Es por lo anterior que del mero empleo en las *res cottidianae* de las expresiones genéricas *re (nobis) obligatur* y *re (nobis) tenetur* con respecto al comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, no puede deducirse sin más que el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus* habrían constituido *obligationes re contractae* al igual que el *mutuum*. Ello a pesar de que, dado su tratamiento inmediatamente después de la dación en mutuo, en el orden de materias de las *res cottidianae* estos tres contratos a primera vista parecerían ser causas de una obligación real en sentido propio: *Quoque* (“también”) evidentemente alude al mutuo, con lo cual se podría pensar que el comodato, el depósito y la prenda t a m b i é n son supuestos de *re contrahere*<sup>53</sup>. Una exégesis cuidadosa del texto prueba, sin embargo, lo contrario.

En el fragmento citado se aprecia claramente desde un punto de vista estilístico un proceso de incorporación de nuevas figuras a un texto originalmente más breve: D. 44,7,1,2 se corresponde casi exactamente (falta solo la partícula *velut*) con Gai. 3,90: *re contrahitur obligatio mutui datione* (“la obligación real se contrae mediante la dación en mutuo”). En este sentido, la explicación del *re contrahere* en las *Institutiones* y en las *res cottidianae* coincide plenamente. Luego, se incorpora al texto aludido una serie de obligaciones contractuales, una tras la otra, para las cuales se emplea siempre la misma estructura sintáctica (*is quoque [...] re nobis obligatur/tenetur*). No se encuentra aquí una calificación del *commodatum*, el *depositum* o el *pignus* como causas de *obligationes re contractae*, sino que Gayo se limita a plantear en términos muy generales que el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio están obligados “por causa de una cosa”: *re nobis obligatur* (comodatario) o *re (nobis) tenetur* (depositario y acreedor pignoraticio).

Merece la pena destacar que en la especie se trata exactamente de la misma expresión utilizada por Gayo en sus *Institutiones* para poner en entredicho la naturaleza contractual de la *solutio indebiti* y, con ello, distinguirla del *mutuum*: según el maestro antoniniano, quien recibe algo indebido de quien le pagó por error, se obliga igualmente “por causa de una cosa” (*is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur*). El modo de expresarse de Gayo muestra, pues, que la obligación restitutoria del comodatario, del depositario y del acreedor pignoraticio se encuentra excluida del ámbito del *re contrahere*, al igual que la obligación del *accipiens* de un *indebitum*: *is quoque [...] re obligatur*. En efecto, para ninguno de estos supuestos se utiliza la construcción *re contrahere*, sino que se recurre —conscientemente— a una formulación genérica, con márgenes más bien imprecisos: falso acreedor, comodatario, depositario y acreedor pignoraticio asumen una obligación de restitución del *tantundem* o la *res ipsa*, según el caso, sin que jamás aparezca el verbo *contrahere* vinculado a la forma ablativa *re*.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el pago de lo no debido, el motivo de esta notable variación terminológica (en relación a la forma de expresarse sobre el mutuo) no puede consistir en que Gayo quisiera excluir el comodato, el

<sup>53</sup> En este sentido p. ej. COMA FORT, José María, *El derecho de obligaciones*, cit. (n. 3), pp. 63 ss., 71 ss.

depósito y la prenda del ámbito del *contrahere*. En sus *Institutiones*, él no duda en calificar a los dos primeros como contratos protegidos por acciones civiles<sup>54</sup>. En lo que respecta a la prenda posesoria (*datio pignoris*), ésta aparece tratada —como es habitual en las fuentes— desde la perspectiva del derecho del acreedor pignoraticio sobre la cosa prendada (*ius in re aliena*), no como relación obligatoria. Sin embargo, ello no obsta a que Gayo haya visto en la prenda un contrato; de hecho, en su obra monográfica sobre la fórmula de la acción hipotecaria, se refiere explícitamente a la prenda no posesoria (*conventio pignoris*) como supuesto de *contrahere*<sup>55</sup>. En este orden de cosas, la circunstancia que Gayo no haya calificado ni al comodato, ni al depósito, ni a la prenda, como *obligationes re contractae* en sentido propio a continuación del mutuo, no puede encontrar su fundamento en una exclusión del ámbito del *contrahere* en general (como sí sería el caso, en cambio, del pago de lo no debido), sino que en su exclusión del *re contrahere* en especial.

Lo anterior se debe en primer lugar a que, como hemos adelantado (y explicado en detalle en trabajos anteriores)<sup>56</sup>, las fuentes jurídicas romanas están contestes en cuanto a que la causa de la obligación real es la transferencia de dominio quirritario sobre una cosa (*datio rei* en sentido estricto), en concreto, el mutuo (como supuesto contractual) y el pago de lo no debido (como supuesto extracontractual). El comodato, el depósito y la prenda, en cambio, se constituyen mediante una mera entrega. No hay que caer en la tentación de ver aquí una similitud dogmáticamente relevante entre estos cuatro negocios: utilizando nomenclatura moderna, el perfeccionamiento del contrato por medio de la entrega de una cosa no significaba para los romanos, jurídicamente hablando, nada en concreto y, por tanto, no servía como criterio clasificatorio; la mera entrega de una cosa (*traditio* en sentido lato) que concurre al nacimiento de la obligación restitutoria de la *res ipsa* del comodatario y del depositario (ambos *possessores naturales*), por una parte, y del acreedor pignoraticio (*possessor ad interdicta*), por la otra, no es jurídicamente comparable —y mucho menos asimilable— a la transferencia de dominio quirritario (*datio rei* en sentido técnico) que constituye la obligación de restitución del *tantundem eiusdem generis* del mutuuario<sup>57</sup>.

En segundo lugar, la obligación real romana tiene carácter puramente restitutorio. En efecto, el mutuante (y el *solvens* de un *indebitum*) dispone únicamente de la *condictio*, acción civil de derecho estricto, limitada a la restitución del simple valor de las cosas transferidas (*quanti ea res est*), sin que la buena fe desempeñe algún papel en orden a la condena o absolución del *reus*. El comodatario y el depo-

<sup>54</sup> Véase Gai. 2,50; 3,206-207; 4,33; 4,47.

<sup>55</sup> D. 20,1,4 (Gai. l.s. form. hyp.); D. 22,4,4 (Gai. l.s. form. hyp.).

<sup>56</sup> WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 11), pp. 115 ss.; ÉL MISMO, *Sobre el así llamado contrato real*, cit. (n. 11), pp. 97 ss.

<sup>57</sup> Ya había notado esta diferencia fundamental PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Roma, 1928), II, p. 32: “La frase: *contratto che si fa colla cosa (re) non significa infatti nulla; ed è enorme in ogni caso riassumere in un’unica categoria per il modo di perfezionamento contratti che si perfezionano colla trasmissione del dominio e contratti che si perfezionano dando una cosa, di cui il dante conserva la proprietà e il possesso o sempre o agli effetti almeno dell’usucapione come nel pegno*”. En términos similares DE FRANCISCI, Pietro, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* (Pavia, 1916), II, p. 394.

sitario, en cambio, no contraen solo una obligación de restituir la *res ipsa*, puesto que abundantes fuentes atestiguan que el comodante y el depositante pudieron optar entre el ejercicio de una acción honoraria meramente restitutoria (respectivamente, *actio commodati* y *depositi in factum concepta*), limitada al simple valor de la cosa (*quanti ea res erit*) o una acción civil de buena fe (respectivamente, *actio commodati* y *depositi in ius concepta ex fide bona*), esta última otorgando un amplio margen de apreciación al juez según el interés del acreedor (*id quod interest*)<sup>58</sup>. El criterio de atribución de responsabilidad del comodatario y el depositario en la custodia de la cosa, por tanto, no es comparable con la situación del mutuario, quien simplemente restituye (o no) el *tantundem eiusdem generis*, sin *vis maior* o ausencia de *dolus* que valga para eximirse del *reddere*. En lo que concierne al acreedor pignoraticio, éste ni siquiera se encuentra necesariamente obligado (aunque esa sea la regla general) a la restitución de la prenda, puesto que bien podían las partes pactar (hasta Constantino) el comiso de la misma en el evento de incumplimiento de la obligación del deudor pignoraticio (*lex commissoria*). Así las cosas, la simple concentración en la restitución en cuanto obligación típica (aunque no exclusiva), no basta, como cree Harke, para justificar una supuesta calificación del comodato, el depósito y la prenda como *obligationes re contractae*<sup>59</sup>.

En tercer lugar, la obligación real romana es estrictamente unilateral porque solo se obliga (a la restitución del *tantundem*) el *accipiens*, ya sea del *mutuum* o de un *indebitum*. En cambio, tanto el comodatario como el depositario y el acreedor pignoraticio pueden, eventualmente, ejercer acciones contra el comodante, el depositante y el deudor pignoraticio, respectivamente (*actiones commodati, depositi y pigneraticia contrariae*), a fin de obtener el reembolso de los gastos que hayan efectuado o los daños en que hayan incurrido con ocasión de la tenencia de la cosa objeto del negocio.

Consecuencialmente, el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus* no se corresponden bajo ningún aspecto con la estructura clásica de la *obligatio re contracta* que reflejan las fuentes, de lo cual deja debida constancia la clara variación terminológica empleada por Gayo. La obligación real propiamente tal nace de la *mutui datio* (*re contrahere*) o de la *solutio indebiti* (*re obligari* no contractual). Expresado en lenguaje moderno: el derecho romano clásico conoció solo un contrato real, a saber, el mutuo: *re contrahitur obligatio mutui datione*.

---

<sup>58</sup> Para la duplicidad de acciones en el comodato y el depósito véase p. ej. KRANJC, Janez, *In ius und in factum konzipierte Klageformel bei der Leihe und bei der Verwahrung*, en ERNST/JAKAB (eds.), *Usus antiquus juris romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung* (Heidelberg, 2005), pp. 127 ss.; VERONESE, Benedetta, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, en GAROFALO (ed.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca (Padova, 2011), II, pp. 239 ss.

<sup>59</sup> HARKE, Jan Dirk, *Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen*<sup>2</sup> (München, 2016), pp. 48, 168.

## III. CAUSAE CREDENDI Y OBLIGATIO RE CONTRACTA

Llegados a este punto, corresponde proponer nuestra interpretación sobre el motivo que pudo inducir a Gayo a agregar el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio como sujetos obligados *re* (*re obligatur / tenetur*), a continuación del mutuo como único supuesto de *obligatio re contracta* propiamente tal (*re contrahitur obligatio*).

Como dijimos al comienzo del presente trabajo, el orden de materias de las *res cottidianae* es notoriamente distinto de aquel de las *Institutiones*. Es muy probable que la nueva sistemática del derecho de las obligaciones haya buscado, entre otras cosas, satisfacer dos necesidades: en primer lugar, reflejar en cierto modo la doctrina del *contractus* fundado en el *consensus*, que en aquel entonces debió estar ampliamente extendida; en segundo lugar, encontrar un sitio a los hechos generadores de obligaciones que no habían tenido espacio en la exposición sucinta contenida en las *Institutiones* gayanas. Lo dicho explica, por una parte, la inclusión de los hechos lícitos no convencionales que engendran obligaciones en el vago y residual grupo de las *variae causarum figurae*, así como la incorporación del comodato, el depósito y la prenda inmediatamente después del mutuo, por la otra. Desde esta perspectiva, por tanto, la *divisio obligationum* de las *res cottidianae* se muestra más completa que aquella de las *Institutiones*, aunque desde la perspectiva del así llamado sistema interno de su autor, las cosas hayan cambiado poco o nada.

La incorporación del *commodatum*, el *depositum* y el *pignus* en el nuevo esquema expositivo gayano inmediatamente después de la explicación del *re contrahere* por medio del *mutuum*, debió obedecer a la circunstancia de que solo aquí estas figuras podían encontrar cierto acomodo: comodato, depósito y prenda no tienen relación alguna con la *obligatio verbis contracta*, tampoco con la *litteris* (que ni siquiera es mencionada en las *res cottidianae*) o la *consensu contracta*. En ese contexto, no quedaba para tales contratos otra posibilidad que vincularlos a la *obligatio re contracta*. Muy probablemente cuando Gayo se vio enfrentado a la necesidad de explicar a sus lectores la estructura fundamental de la obligación restitutoria contraída por el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, sus afanes sistemáticos lo condujeron irremediablemente a la decisión de agruparlas acto seguido de la explicación del mutuo: si quería ser fiel a la tripartición de las *obligationes ex contractu*, no quedaba otra salida.

Sin embargo, el autor de las *res cottidianae* era consciente de que ninguno de estos tres negocios correspondía a la estructura del *re contrahere*, y así lo hace notar por medio de la variación lingüística antes expuesta. La simple concurrencia de la entrega de una cosa (con independencia de sus consecuencias jurídicas) al momento de la constitución de la relación obligatoria no significa nada en concreto y, por tanto, no representa un criterio adecuado para clasificar las obligaciones contractuales. De hecho, fácilmente se advierte que más allá de la entrega de una cosa al nacimiento de la obligación, entre mutuo, comodato, depósito y prenda hay nada o casi nada en común<sup>60</sup>. La *datio rei* del mutuo lisa y llanamente no se

<sup>60</sup> Ya lo había advertido SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951), p. 469: “[...]”

puede comparar con la *traditio* en sentido amplio (mera entrega) que opera en los otros tres supuestos.

¿En qué se basa entonces Gayo para acercar el comodato, el depósito y la prenda al mutuo? La respuesta se encuentra a nuestro entender en la columna vertebral del derecho privado romano: el proceso. En efecto, si se abandona por un momento el punto de vista desde el cual tradicionalmente se ha leído D. 44,7,1,3-6, excesivamente centrado en las figuras contractuales y poco en las *actiones*, que era lo que verdaderamente debió interesar a los clásicos, se abre una nueva perspectiva: para hacer valer la obligación restitutoria (*reddere*) existente a su favor, el comodante, el depositante y el deudor pignoraticio podían ejercer, respectivamente, la *actio commodati*, *depositi* y *pigneraticia in factum concepta*, limitadas al simple valor de las cosas entregadas (*quanti ea res erit*) y que como tales no otorgaban al juez margen alguno de apreciación en consideración al interés del acreedor<sup>61</sup>. Se trataba, por tanto, de acciones honorarias de derecho estricto, construidas –a juzgar por la estructura de sus respectivas fórmulas– según el modelo de la *condictio*, acción personal restitutoria por antonomasia, concebida en el derecho (*in ius concepta*) y núcleo del *edictum de rebus creditis* del edicto del pretor urbano (título XVII según la reconstrucción de Lenel)<sup>62</sup>. De ahí que sin exagerar, Pernice se haya referido a estas acciones como *kondiktionenartige Klagen*, literalmente, “acciones al modo de la *condictio*”<sup>63</sup>. En estos tres casos no se trata sino de acciones honorarias destinadas a hacer valer una pretensión restitutoria limitada al simple valor (*simplum*) de la *res ipsa* entregada, en forma análoga a como el mutuante y el *solvens* de un *indebitum* gozan de la *condictio* civil para exigir el *tantundem*. En el fondo, el carácter pecuniario de la *condemnatio* formular romana trae como consecuencia que, al margen de las diferencias estructurales entre mutuo, comodato, depósito y prenda, tanto el mutuario como el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio se encuentran obligados sustancialmente a lo mismo.

Solo bajo este presupuesto puede llegar a considerarse que entre el *mutuum*, por una parte, y el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*, por la otra, existe un elemento común suficientemente relevante desde un punto de vista jurídico como para justificar una común denominación bajo el muy genérico sintagma *re obligari*, aunque *re contrahere* permanezca reservado a la *mutuo datio*. Únicamente desde la perspectiva de las correspondientes obligaciones restitutorias y las acciones pretorias –construidas según el modelo de la *condictio*– que las hacen valer, se puede calificar el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus* como causas de una obligación real,

---

*otherwise the contracts assembled in this group have nothing in common*”. En términos semejantes QUADRATO, Renato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio*, cit. (n. 50), p. 78, se preguntaba por “*le ragioni di presenza così eterogenee in una stessa categoria*”.

<sup>61</sup> Para la reconstrucción de las respectivas acciones véase por todos LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup> (Leipzig, 1927), pp. 252 ss. (comodato), 254 ss. (prenda), 288 ss. (depósito).

<sup>62</sup> LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 61), pp. 231 ss.

<sup>63</sup> PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimpr. Aalen, 1963), I, pp. 429 ss. En el mismo sentido KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, 1935), p. 65 ss.

aunque en un sentido amplísimo, atécnico y extremadamente débil del término<sup>64</sup>. Así las cosas, parafraseando a WUBBE podemos afirmar que las *actiones commodati, depositi y pigneraticia in factum conceptae* se manifiestan como una suerte de reflejo en el ámbito del *ius honorarium* de la *condictio* del mutuante en el marco del *ius civile*<sup>65</sup>. Dicho de otra forma: las obligaciones nacidas de comodato, depósito y prenda son susceptibles de ser calificadas como nacidas *re* exclusivamente en la medida que sean puramente restitutorias<sup>66</sup>, lo cual compete solo a las respectivas acciones honorarias, las únicas que se refieren expresamente a una obligación de *reddere*<sup>67</sup>, ya que las *actiones commodati y depositi in ius conceptae ex fide bona* (no hay constancia en el derecho romano clásico de una *actio pigneraticia* de buena fe) exceden con creces estos límites, y de hecho, ni siquiera se remiten a un *reddere*, sino que a todo aquello que debe darse o hacerse según el criterio de la *bona fides*<sup>68</sup>.

A partir de lo expuesto se advierte una contradicción fundamental –que suele pasar inadvertida al jurista moderno, pero que debió ser patente para los clásicos– entre las acciones restitutorias del *edictum de rebus creditis*, sean civiles u honorarias, por una parte, y las acciones del *edictum de bonae fidei iudiciis*, por la otra<sup>69</sup>. La clave se encuentra, por tanto, en el proceso civil romano en general,

<sup>64</sup> Cfr. CANNATA, Carlo Augusto, *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, en VACCA (ed.), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC. Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (Torino, 2005), p. 16.

<sup>65</sup> WUBBE: Felix, *I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, 1990), p. 119: “La responsabilità introdotta con le nuove *actiones in factum conceptae* abituerà i giuristi all'idea che il detentore, siccome sarà debitore ove non restituisca la cosa, ha l'obbligazione contrattuale di restituire. Si tratta di una specie di riflesso [...]. Così depositario, comodatario e creditore pignoratorio potrebbero, a partire del momento in cui ricevono la cosa, essere considerati debitori, obbligati re in un senso debolissimo di tale espressione”. Cfr. ÉL MISMO, *Gaius et les contrats réels*, en TR, 35 (1967), pp. 500 ss.

<sup>66</sup> Cfr. HARKE, Jan Dirk, *Römisches Recht*, cit. (n. 59), pp. 167 s.

<sup>67</sup> Gai. 4,47: “[...] *at illa formula, quae ita concepta est: Iudex esto. Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt*”.

<sup>68</sup> Gai. 4,47: “*Sed ex quibusdam causis praeter et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est: [...] quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito, in ius concepta est [...]*”.

<sup>69</sup> Esta distinción tajante entre acciones crediticias y acciones de buena fe ha dado lugar a la teoría del *creditum* y su contraposición del *contractus*, desarrollada por el insigne romanista español Álvaro D'ORS en una serie de trabajos, principalmente *Re et verbis*, cit. (n. 14), pp. 265 ss.; ÉL MISMO, *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'*, en SDHI, 19 (1953), pp. 134 ss.; ÉL MISMO, *Creditum y contractus*, en AHDE, 26 (1956), pp. 6 ss.; ÉL MISMO, *Creditum*, en AHDE, 33 (1963), pp. 345 ss.; ÉL MISMO, *Réplicas Panormitanas I. De nuevo sobre 'creditum'* (*Réplica a la crítica de Albanese*), en SDHI, 41 (1975), pp. 205 ss.; ÉL MISMO, *Sobre la suerte del contrato real*, cit. (n. 14), pp. 7 ss. Si bien mantenemos distancia de algunos de los postulados de D'ORS, especialmente de su muy restringida noción de *contractus*, reconocemos empero su gran relevancia en lo que respecta a la necesidad de volver la mirada a la estructura del edicto pretorio

y en la estructura del edicto del pretor urbano en especial. En efecto, de lo que se trata es que tanto el comodante como el depositante y el deudor pignoraticio han entregado una cosa *credendi causa*, en forma análoga a como lo hace el mutuante.

Como enseña Ulpiano en el vigésimo sexto libro de su comentario *ad edictum*, siguiendo en esto a Celso, decimos que damos en crédito (*credere*) cada vez que asentimos a una cosa atenidos a la fe de otro, para luego recibir alguna cosa en virtud del mismo contrato: *nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur*<sup>70</sup>. El jurista tardo-clásico nos informa que no solo el *mutuum* constituye una causa de *creditum*<sup>71</sup>, sino que también el *commodatum* y el *pignus*, a pesar de que estas dos figuras no implican una *datio rei* en sentido propio, característica del *credere* originario. En una época que no es fácil de determinar, pero que en todo caso es posterior al *auditor* serviano Alfenio Varo<sup>72</sup> y anterior o, al menos, contemporánea a Celso, mutuo, comodato y prenda habrían sido reunidos como elementos constitutivos del *credere* edictal y, por consiguiente, del título *de rebus creditis*, en la medida que todos ellos supondrían un *adsentiri rei alienam fidem secuti*, que nada tiene que ver con la *bona fides* de las acciones contenidas en el título edictal XIX (según la reconstrucción de Lenel)<sup>73</sup>. La entrega no necesariamente translaticia de dominio de una cosa se efectúa, pues, abandonándose a la *fides* de la contraparte, quien a su vez contrae la obligación de restituir la misma cosa (*res ipsa*) u otro tanto del mismo género (*tantundem eiusdem generis*).

Si bien en D. 12,1,1,1 no hay referencia alguna al *depositum* en cuanto *causa credendi*, y en otro pasaje del Digesto extraído del libro sexagésimo tercero de su comentario al edicto, el mismo Ulpiano distingue (a propósito de las preferencias) entre dar en crédito y entregar en depósito (*aliud est enim credere,*

y el así llamado sistema edictal, tan dejado de lado por la romanística de las últimas décadas, demasiado cómoda con el —en la práctica casi canónico— intento de reconstrucción de Lenel.

<sup>70</sup> D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 ad ed.): “[...] *nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit*”. Una exégesis detallada del fragmento, particularmente con respecto a la evolución histórica de la noción romana de *creditum*, en ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, en *AUPA*, 32 (1971), pp. 5 ss. Véase también ÉL MISMO, *Tre studi celsini. Ancora su D. 12, 1, 1, 1: Celso e il credere*, en *AUPA*, 34 (1973), pp. 77 ss.; ÉL MISMO, *Credito e credere*, en *Scritti Giuridici* (Palermo, 1991), II, pp. 1171 ss.; ÉL MISMO, *Rilievi minimi sul ‘credere’ edittale*, en *Scritti Giuridici* (Palermo, 1991), II, pp. 1551 ss.

<sup>71</sup> La remisión al mutuo en el texto ulpiano es implícita: este negocio representa la causa de crédito por antonomasia (véanse las fuentes citadas *supra*, n. 45); de ahí que el jurista haga alusión a la extensión del concepto a nuevos contratos. Explícita, en cambio, es la referencia al mutuo que encontramos en D. 12,1,2,3 (Paul. 28 ad ed.): “*Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie [...]*”.

<sup>72</sup> Véase D. 19,2,31 (Alf. 5 dig. a Paul. epit.), texto en el cual Alfenio sigue identificando el *creditum* con supuestos de transferencia de dominio, lo que demuestra que el jurista republicano no conoció la extensión del *credere* edictal atestiguada por Ulpiano y ya conocida —al menos— por Celso. Sobre el particular véase especialmente la exégesis de ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, cit. (n. 70), pp. 88 ss.

<sup>73</sup> LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 61), pp. 288 ss.

*aliud deponere*)<sup>74</sup>, lo cual autoriza a pensar que la jurisprudencia clásica no reconoció un carácter crediticio a este negocio, no es menos cierto que la *actio depositi in factum* es prácticamente idéntica a la *actio commodati in factum* y un reflejo pretorio de la *condictio* del mutuante. Es más, por medio de Paulo nos ha llegado la noticia de que el depositante incluso pudo ejercer directamente la *condictio* contra el depositario que dolosamente se negaba al *reddere* de la *res deposita*<sup>75</sup>, así como también se encontraba facultado para hacerlo el comodante respecto de la *res commodata*<sup>76</sup> y el deudor pignoraticio en relación al *pignus* una vez que se había pagado la deuda garantizada por este medio<sup>77</sup>. Por tanto, la relación entre el mutuo, por una parte, y el comodato, el depósito y la prenda, por la otra, es estrechísima, si se considera no desde el punto de vista de las figuras contractuales o el supuesto modo de perfeccionarlas, sino que desde la perspectiva de la obligación restitutoria cuyo cumplimiento se puede exigir al mutuario, comodatario, depositario y acreedor pignoraticio, por medio de acciones de estricto derecho: la *condictio* o acciones honorarias cuyas fórmulas siguen a la primera como modelo. El autor de las *res cottidianae* no dice nada menos, pero tampoco nada más.

Después de todo, la identidad sustantiva entre *obligatio* y *actio* (*in personam*, se entiende) es una realidad innegable de la experiencia jurídica romana; de ahí que Gayo defina ésta en consideración a aquélla (específicamente, con remisión a la *summa divisio obligationum* y al contenido de la prestación debida)<sup>78</sup>, y que un jurista tan notable como Salvio Juliano afirme que solo en sentido impropio (*per abusionem*) puede decirse que es deudor aquel contra quien no es posible ejercer una acción<sup>79</sup>. *Obligatio* y *actio* son, pues, dos caras de la misma moneda. En este orden de cosas, no extraña que el acercamiento entre las relaciones obligatorias nacidas de mutuo, comodato, depósito y prenda tome como punto de partida las acciones con las cuales se puede exigir su cumplimiento. Solamente

<sup>74</sup> D. 42,5,24,2 (Ulp. 63 ad ed.): “*In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorum eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia*”.

<sup>75</sup> D. 16,3,13,1 (Paul. 31 ad ed.): “*Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit: non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, conductione obligari, verum quod dolum malum admiserit*”.

<sup>76</sup> D. 12,5,9pr. (Paul. 5 ad Plaut.): “*Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, conductione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est*”.

<sup>77</sup> D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 ad Sab.): “*Res pignori data pecunia soluta condici potest [...]*”.

<sup>78</sup> Gai. 4,2: “*In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE*”.

<sup>79</sup> D. 46,1,16,4 (Iul. 53 ad ed.): “*Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse*” Cfr. D. 15,1,41 (Ulp. 43 ad Sab.) respecto de las obligaciones contraídas por un esclavo.

desde esta perspectiva, esto es, en cuanto *causae credendi*, pueden asimilarse estas cuatro figuras negociales, por más que la expresión técnica *re contrahere* siempre quede reservada para la *mutuo datio*.

La interpretación que proponemos para D. 44,7,1,3-6 encuentra, a nuestro entender, una confirmación en la circunstancia de que el autor del fragmento no solo recurre al uso del sintagma *re obligatur*, sino que también a *re tenetur*. En este segundo caso se trata sabidamente de una expresión propia del ámbito del derecho honorario, ya que el verbo *teneri* denota el hecho de ser sujeto pasivo de una *actio in factum*<sup>80</sup>. Ahora bien, como ya se dijo, hay constancia en las fuentes de que Gayo conoció las acciones civiles y de buena fe del comodato y el depósito<sup>81</sup>, así como reconoció la existencia de un *contrahere* en el *pignus*<sup>82</sup>. Luego, el uso de la construcción *re teneri* da cuenta de una aproximación del depósito y la prenda (y no hay motivos de peso para no pensar lo mismo del comodato, por cuanto ya se ha dicho) al mutuo en razón del carácter puramente restitutorio (al modo de la *condictio*) de sus acciones honorarias y, con ello, de la naturaleza crediticia (*credendi causa*) de tales relaciones obligatorias. En el fragmento comentado encontramos, en consecuencia, una remisión al *ius honorarium*, pero no en el sentido de los así llamados contratos pretorios, sino que a acciones pretorias, que no es lo mismo exactamente: comodato, depósito y prenda pueden ser calificados como supuestos de *re obligari* en un sentido amplísimo –y atécnico– del término, en la medida que la obligación de *reddere* que de ellos nace se hace valer por medio de una *actio in factum* que opera al modo de la *condictio*.

Nótese, en todo caso, que aquí estamos en presencia de una ampliación más bien grosera del significado clásico de obligación real, que no cuenta con respaldo en ninguna otra fuente jurídica romana. La única excepción a este respecto la representan las Instituciones de Justiniano, que al margen de ciertas variaciones estilísticas (como la eliminación de la nada elegante repetición de *quoque* tres veces en pocas líneas), básicamente se limita a reproducir el texto de las *res cottidianae*<sup>83</sup>. Es por ello que estimamos que de lo que se trata en definitiva no es sino de un esfuerzo escolástico de Gayo por encontrar un sitio dentro de su renovado orden de materias al *commodatum*, *depositum* y *pignus*, tipos negociales de gran relevancia forense que, sin embargo, habían sido prácticamente preteridos en

<sup>80</sup> Cfr. BRETONE, Mario, *Storia del diritto romano*<sup>13</sup> (Roma-Bari, 2010), p. 150; VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, 2008), p. 204 (n. 724). Para la extensión del concepto *obligatio* a vínculos protegidos por el pretor véase p.ej. SEGRE, Gino, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* (Milano, 1930), III, pp. 499 ss.; KASER, Max, 'Ius honorarium' und 'ius civile', en *ZSS*, 101 (1984), p. 14.

<sup>81</sup> Gai. 2,50; 3,206-207; 4,33; 4,47.

<sup>82</sup> D. 20,1,4 (Gai. l.s. form. hyp.); D. 22,4,4 (Gai. l.s. form. hyp.).

<sup>83</sup> I. 3,14: "Re contrahitur obligatio veluti mutui datione [...]. 2. Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur [...]. 3. Praeterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur, et actione depositi, qua et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur [...]. 4. Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pignoratitia [...]"

sus *Institutiones*, sin llegar al punto de atreverse a ofrecer una nueva noción de *obligatio re contracta*. El uso de *re obligatur* para el comodatario y *re teneri* para el depositario y el acreedor pignoraticio, en vez del *re contrahitur obligatio* de la *mutui datio*, deja entrever el *caveat* gayano en orden a asimilar por completo estas cuatro figuras en lo que respecta a la constitución *re* propiamente tal de la relación obligatoria, más o menos del mismo modo como en sus *Institutiones* cuidadosamente formuló reparos sobre el carácter contractual (no así sobre el real) de la *solutio indebiti*, que de otra manera habría sido la segunda hipótesis de *obligatio re contracta* además del *mutuum*.

De todo lo expuesto resulta que, al contrario de lo que suele sostenerse en doctrina, no cabe atribuir al autor de las *res cottidianae* la paternidad de la categoría de los contratos reales con sus cuatro elementos tradicionales, por medio de la extensión de la noción clásica de *re contrahere* al comodato, el depósito y la prenda. Las *res cottidianae* constituyen más bien una confirmación de que la *obligatio re contracta* romana nació única y exclusivamente de la dación en mutuo. Distinto es el caso de las obligaciones estrictamente restitutorias del mutuario, comodatario, depositario y acreedor pignoraticio, que admiten ser reunidas bajo la noción general de *creditum*. En consecuencia, *causae credendi* (en plural) y *obligatio re contracta* (en singular) son dos fenómenos distintos e independientes, aunque se entrecrucen desde la perspectiva de su accionabilidad.

#### CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

Como conclusión general del presente estudio podemos sostener que las *res cottidianae* confirman la noción de *obligatio re contracta* que se encuentra tanto en las *Gai Institutiones* como en diversos fragmentos de jurisprudencia clásica, acotada sin excepción alguna a la dación en mutuo: *Re contrahitur obligatio mutui datione*. La aproximación (y aparente asimilación, según la habitual lectura de D. 44,7,1,3-6) del comodato, el depósito y la prenda al mutuo en esta fuente, no obedece a que Gayo haya visto en los tres primeros negocios causas de *obligationes re contractae* en sentido propio, ya que de hecho se cuidó mucho de no decirlo así, recurriendo a expresiones más genéricas como *re obligatur* y *re tenetur*, las que lamentablemente y debido a su ambigüedad, han inducido a confusión a la mayor parte de la doctrina romanística.

Por el contrario, lejos de innovar en cuestiones así de sustantivas, la pretensión del autor de las *res cottidianae* debió ser bastante más modesta, a saber: constatar que tanto el comodato como el depósito y la prenda se asemejan en cierta medida al mutuo en virtud del carácter meramente restitutorio de las acciones honorarias destinadas a exigir el simple valor de las cosas entregadas (*actiones commodati, depositi* y *pignoraticia in factum conceptae*, respectivamente), según el modelo formulario de la *condictio* en el mutuo, paradigma de las acciones que conforman el *edictum de rebus creditis* y, con ello, núcleo de la noción clásica de *creditum*.

En síntesis: si en algo se parecen estos cuatro contratos a los ojos de Gayo y los juristas clásicos, no es en que todos ellos constituyen supuestos de *obligatio re contracta* o, expresado en términos modernos, contratos reales, sino en su naturaleza

credicitia, vale decir, en cuanto *causae credendi*. Para un ordenamiento jurídico como el justinianeo –y, a partir de él, la milenaria tradición romanística– que ya no conoce en la práctica distinción alguna entre acciones civiles y honorarias, de derecho estricto o de buena fe, y conforme al cual todos los contratos son esencialmente un acuerdo de voluntades entre dos o más partes que se puede manifestar de distintos modos, entre ellos la entrega de una cosa, haber considerado el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda desde una perspectiva exquisitamente procesal (formal, diríamos hoy en día) en vez de sustantiva o material, pareciera ser una *subtilitas* dogmáticamente innecesaria. Sin embargo, no debemos olvidar que ese no era el mundo de Gayo, y tanto sus *Institutiones* como las *res cottidianae*, al menos en lo concerniente a las nociones de *causa credendi* y *obligatio re contracta*, dan cuenta de ello.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, en *AUPA.*, 32 (1971), pp. 5-179.  
 — *Tre studi celsini. Ancora su D. 12, 1, 1, 1: Celso e il credere*, en *AUPA.*, 34 (1973), pp. 77-162.  
 — *Credito e credere*, en *Scritti Giuridici* (Palermo, 1991), II, pp. 1171-1188.  
 — *Rilievi minimi sul 'credere' edittale*, en *Scritti Giuridici* (Palermo, 1991), II, pp. 1551-1563.  
 BIRKS, Peter, *The Roman Law of Obligations* (Oxford, 2014).  
 BREONE, Mario, *Storia del diritto romano*<sup>13</sup> (Roma-Bari, 2010).  
 CANNATA, Carlo Augusto, *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, en *ED.*, 38 (Milano, 1987), pp. 25-34.  
 — *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano*, en VACCA (ed.), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC. Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003* (Torino, 2005), pp. 13-52.  
 — *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo* (Torino, 2008), II.  
 DE FRANCISCI, Pietro, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* (Pavia, 1916), II.  
 D'ORS, Álvaro, *Re et verbis*, en MOSCHETTI (ed.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948* (Milano, 1951), III, pp. 265-303.  
 — *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'*, en *SDHI.*, 19 (1953), pp. 134-201.  
 — *Creditum y contractus*, en *AHDE.*, 26 (1956), pp. 6-29.  
 — *Creditum*, en *AHDE.*, 33 (1963), pp. 345-364.  
 — *Répliques Panormitanas I. De nuevo sobre 'creditum' (Réplica a la crítica de Albanese)*, en *SDHI.*, 41 (1975), pp. 205-244.  
 — *Répliques Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano*, en *RDN.*, 88 (1975), pp. 7-26.  
 FALCONE, Giuseppe, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, en CAPOGROSSI-COLOGNESI/CURSI (eds.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010)* (Napoli, 2011), pp. 17-52.  
 GALLO, Filippo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, en *BIDR.*, 76 (1973), pp. 171-224.

- HARKE, Jan Dirk, *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht* (Berlin, 2013).
- *Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen*<sup>2</sup> (München, 2016).
- KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, 1935).
- *La classicità di Gaio, en Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico* (Napoli, 1966), pp. 42-54.
- ‘*Ius honorarium*’ und ‘*ius civile*’, en ZSS., 101 (1984), pp. 1-114.
- KRANJC, Janez, *In ius und in factum konzipierte Klageformel bei der Leibe und bei der Verwahrung*, en ERNST/JAKAB (eds.), *Usus antiquus juris romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung* (Heidelberg, 2005), pp. 127-161.
- KUNKEL, Wolfgang; SCHERMAIER, Martin, *Römische Rechtsgeschichte*<sup>14</sup> (Köln-Weimar-Wien, 2005).
- LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis* (Leipzig, 1889), I.
- *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup> (Leipzig, 1927).
- MARTINI, Remo, *Gaio e le res cottidianae*, en AUPA., 55 (2012), pp. 171-188.
- *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, en Iura, 42 (1991), pp. 97-109.
- MASCHI, Carlo Alberto, *Tutela, fedecommissi, contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)* en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, 1971), IV, pp. 667-774.
- *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano* (Milano, 1973).
- PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimp. Aalen, 1963), I.
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Roma, 1928), II.
- QUADRATO, Renato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi* (Napoli, 1979).
- SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951).
- *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, 1961).
- SEGRE, Gino, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo die Diocleziano*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* (Milano, 1930), III, pp. 499-617.
- VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, 2008).
- VERONESE, Benedetta, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, en GAROFALO (ed.), ‘*Actio in rem*’ e ‘*actio in personam*’. *In ricordo di Mario Talamanca* (Padova, 2011), II, pp. 239-278.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, 2017).
- *En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano*, en RChD., 44/2 (2017), pp. 323-346.
- *En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Institutiones de Gayo*, en REHJ., 39 (2017), pp. 85-110.
- *Sobre la noción de contrato en las Institutiones de Gayo*, en RDP. (Externado), 34 (2018), pp. 19-49.
- *Sobre el así llamado contrato real en las Institutiones de Gayo*, en REHJ., 40 (2018), pp. 97-122.

- *Contrahere obligationem en el derecho romano clásico*, en *RD.* (Valdivia), 32 (2019), pp. 9-27.
- *Die Obligationen*, en BABUSIAUX/BALDUS/ERNST/MEISSEL/PLATSCHEK/RÜFNER (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, 2019), II, en curso de publicación.
- WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte* (München, 2006), II.
- WOODKIEWICZ, Witold, *Obligationes ex variis causarum figuris (Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico)*, en *RISG.*, 14 (1970), pp. 77-227.
- WUBBE, Felix, *Gaius et les contrats réels*, en *TR.*, 35 (1967), pp. 500-525.
- WUBBE, Felix, *I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, 1990), pp. 109-121.